

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

2020
140

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 — 1º semestre de 2020 — N. 140 — Florianópolis — SC — 2020

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

Diretor

Des. João Henrique Blasi – 1º Vice-Presidente

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

Des. João Henrique Blasi – Presidente

Des. Gerson Cherem II

Des. Getúlio Corrêa

Des. Odson Cardoso Filho

Des. Rogério Mariano do Nascimento

Juiz de Direito Bruno Makowiecky Salles

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

21 cm.

Semestral.

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

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

ISSN: 1981-402X.

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

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

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	07
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	27
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	91
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	127
Primeira Vice-Presidência.....	128
Segunda Vice-Presidência.....	136
Terceira Vice-Presidência.....	200
Câmara de Recursos Delegados	214
Conselho da Magistratura.....	241
Órgão Especial.....	255
Grupo De Câmaras de Direito Civil.....	260
Primeira Câmara de Direito Civil.....	303
Segunda Câmara de Direito Civil.....	323
Terceira Câmara de Direito Civil.....	334
Quarta Câmara de Direito Civil.....	372
Quinta Câmara de Direito Civil.....	397
Sexta Câmara de Direito Civil.....	417
Sétima Câmara de Direito Civil	457
Grupo De Câmaras de Direito Comercial.....	486
Primeira Câmara de Direito Comercial.....	510
Segunda Câmara de Direito Comercial.....	537
Terceira Câmara de Direito Comercial.....	557
Quarta Câmara de Direito Comercial.....	589
Quinta Câmara de Direito Comercial.....	620
Grupo De Câmaras de Direito Público.....	635
Primeira Câmara de Direito Público.....	676

Segunda Câmara de Direito Público.....	703
Terceira Câmara de Direito Público.....	723
Quarta Câmara de Direito Público.....	752
Quinta Câmara de Direito Público.....	770
Primeiro Grupo de Direito Criminal.....	792
Segundo Grupo de Direito Criminal.....	828
Primeira Câmara Criminal.....	861
Segunda Câmara Criminal.....	891
Terceira Câmara Criminal.....	929
Quarta Câmara Criminal.....	955
Quinta Câmara Criminal.....	982
Primeiro Grau.....	1026
PUBLICAÇÕES.....	1067
DISCURSOS.....	1101
RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....	1108
ÍNDICE NUMÉRICO.....	1129
ÍNDICE POR ASSUNTO.....	1135
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	1144



COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(janeiro de 2020)

Presidente

Desembargador Ricardo José Roesler

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador João Henrique Blasi

Segundo Vice-Presidente

Desembargador Volnei Celso Tomazini

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador Salim Schead dos Santos

Corregedora-Geral da Justiça

Desembargador 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 Oulart 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 Varella
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 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

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

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 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 de Aragão

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz de Direito Rafael Germer Condé

JUIZES CORREGEDORES

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

JUIZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

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

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar Bruno Makowiecky Salles

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Fernanda do Nascimento Muller de Villamartin

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

Rodrigo Granzotto Peron

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

Maurício Walendowsky Sprícigo



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.235.057
SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S): MARCOS ANTÔNIO CALAI KRANZ

ADV.(A/S): MARLON CHARLES BERTOL

ADV.(A/S): LEANDRO HENRIQUE MARTENDAL

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIMINAL. GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. JULGAMENTO DAS ADCs 43/DF e 44/DF. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – O art. 147 da Lei de Execuções Penais determina que a pena restritiva de direitos será aplicada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

II – O Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente as Ações Diretas de Constitucionalidade 43/DF e 44/DF, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal.

III – Agravo regimental a que se nega provimento.

A C Ó R D ã O

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, com ressalvas do Ministro Edson Fachin, nos termos do voto do Relator. Não participou, deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 27 de março de 2020.

RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.235.057 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S): MARCOS ANTÔNIO CALAI KRANZ

ADV.(A/S): MARLON CHARLES BERTOL

ADV.(A/S): LEANDRO HENRIQUE MARTENDAL

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão por meio da qual neguei seguimento ao recurso extraordinário com agravo, ante a consonância do acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte, mas concedi a ordem de habeas corpus de ofício, tendo em vista a flagrante ilegalidade (documento eletrônico 19).

O agravante sustenta, em suma, que:

“[...] os fundamentos invocados no julgamento do ARE nº 964.246, e que ensejaram o reconhecimento de que a execução provisória da pena não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, referiram-se à execução provisória de pena em sua generalidade – privativa de liberdade e restritiva de direito - não havendo restrição à pena privativa de liberdade.

11. Inclusive, porque não teria lógica afirmar-se a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, que é o mais, e restringir-se a interpretação constitucional quanto ao menos, que é a pena restritiva de direito. Tanto uma quanto a outra configuram resposta penal à conduta delituosa do agente e estão sujeitas aos mesmos princípios e normas constitucionais.

[...]” (pág. 4 do documento eletrônico 20).

É o relatório.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.235.057 SANTA CATARINA**VOTO**

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem reexaminados os autos, tenho que a decisão ora atacada não merece reforma ou correção, pois os seus fundamentos harmonizam-se estritamente com a jurisprudência desta Suprema Corte que orienta a matéria em questão.

Por oportuno, colaciono a decisão recorrida:

“Trata-se de agravo interposto contra decisão por meio da qual foi negado seguimento ao recurso extraordinário interposto em face de acórdão assim ementado:

‘PROCESSO PENAL. CONCURSSÃO. USO INDEVIDO DE SELO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL. REABERTURA DA INSTRUÇÃO NULIDADE. AFASTAMENTO. ATIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. ELEMENTOS DO DELITO CARACTERIZADO. ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. ART. 23, INC. III, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS. POSSIBILIDADE.

1. O réu, na qualidade de Servidor Público Federal, a saber, na condição de Supervisor Geral e Chefe de Cartório Eleitoral, atrai, invariavelmente, à fixação da competência federal.
2. A reabertura de prazo para nova oitiva das partes foi mais ato de cautela do juízo do que exigência legal, sequer havendo falar em nulidade.
3. Na concussão a exigência da indevida vantagem faz-se utilizando, exclusivamente, da própria autoridade do cargo que ocupa, sem que tenha que haver, necessariamente, a violência física ou a promessa de mal injusto.
4. Demonstrada a materialidade e a autoria, mantém-se o édito condenatório.
5. Não há como caracterizar estrito cumprimento de dever legal quando há ordem manifestamente ilegítima.
6. Irretocável o julgado monocrático, uma vez que o ilustre Julgador singular devidamente fundamentou e individualizou todas as etapas da dosimetria em estrita obediência ao disposto no artigo 68 do Código Penal.
7. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar O HC nº 126.292, resgatou jurisprudência antes consolidada que entendia constitucional a execução provisória da pena, afastando entendimento de violação à presunção de inocência. Em sessão realizada em 05/10/2016, a nova orientação da Corte Suprema foi confirmada quando, no julgamento das ADCs 43 e 44 O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (Rel. Min. Marco Aurélio, DJE 216 em 07/10/2016). 8. A 4ª Seção desta Corte, em Sessão realizada em 12/12/2016, editou a Súmula nº 122: Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário. 9. Assim, possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário’ (págs. 131-132 do documento eletrônico 10).

No RE, interposto com base no art. 102, III, a, da Constituição Federal, alegou-se violação do art. 109, IV, da mesma Carta.

A pretensão recursal não merece acolhida.

Colho do voto condutor do julgamento proferido pelo Tribunal Regional da 4ª Região, no que pertine ao exame deste recurso, o seguinte:

‘[...]

Sustenta a defesa de MARCOS ANTÔNIO CALAI KRANZ a incompetência da Justiça federal para o processamento e julgamento do feito, ao argumento de que não há, nos autos, qualquer interesse da União, ante a inexistência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 109, inc. IV, da Constituição Federal. Aduz que a suposta violação reside, especificamente, na higidez do desenvolvimento do serviço público delegado por ato da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina, não se justificando a competência federal. Tanto é assim, que a ação civil pública por atos de improbidade administrativa tiveram seu curso na justiça estadual (ACP n. 037.09.003370-8). Todavia, sua pretensão não comporta trânsito.

Em verdade, MARCOS, na qualidade de Servidor Público Federal, a saber, na condição de Supervisor Geral e Chefe de Cartório Eleitoral, atrai, invariavelmente, à fixação da competência federal. E, sob esse prisma, os crimes de falsidade ideológica e de uso indevido de selo também estariam sob a orbe federal, uma vez que se destinaram, em tese, a ocultar o crime de concussão, além de consubstanciarem elementos capazes de influenciar na prova do crime do art. 316 do CP (fls. 656-7).

Com efeito, os delitos que não guardem relação direta e específica com bens, interesses ou serviços da União, tal como dispõe o art. 109, inc. IV, da Constituição Federal, mas que tenham sido cometidos por servidores públicos, podem ser processados pela Justiça Federal, desde que o crime praticado tenha se dado em razão da função, como na hipótese. Vale dizer que MARCOS, no exercício de suas funções, exigiu vantagem indevida de servidores, inclusive, cometendo outro ilícito para acobertar a concussão e atribuir-lhe aparência de legalidade.

Não se olvide, ainda, do que dispõe a Súmula n.147 da Corte de Justiça, segundo a qual: Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra funcionário público federal, quando relacionados com o exercício da função.

Ademais, não se olvide que a questão já foi abordada nos autos da ação penal n. 2007.72.03.000857-9, concluindo que os fatos descritos naquele feito possuíam nítida conexão material e probatória com aqueles relatados na ação penal 2006.72.03.002763-6. Isto porque, o delito de uso indevido de selo público está diretamente relacionados ao Fato I da denúncia 2006.72.03.002763-6, haja vista que Marcos forjou contrato de empréstimo com a finalidade de dar aparência de licitude para os depósitos efetuados pela vítima Alan Lucas de Almeida e que, na verdade, seriam decorrentes da prática do crime de concussão.

[...]’ (págs. 101-102 do documento eletrônico 10).

Conforme se verifica, o acórdão recorrido está em consonância com a assente jurisprudência desta Corte no sentido de que [...] a prática de crimes no exercício de função pública federal atrai a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento da ação penal (Pet 6.669-AgR, Rel. Min. Edson Fachin).

Nesse sentido, cito as ementas dos seguintes precedentes: ‘Julgamento nos Tribunais: competência do relator

para decidir conflito de competência, quando há jurisprudência dominante do Tribunal sobre a questão suscitada: C.Pr.Civil, art. 120, parágrafo único (redação da

L. 9.756/98): aplicação, por analogia, ao processo penal, nos termos do art. 3º, do C.Pr.Penal. Precedente (Pet. 3596, desp., 21.08.06, Britto, DJ 28.08.06). No caso a impetração sequer ousa desafiar a existência óbvia de entendimento sedimentado na jurisprudência no sentido da competência da Justiça Federal para a ação penal movida contra servidor público da União, no caso de solicitação ou exigência de vantagem indevida para a prática de ato de ofício, qual o caso concreto. Habeas corpus indeferido. ‘(HC 89.951/RS, Rel. Min.

Sepúlveda Pertence).

‘HABEAS CORPUS . CRIME DE FALSO E DE PECULATO. COMPETÊNCIA. CRIME ELEITORAL, ART. 348 DO CÓDIGO ELEITORAL. FALSIFICAÇÃO DE TÍTULO COM FINALIDADE NÃO ELEITORAL. CRIME NÃO CONFIGURADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL NÃO CARACTERIZADA. CRIME DE FALSO E DE PECULATO COMETIDOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA FEDERAL E CONTRA BENS E MATERIAIS DA JUSTIÇA ELEITORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SE O PACIENTE, NA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO E SERVIÇO DA JUSTIÇA ELEITORAL, APROPRIA-SE DE FORMULÁRIOS E TÍTULOS ELEITORAIS EM BRANCO, DOS QUAIS DETINHA A POSSE EM RAZÃO DA FUNÇÃO DE ESCRIVÃO ELEITORAL QUE OCUPAVA, E SE FALSIFICOU A ASSINATURA DE UM JUIZ ELEITORAL, COM A FINALIDADE DE ABRIR CONTAS EM ESTABELECIMENTO BANCÁRIO PARA LESAR O COMÉRCIO DAS CIDADES VIZINHAS, A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR AMBOS OS DELITOS SÓ PODERIA SER DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIMES CONEXOS. PREVALENCIADA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL QUE TEM SEDE CONSTITUCIONAL, EM DETRIMENTO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM, QUE É DE NATUREZA RESIDUAL. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NESSA PARTE, INDEFERIDA ‘(HC 70.563/PR, Rel. Min. Paulo Brossard).

Embora seja o caso de negar seguimento ao recurso extraordinário, constato tratar-se de hipótese de flagrante constrangimento ilegal a autorizar a concessão do habeas corpus , de ofício, nos termos do art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal e do art. 654, § 2º, do CPP.

Verifico que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região viabilizou o início da execução antecipada da pena, haja vista a tese fixada pelo Plenário desta Suprema Corte no julgamento do HC 126.292/SP e reafirmada no ARE 964.246/SP, no qual foi reconhecida repercussão geral da questão constitucional envolvida, ambos de relatoria do saudoso Ministro Teori Zavascki.

Muito bem. O art. 147 da Lei de Execuções Penais determina que a pena restritiva de direitos será aplicada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, litteris :

‘Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.’

Desse modo, entendo que não cabe ao Tribunal Regional Federal, depois de negar provimento à apelação exclusiva da defesa, determinar o imediato início do cumprimento da pena.

Registro, por outro lado, que o entendimento até então esposado pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal deu-se na análise de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que ainda aguardam pronunciamento de mérito. Por sua vez, a decisão proferida no ARE 964.246/SP, também invocada pelo TRF4, julgado pela sistemática da repercussão geral, não tratou especificamente de execução antecipada de pena restritiva de direito, vedada pelo art. 147 da LEP, mas, tão somente, de pena privativa de liberdade, hipótese essa prevista no art. 283 do Código de Processo Penal.

Destaco, por fim, que o art. 5º, LVII, da Constituição Federal reforça a fumaça do bom direito, ao determinar que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Isso posto, nego seguimento ao recurso (art. 21, § 1º, do RISTF), e, nos termos do art. 5º, LXVIII, da CF/1988 e art. 654 do CPP, concedo a ordem de habeas corpus , de ofício, a fim de garantir ao recorrente o início do cumprimento da pena restritiva de direitos somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Comunique-se ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região”.

Em que pesem os argumentos expendidos neste agravo regimental, entendo que o art. 147 da LEP deve ser interpretado restritivamente, uma vez que o texto não foge aos limites desejados pelo legislador. Não há exegese que faça afastar a interpretação literal deste artigo, não tornando este método secundário, uma vez que é princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu sunt accipienda*. Ou seja, as palavras devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia. Não há, portanto, forma diversa de interpretar-se “transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos”.

Destaco, ademais, que o Superior Tribunal de Justiça, responsável pela interpretação das leis federais e pela unificação da jurisprudência em relação a matérias infraconstitucionais, pacificou o tema, decidindo que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos, ante o disposto no art. 147 da LEP (EResp 1.619.087/SC, Rel. para o acórdão Min. Jorge Mussi, Terceira Seção).

Por fim, ressalto que esta Corte julgou procedente as Ações Diretas de Constitucionalidade 43/DF e 44/DF, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que condiciona o início do cumprimento da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado do título condenatório.

Nesse julgamento, salientei que a presunção de inocência integra a cláusula pétrea alusiva aos direitos e garantias individuais que representa a mais importante das salvaguardas do cidadão, não se mostrando possível superar a taxatividade do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, por tratar-se de comando constitucional absolutamente imperativo, categórico, ao qual não cabe qualquer tergiversação.

Não há, portanto, desacerto na decisão ora agravada. Isso posto, nego provimento ao agravo regimental.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.235.057 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

AGTE.(S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

AGDO.(A/S) : MARCOS ANTÔNIO CALAI KRANZ

ADV.(A/S): MARLON CHARLES BERTOL

ADV.(A/S): LEANDRO HENRIQUE MARTENDAL

VOTO VOGAL

O Senhor Ministro EDSON FACHIN: 1. Senhora Presidente, trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão monocrática que, ex officio, concedeu ordem de habeas corpus ao ora agravado, a fim de obstar a execução provisória da pena restritiva de direito(s) antes de seu trânsito em julgado.

2. Em sendo esse o quadro, cumpre-me assentar, de saída, que o tema afeto à conformidade constitucional da execução provisória da pena configura matéria, a meu sentir, de extrema delicadeza, a exigir a apreciação e contraposição de diversos argumentos e elementos interpretativos que devem ser sopesados à luz da inteireza constitucional. Sempre reconheci, nessa ambiência, a possibilidade de adoção de distintas e respeitáveis leituras da Constituição, como meio de se extrair a resposta adequada à questão.

Assim, embora tenha convicção formada e explicitada em diversos outros feitos a respeito da matéria, ainda enfatizo que a sensibilidade da controvérsia constitucional, a meu ver, realmente pode albergar diversas compreensões.

Nesse cenário, independentemente da posição adotada, tenho como imprescindível que sujeitos processuais que se encontrem em situações semelhantes recebam tratamento processual condizente com tal similaridade.

Vale dizer, comungo do entendimento no sentido de que esta Corte deve funcionar de modo a prestigiar a estabilidade, integridade e coerência de sua jurisprudência, conforme, a propósito, expressamente exige o art. 926, CPC. A respeito de tal dispositivo, menciono Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

“O art. 926, CPC, institui claramente o que a doutrina chama de *stare decisis* horizontal. Ao dizer expressamente que há dever de outorgar unidade ao direito e de fazê-lo seguro o que implica torná-lo cognoscível, estável e confiável o legislador obviamente determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça respeito aos próprios precedentes, além de ter determinado aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. Isso porque a primeira condição para que exista um sistema de precedentes e de compatibilização vertical das decisões judiciais é o respeito por parte das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes. Do ponto de vista da administração da Justiça Civil, não é possível respeitar quem não se respeita.” (Novo Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 990, grifei)

Portanto, à luz da regência do Código de Processo Civil, deve ser observada a necessária estabilidade, integridade e uniformidade da jurisprudência, circunstância que é traduzida, inclusive, a partir do dever de autorreferência da Corte.

Já ao disciplinar o *stare decisis* segundo um enfoque vertical, prescreve o Código de Processo Civil:

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...)

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.”

Diante do exposto, antes de discutir efetivamente o mérito da questão suscitada pelo douto Relator, tenho que é o caso de ponderar se tais temas foram, ou não, objeto de prévio pronunciamento do Tribunal Pleno.

Saliento que não se trata de defender uma indesejável petrificação da jurisprudência da Suprema Corte, mas de apenas se reconhecer que cabe precipuamente ao Plenário eventual análise de superação de seus próprios precedentes.

No ponto, aliás, cumpre ressaltar que os acórdãos mencionados pelo eminente Relator em seu voto, a exemplo do ARE 1175109-AgR/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, cuidam-se de julgamentos tão somente da Segunda Turma, órgão fracionário deste Supremo Tribunal e que, como tal, não pode prevalecer sobre posicionamento sedimentado pelo colegiado máximo desta Corte.

Imperioso apontar, ainda, tratar-se de acórdãos resultantes de votação não-unânime, em que vencidos o meu reiterado posicionamento e o do Ministro Celso de Mello, o qual também já foi repisado em diversos julgados. À guisa de exemplo (grifei):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA PENAL – PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII) – “EXECUÇÃO PROVISÓRIA” DA CONDENAÇÃO PENAL – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STF – COMPREENSÃO DO RELATOR DESTA CAUSA (MINISTRO CELSO DE MELLO), NO ENTANTO, CONTRÁRIA A ESSA ORIENTAÇÃO, POR SUSTENTAR, EM VOTO VENCIDO, QUE O DIREITO FUNDAMENTAL DE SER PRESUMIDO INOCENTE, QUE NÃO SE ESVAZIA PROGRESSIVAMENTE, À MEDIDA EM QUE SE SUCEDEM OS GRAUS DE JURISDIÇÃO, PREVALECE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, COMO DETERMINA A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 5º, LVII) – POSIÇÃO MINORITÁRIA, SOBRE A QUAL DEVE PREPONDERAR, NA RESOLUÇÃO DO LITÍGIO, O PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE, RESSALVADO, EXPRESSAMENTE, O ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR DESTA CAUSA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO (RE 1146026 ED-AgR/SC, Relator(a) Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgamento em 05/04/2019).

Feito esse registro, e com especial enfoque no Princípio da Colegialidade, passo a apreciar, à luz dos precedentes do Tribunal Pleno, os questionamentos explicitados pelo eminente Relator.

3. O primeiro ponto a ser examinado refere-se à compatibilidade constitucional da

execução da pena assentada em sede ordinária e passível de impugnação por recursos que não possuem eficácia suspensiva *ope legis*.

A esse respeito, registro que a jurisprudência tradicional da Corte admitia a execução da pena em tais circunstâncias.

Como bem explicitado pelo saudoso Min. Teori Zavascki (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016), com citação, na ocasião, de diversos precedentes, “a possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade era orientação que prevalecia na jurisprudência do STF, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988.” Em suma, segundo Sua Excelência, já naquele contexto, o “princípio da presunção de inocência não inibia a execução provisória da pena imposta, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário.” A guinada jurisprudencial acerca da matéria operou-se pelo Plenário no HC 84078/MG (Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009), oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal afirmou a impossibilidade de deflagração da execução penal na pendência de recursos excepcionais.

A posição tradicional da Corte, contudo, foi retomada na ocasião do julgamento do citado HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016. A esse respeito, concluiu o saudoso Relator (grifei):

“12. Essas são razões suficientes para justificar a proposta de orientação, que ora apresento, restaurando o tradicional entendimento desta Suprema Corte, no seguinte sentido: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.”

Referido pronunciamento foi atacado por meio de embargos de declaração. Em sede de aclaratórios, além do pedido de modulação de efeitos, também se alegava omissão quanto à incidência do art. 283, CPP. O recurso, contudo, foi rejeitado por maioria, vencido o eminente decano, Min. Celso de Mello (HC 126292 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/09/2016).

Em seguida, o Tribunal Pleno, em 05/10/2016, indeferiu as medidas cautelares requeridas nas ADCs 43 e 44, ações nas quais os fundamentos decisórios explicitados no HC 126292 eram impugnados sob a premissa da higidez constitucional do art. 283, CPP.

Selando a consolidação do tema, a Corte, sob a sistemática da repercussão geral, reafirmou a jurisprudência (Tema 925), nos seguintes termos:

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL

RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.” (ARE 964246 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/11/2016, grifei)

Depois, o Plenário voltou a se debruçar sobre o tema (HC 152.752/PR), salientando, por maioria de votos, que não se qualifica como configurador de constrangimento ilegal o ato judicial que, ao se alinhar aos precedentes da Suprema Corte, chancela a deflagração da execução provisória da pena:

“HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

(...)

2. O habeas corpus destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder.

3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada.

4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência.

(...)

(HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, grifei)”

Como se vê, os precedentes emanados do Tribunal Pleno revelam que a jurisprudência desta Corte admitia o início do cumprimento da pena em caso de título condenatório não passível de impugnação por recursos que possuam automática eficácia suspensiva, dentre eles o recurso especial.

4. No tocante ao tema especificamente objeto da irresignação deste agravo regimental, registro que a possibilidade de execução provisória de penas restritivas de direito(s), a meu ver, também foi objeto de deliberação do Tribunal Pleno. Reproduzo, nesse contexto, segmento do voto proferido pelo eminente decano no HC 152.752/PR, em que consignou o seguinte (grifei):

“Daí a regra inscrita no art. 105 de referido diploma legislativo, que condiciona a execução da pena privativa de liberdade à existência de trânsito em julgado do título judicial condenatório:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução. (grifei)

Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147 da LEP no que concerne à execução de penas restritivas de direitos:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares. (grifei)”

Nada obstante os percucientes apontamentos do eminente decano, o fato é que o Tribunal Pleno, por maioria de votos, denegou a ordem requerida no referido habeas corpus.

Ainda que assim não fosse, entendo que seria incompatível com os precedentes do Plenário a admissão de execução provisória de pena privativa de liberdade, sanção de maior gravidade, e, ao mesmo tempo, reconhecer-se a inviabilidade de implementação de penas de menor intensidade.

Diante desse contexto, ausente exclusão expressa das hipóteses de execução das penas restritivas de direito, era mesmo o caso, tal qual pugnado pelo recorrente, de observância da tese firmada em repercussão geral que não se limitou ao campo da privação de liberdade. Nesse sentido, cito as seguintes decisões:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES (ARE 964.246-RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, TEMA 925). 1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao apreciar o ARE 964.246-RG/SP, Rel.

Min. TEORI ZAVASCKI, reconheceu a Repercussão Geral da matéria e entendeu pela possibilidade de execução da decisão penal condenatória proferida em 2ª Instância, ainda que sujeita a eventual interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, sem que fosse possível cogitar de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência 2. Esta CORTE não restringiu o alcance da decisão apenas aos condenados às penas privativas de liberdade não substituídas, mas sim possibilitou que todos os condenados, indistintamente, sejam aqueles condenados a penas privativas de liberdade ou a penas restritivas de direitos, passassem a cumprir a pena após o julgamento da 2ª Instância. 3. Agravo Interno a que se nega provimento.” (RE 1161581 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES,

Primeira Turma, julgado em 04/02/2019, DJe 13/02/2019, grifei)

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.

POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, DJe 17.5.2016). Ressalva de entendimento desta Relatora. 2. Orientação reafirmada por este Supremo Tribunal Federal, ao indeferir as medidas cautelares requeridas nas ADC's 43 e 44, em que pretendida, ao argumento da inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, a suspensão das execuções provisórias da condenação confirmada em 2º grau. 3. Ratificação da jurisprudência da Casa, ao julgamento do ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário Virtual, DJe 25.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 4. O entendimento firmado não se restringiu aos réus condenados a penas privativas de liberdade, alcançando também aqueles cujas penas corporais tenham sido substituídas por restritivas de direitos. Precedentes. 5. Agravo regimental conhecido e não provido." (HC 143041 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018, grifei)

"O STF, no julgamento do ARE 964.246-RG, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria,

entendeu que a execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. Naquela ocasião, o Plenário Virtual do STF não restringiu o alcance da decisão apenas aos condenados a penas privativas de liberdade não substituídas. Precedentes." (RE 1125909 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/06/2018, grifei)

"A execução provisória da pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC n°s 43 e 44, no HC n° 126.292/SP e no ARE n° 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema n° 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016. (HC 142750 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/06/2017, grifei)

5. Outra questão a ser enfrentada refere-se à exigência de fundamentação concreta para fins de legitimação da execução provisória, especialmente em razão do contido no art. 5º, LXI, CF, que condiciona a implementação de prisões à situação de flagrância ou ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, bem como no art. 93, IX, CF, que prescreve o dever de fundamentação judicial.

Essa pretensão, tantas vezes levada a cabo pelas defensas, contudo, colide com prévio pronunciamento do Plenário.

Com efeito, o Tribunal Pleno, ao examinar as tutelas cautelares requeridas nas ADCs 43 e 44, firmou o seguinte entendimento:

"MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APÓS O ESGOTAMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EM SEGUNDO GRAU. COMPATIBILIDADE COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126.292. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E ESPECIAL. REGRA ESPECIAL

ASSOCIADA À DISPOSIÇÃO GERAL DO ART. 283 DO CPP QUE CONDICIONA A EFICÁCIA DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS CONDENATÓRIOS AO TRÂNSITO EM JULGADO. IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS GRAVOSA. INAPLICABILIDADE AOS PRECEDENTES JUDICIAIS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

(...)

2. No âmbito criminal, a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos extraordinário e especial detém caráter excepcional (art. 995 e art. 1.029, § 5º, ambos do CPC c/c art. 3º e 637 do CPP), normativa compatível com a regra do art. 5º, LVII, da Constituição da República. Efetivamente, o acesso individual às instâncias extraordinárias visa a propiciar a esta Suprema Corte e ao Superior Tribunal de Justiça exercer seus papéis de estabilizadores, uniformizadores e pacificadores da interpretação das normas constitucionais e do direito infraconstitucional.

(...)

4. O retorno à compreensão emanada anteriormente pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir efeito paralisante a absolutamente todas decisões colegiadas prolatadas em segundo grau de jurisdição, investindo os Tribunais Superiores em terceiro e quarto graus, revela-se inapropriado com as competências atribuídas constitucionalmente às Cortes de cúpula.

(...)

6. Declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.”

(ADCs 43 e 44 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/2016, grifei)

Noto que, no referido julgamento, o Plenário concluiu que o efeito suspensivo eventualmente concedido aos recursos especial ou extraordinário é de cunho excepcional, sendo que conferir automático efeito paralisante a todos os títulos condenatórios assentados pelas instâncias ordinárias configuraria medida dissonante das competências dos órgãos de cúpula. Nesse contexto, a execução da condenação seria desde logo possível, exceto se existente atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Não se trata, portanto, de exigência de fundamentação concreta para fins de observância da regra geral, qual seja, o imediato implemento do acórdão proferido pelas instâncias ordinárias, que nasce eficaz e apenas terá seus efeitos suspensos por força de eventual, específica e fundamentada decisão judicial que atribua tal consequência jurídica aos recursos excepcionais interpostos.

O tema foi novamente debatido no contexto do Plenário no HC 152.752/PR, de minha relatoria, julgado em 5.4.2018. A esse respeito, reproduzo segmento do voto condutor que proferi e recebeu a adesão da maioria dos integrantes do respectivo colegiado:

“6. No que se refere à ausência de motivação concreta da imposição da prisão, o que, em tese, poderia configurar ofensa ao art. 5º, LXI e art. 93, IX, CF, ênfase que a necessidade de fundamentação da ordem escrita de autoridade judiciária deve ser compreendida à luz do momento processual em que inserida.

Vale dizer, o implemento da execução provisória da pena, nos termos das decisões tomadas pelo Plenário, atua como desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, de modo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada.

Trata-se, em verdade, tão somente de cumprimento do título condenatório, este sim caracterizado pela necessidade de robusta motivação.”

Consta da ementa do referido julgado:

“(…)

5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.

(…)

(HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, grifei)

A seu turno, também cumpre registrar, a respeito da matéria, as bem lançadas razões explicitadas, na oportunidade, pelo eminente Min. Ricardo Lewandowski (transcrição livre), das quais respeitosamente divirjo, a reforçar que o tema foi objeto de efetiva deliberação pelo Plenário:

“Mas eu ousaria afirmar, com muita convicção Senhora Presidente, que a ilegalidade está justamente na falta de fundamentação, de motivação adequada dessas decisões. Porque, em que pese as palavras até um tanto quanto rebuscadas, por parte dos integrantes da Turma que analisou o caso do ora paciente no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no fundo no fundo eles simplesmente arrimaram sua decisão na Súmula 122 daquela Corte Regional, que tem a seguinte redação:

(…)

Fazer remissão às súmulas, à súmula 122 do TRF4 ou à súmula 267 do STJ, data vênua, não é fundamentar a decisão nos termos do exigido pela Constituição. Aí é que reside a ilegalidade dessas duas decisões. É por isso que eu entendo viável e necessário conceder-se a ordem.”

Menciono ainda o seguinte trecho dos debates:

“O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas a Constituição brasileira impede a execução.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ao seu ver, Ministro.

O SENHOR MINISTRO MARCO – O principal, que é a liberdade de ir e vir, pode ser perdido!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Pode e deve.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E deve?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - A meu ver, deve.”

A propósito, cabe enfatizar que, salvo melhor juízo, e desde que obviamente preenchidos os requisitos próprios, inexistente controvérsia na ambiência deste Supremo Tribunal Federal acerca da compatibilidade, em si, da presunção da inocência com a imposição de prisões de índole cautelar.

Ou seja, que é possível a prisão de índole cautelar a partir do esgotamento da jurisdição ordinária não há dúvidas, tampouco parece existir questionamento a esse respeito.

Assim, o cerne do que a Corte discutiu e decidiu no HC 126.292/SP, em sede cautelar nas ADC 43 e 44, sob a sistemática da repercussão geral, no ARE 964.246/SP e no HC 152.752/PR, consiste, precisamente, na adequação, independentemente dos requisitos da prisão cautelar, da deflagração de prisão penal quando a condenação encontrar-se assentada na seara ordinária.

Aliás, a própria ideia de execução penal, ainda que provisória, parece incompatível com a exigência de pressupostos próprios de prisões processuais.

Como bem observou a Procuradora-Geral da República em parecer exarado na Rcl. 30.126/PR em que examinada os pronunciamentos do Tribunal Pleno, “a essência desse precedente, ou seja, aquilo que ele traz de novo para a persecução penal no país, é estabelecer a regra de que o início do cumprimento da pena dar-se-á já após a condenação do réu por Tribunal, ainda que pendentes de julgamento recursos extremos”.

Impende sopesar ainda que, a rigor, qualquer recurso admite, em tese, a atribuição de efeito suspensivo. O que se coloca é que, em determinados casos, expressamente assim previstos em lei, tal consequência decorre direta e tão somente da hipótese normativa de cabimento recursal (ope legis), enquanto que, nos demais, a suspensão dos efeitos da decisão recorrida pressupõe decisão judicial específica (ope iudicis). Confira-se, nesse contexto, o que menciona a doutrina:

“Quando o efeito suspensivo é ope legis, decorre do cabimento do recurso. Ou seja, a mera possibilidade de uso do recurso, em função de sua previsão legal, já retira a eficácia da decisão que será recorrida.

(...)

Com efeito, o efeito suspensivo ope iudicis é uma forma de tutela provisória, uma providência cautelar a ser concedida incidentalmente em favor do recorrente.

No caso do efeito suspensivo ope iudicis, este não decorre do cabimento do recurso, pois não se sabe se o relator concederá esse efeito.

Portanto, o efeito suspensivo nessas hipóteses decorre da decisão que o concede, configurando uma determinação do órgão jurisdicional, com base nos pressupostos legais.

Dependendo o efeito suspensivo de ato judicial, ao contrário, o provimento nasce eficaz. Os seus efeitos cessam na oportunidade em que o órgão ad quem agrega o efeito suspensivo.” (RODRIGUES. Marco Antonio. Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 87, grifei)

Esse era o sentido, a meu ver, do pronunciamento do Tribunal Pleno, colhido no contexto cautelar das ADC 43 e 44, na direção de que “é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”.

Em suma, os recursos excepcionais eventualmente cabíveis contra o acórdão que assenta a condenação em sede ordinária possuem potencial efeito suspensivo ope iudicis, de modo que tais provimentos nascem eficazes e demandam imediata execução, com possibilidade, em casos excepcionais, de atribuição de resultado paralisante a ser implementado mediante concessão de tutela específica de urgência.

Diante de tais aspectos, entendo que a cogitada exigência de fundamentação concreta a fim de legitimar o cumprimento do acórdão que materializa a condenação, além de ter sido expressamente rechaçada pelo Plenário, revela-se de todo incompatível com a razão de ser dos precedentes do Tribunal Pleno e com a própria natureza dos recursos extremos cabíveis contra acórdãos que assentam condenações, os quais, repita-se, nascem eficazes e cujos efeitos somente se suspendem em caso de específica e motivada concessão de tutela provisória.

6. Remanesce, finalmente, questão associada à formação da coisa julgada decorrente do disposto eventualmente contido na sentença que assegura ao acusado o direito de responder em liberdade.

Esse aspecto também foi enfrentado pelo Plenário no HC 152.752/PR, que decidiu o seguinte:

“Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade.” (HC 152752, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018)

A respeito do tema, consta do voto condutor que proferi naquela assentada (grifei):

“7. Também não impressiona a alegação de ocorrência de reformatio in pejus, aspecto corolário do contraditório e da ampla defesa e derivado do artigo 617 do Código de Processo Penal, que prescreve que, no âmbito dos órgãos recursais, não poderá ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

Esse postulado, ao qual os Tribunais têm atribuído interpretação ampliada, inclusive com alcance de prejuízos qualitativos, materializa a personalidade dos recursos. A esse respeito, enuncia a doutrina:

‘O princípio da personalidade dos recursos significa que: a) o recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs, não aproveitando a parte que não recorre; e, como via de consequência, que b) quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da outra parte.’ (GRINOVER. Ada Pellegrini e outros. Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 43)

Tal compreensão tem assento na perspectiva de que o recurso constitui desdobramento do direito de ação. Nesse enfoque, impor situação prejudicial ao réu sem insurgência da acusação consubstancia ato semelhante à submissão de pleito condenatório despidido de imputação, de modo que se nota íntima relação entre a vedação da reformatio in pejus e o sistema acusatório.

Ocorre que esse modo de pensar não pode ser transportado, de forma automática, para a execução penal, atmosfera processual em que não há acusação propriamente dita e que é regida, quanto à instauração e processamento, por critérios de oficialidade, conforme expressamente preceitua a Lei n. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais):

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

(...)

Art. 194. O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução.

Art. 195. O procedimento judicial iniciar-se-á de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado, de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa.

Não bastasse, não comungo da compreensão no sentido de que o acórdão penal condenatório que determina o início da execução provisória da pena concede providência sem requerimento do Ministério Público. Entender que o requerimento para cumprimento de pena, provisório ou definitivo, não está contido, desde o início, na pretensão acusatória é negar, em sua inteireza, o próprio direito constitucional de ação, porque limita temporalmente os efeitos da pretensão deduzida em juízo quando o ordenamento jurídico admite, expressamente, que os recursos excepcionais não são dotados de automática eficácia suspensiva.

Assim, a ilegalidade apontada, a meu ver, não merece ser reconhecida.

Nessa ótica, não verifico pronunciamento jurisdicional, ainda que anterior, que dê guarida à alegação de que o TRF-4ª teria incorrido em indevida reformatio in pejus, tampouco sustentação jurídica ao condicionamento do início da execução à existência de pedido específico da acusação.”

Também cumpre reproduzir resumo dos termos do multicitado HC 126292, de Relatoria do saudoso Min. Teori Zavascki, conforme ementa formulada, naqueles autos, pela própria defesa (fls. 3-4 da petição inicial, grifei), a revelar inexistência de particularidade no caso ora em exame que impusesse equacionamento diverso do exarado pelo Plenário:

“1. Paciente, primário, sem nenhum antecedente criminal, foi condenado pela suposta prática do crime de roubo qualificado. Antes do encerramento da instrução criminal foi revogada a prisão preventiva decretada em desfavor do Paciente, o qual encontra-se em liberdade há mais de quatro anos, trabalhando e sem que nenhum outro delito tivesse cometido.

2. Sentença condenatória, que transitou em julgado para o Ministério Público, que garante, expressamente, o direito do paciente recorrer em liberdade desta decisão.

3. Determinação da expedição do mandado de prisão no julgamento da apelação. Manifesta ilegalidade. Afronta ao princípio constitucional preconizado no art. 5º, LVII da Constituição Federal. Precedentes do col. Superior Tribunal de Justiça: A ilegalidade decorre da determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente antes mesmo do trânsito em julgado do acórdão que julgou o recurso de apelação. Registre-se que o paciente encontrava-se em liberdade até o julgamento do apelo, por ocasião da prolação da sentença condenatória (fls. 23/34), situação que deve ser preservada se não há motivo suficientemente forte em contrário, consoante se nota, a priori, da decisão vergastada. A PROPÓSITO, CUMPRE REGISTRAR QUE A CHAMADA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, EM PRINCÍPIO, É VEDADA, SOB PENA DE SE PÔR EM XEQUE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (HC n.º 312.273, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, decisão monocrática, DJ 18.12.14).

5. Ausência dos requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, que justificasse a prisão do Paciente.

MANIFESTA FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO.

6. Pedido de liminar tão-somente para sobrestar o cumprimento do mandado de prisão expedido em desfavor do Paciente até o julgamento final do writ.”

Ainda sobre as balizas do decidido pelo Tribunal Pleno no HC 126292, oportuno transcrever segmento do voto condutor proferido no HC 134863 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 29/11/2016, desprovido em decisão unânime, ocasião em que se enfrentou idêntica matéria:

“Os impetrantes sustentaram a possibilidade de se mitigar o óbice da Súmula n.º 691/STF, aduzindo, para tanto, que, na pendência de recursos especial e extraordinário, o juízo de primeiro grau, após requerimento do Ministério Público Federal, determinou a execução provisória da pena de 5 (cinco) anos de reclusão em regime semiaberto imposta ao paciente pela prática do crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei n.º 7492/86).

No entender da defesa, essa determinação configurou reformatio in pejus, na medida em que, quando da prolação da r. Sentença condenatória, o d. juízo de piso decidiu que o Paciente poderia RECORRER EM LIBERDADE (...)

(...)

Anoto, adicionalmente, como registro, que o Tribunal Pleno desta Suprema Corte em caso equivalente, vale dizer, hipótese em que o paciente também obtivera o direito de recorrer em liberdade, fixou orientação no sentido de que ‘a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção

de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/16):

Portanto, a decisão do juízo de origem, que determinou a execução provisória da pena imposta ao ora agravante, não configurou reformatio in pejus nem afrontou a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal naquele leading case.

(...)

Fica ressalvado, contudo, meu entendimento pessoal consignado por ocasião do julgamento daquelas ações diretas.”

Rememoro que o HC 126292 retomou a posição tradicional desta Corte quanto à compatibilidade constitucional da imediata execução de condenações assentadas pelas instâncias ordinárias, ao partir da premissa de que, nas palavras do eminente Ministro Teori Zavascki, “é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado”, superando a compreensão afirmada no HC 84078/MG, Rel. Min. Eros Grau.

Na vigência do entendimento que admitia o cumprimento da pena, ou seja, em momento anterior ao julgamento do HC 84078/MG, a Corte já havia se debruçado sobre a questão atinente à vinculação do Juízo ad quem ao pronunciamento espelhado em sentença que assegura ao acusado o direito de apelar em liberdade. Cito, a esse respeito, precedente de lavra do eminente decano:

“HABEAS CORPUS - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO ACUSADO - INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO

- POSSIBILIDADE DE PRISÃO IMEDIATA DO CONDENADO

- MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO AO PRÉVIO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL - DELIBERAÇÃO QUE NÃO VINCULA OS TRIBUNAIS SUPERIORES - PEDIDO INDEFERIDO. PRISÃO DO SENTENCIADO E INTERPOSIÇÃO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS. -

(...)

JUIZ QUE CONDICIONA A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PENAL. - A deliberação do magistrado de primeira instância, que condiciona a expedição do mandado de prisão ao prévio trânsito em julgado da condenação penal, embora garanta ao réu o direito de apelar em liberdade contra a sentença, não vincula os Tribunais incumbidos de julgar os recursos ordinários ou extraordinários eventualmente deduzidos pelo sentenciado. O Tribunal ad quem, em conseqüência, pode ordenar, em sede recursal, a prisão do condenado, quando improvido o recurso por este interposto.

(...)

(HC 72610, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 05/12/1995, grifei)

Além disso, pondero o recente pronunciamento da Segunda Turma:

Agravo regimental no habeas corpus. 2. Trecho de sentença que garante ao réu o direito de recorrer em liberdade. 3. Determinação de início da execução provisória da pena, após julgamento de apelação interposta pela defesa. Alegação de reformatio in pejus. Inocorrência. 4. Decisão que garante ao réu o direito de recorrer em liberdade não se reveste de coisa julgada. 5. Agravo a que se nega provimento. (HC 163278 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/11/2018, grifei)

Por tais razões, verifico a existência de prévio pronunciamento explícito do Plenário a respeito da matéria (HC 152752), bem como que idêntica circunstância já se verificava no HC 126292, inexistindo, a meu ver, particularidade a recomendar solução diversa.

7. No momento, todavia, a pretensão se imbrica com o que vem de decidir o STF, por maioria, pela declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal em ações de controle concentrado sob a relatoria do eminente Ministro MARCO AURÉLIO.

Prevalente foi o voto no sentido de que a norma declarada constitucional obsta o início da execução da pena tão logo esgotadas as instâncias ordinárias, ou seja, não é possível, no entendimento agora majoritário, o principiar da execução criminal ao confirmar-se condenação em segundo grau mesmo sem expressa atribuição de efeito suspensivo ao recurso cabível.

Tendo vingado a posição do eminente Relator, o Tribunal, por maioria, julgou, nos termos do voto de S. Excelência, procedentes os pedidos formulados nas ações declaratórias de nº 43, 44 e 54 para assentar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, constando do voto do i. Relator que, como consequência, determino a suspensão de execução provisória de pena cuja decisão a encerrá-la ainda não haja transitado em julgado, bem assim a libertação daqueles que tenham sido presos, ante exame de apelação, reservando-se o recolhimento aos casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual.

Nessa quadra, pode o juiz, em cada situação específica, constatar que se trata ou não de casos verdadeiramente enquadráveis no artigo 312 do mencionado diploma processual. O artigo 311 do Código de Processo Penal permite seja decretada prisão preventiva, de ofício, na hipótese. Como também consta do voto condutor daquele julgamento, diante da impossibilidade de prender-se indivíduo antes do trânsito em julgado do pronunciamento, emerge situação na qual cabe ao magistrado, cautelarmente, impor, com os cuidados de estilo, a preventiva ou outras medidas descritas na norma processual. Refere-se o voto cuja conclusão granjeou maioria a magistrado.

Entendo que cabe, assim, ao magistrado (juiz ou juízo) competente no curso de ação penal o cumprimento das deliberações exaradas pela Suprema Corte no julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

8. Feitas essas ressalvas, acompanho o voto do Relator.

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.824 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S): ESTADO DE SANTA CATARINA

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

RECDO.(A/S): MADRI COMÉRCIO DE COMPENSADOS E LAMINADOS LTDA

ADV.(A/S): IVO PERAL PERALTA JÚNIOR

INTDO.(A/S): ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADODE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S): ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S) : ESTADO DE RONDÔNIA

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

INTDO.(A/S) : ESTADO DE SERGIPE

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

INTDO.(A/S): ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S): ESTADO DE PERNAMBUCO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DE RORAIMA

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

INTDO.(A/S): DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DE ALAGOAS

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT

ADV.(A/S): DIOGO MARCUS LEIBÃO SALLES E OUTRO(A/S)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRATADA OU DE POTÊNCIA.

1. Tese jurídica atribuída ao Tema 176 da sistemática da repercussão geral: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.
2. À luz do atual ordenamento jurídico, constata-se que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia elétrica.
3. Não se depreende o consumo de energia elétrica somente pela disponibilização de demanda de

potência ativa. Na espécie, há clara distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do ICMS.

4. Na ótica constitucional, o ICMS deve ser calculado sobre o preço da operação final entre fornecedor e consumidor, não integrando a base de cálculo eventual montante relativo à negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de potência não utilizada.

5. Tese: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.

6. Recurso extraordinário a que nega provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária virtual de 17 a 24 de abril de 2020, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, apreciando o tema 176 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. Foi fixada a seguinte tese: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.

Brasília, 27 de abril de 2020.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.824 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S): ESTADO DE SANTA CATARINA

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

RECDO.(A/S): MADRI COMÉRCIO DE COMPENSADOS E LAMINADOS LTDA

ADV.(A/S): IVO PERAL PERALTA JÚNIOR

INTDO.(A/S): ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS
INTDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S): ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S): ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S): ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S): ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S): ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S): ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S): ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA

INTDO.(A/S): DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DE ALAGOAS

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT

ADV.(A/S): DIOGO MARCUS LEIBÃO SALLES E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, cuja ementa reproduzo a seguir:

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM CONCEDIDA – REMESSA NECESSÁRIA – PREVALÊNCIA DA LEI N. 1.533/51 SOBRE O CPC – SENTENÇA SUBMETIDA AO REEXAME OBRIGATÓRIO - O Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária ao procedimento de mandado de segurança, especificamente regulado pela Lei n. 1.553/51. Todavia, sobressai a norma específica, que estabelece o reexame necessário no mandamus independentemente do valor, pois aquele Instrumento Processual não revogou tacitamente as disposições desta Lei, que predomina em decorrência do critério da especialidade.

AGRAVO RETIDO – INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO PRELIMINAR NA APELAÇÃO – NÃO CONHECIMENTO

- Não pode este Tribunal conhecer do agravo retido, quando a parte não requer em preliminar de apelação o conhecimento do referido recurso (art. 523, caput e § 1, do Código de Processo Civil).

TRIBUTÁRIO – BASE DE CÁLCULO DO ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA – ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL – ENCARGO DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - “SEGURO APAGÃO” - IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA APENAS SOBRE O CONSUMO EFETIVO

- Tratando-se de energia elétrica, só ocorre fato gerador do ICMS quando do efetivo consumo desta por parte do consumidor, sendo que a base de cálculo do referido tributo é constituída apenas pela energia realmente consumida. Nesta linha de pensamento, exclui-se a possibilidade do ICMS incidir sobre a “demanda contratada”, pois a mercadoria (energia elétrica) não foi efetivamente consumida.

- Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica (arts. 2º e 4º, da Resolução 249/02 da ANEEL), também denominados “seguro apagão”, são encargos tarifários, não tem relação com a circulação ou transferência de energia elétrica para o consumidor e, por isso, não podem constituir a base de cálculo do ICMS.

IMPROVIMENTO DA REMESSA E DA APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA” (fls. 116-117).

Opostos embargos declaratórios os quais restaram rejeitados (fls. 143-151).

No recurso extraordinário interposto pelo Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, aponta-se violação aos artigos 150, II e 155, II, § 2º, IX, “b” e § 3º, do Texto Constitucional.

Nas razões recursais, sustenta-se, em síntese, o seguinte:

“A questão reside na definição da hipótese de incidência do ICMS e sua respectiva base de cálculo nas hipóteses em que ocorrer o faturamento da demanda contratada. Neste aspecto, o Tribunal local consigna que o valor da operação decorreria da entrega da energia elétrica, e se não houver circulação de mercadoria não haverá incidência do ICMS.

Todavia, incorreto afirmar, que não havendo circulação de mercadoria não ocorrerá fato gerador do ICMS, e assim descabida a tributação.

(...)

Portanto, se a demanda contratada também faz parte do valor da operação de fornecimento de energia elétrica ao consumidor, esta não pode ser excluída do cálculo do imposto, sob pena de violação à norma constitucional.

Com efeito, o ICMS alcança todas as operações relativas a energia elétrica, nos termos do mencionado artigo 155, parágrafo 3º, da Constituição Federal, sendo certo que o consumo propriamente dito constitui apenas uma das modalidades das operações relativas à energia elétrica, bastando a circulação ou a mera distribuição da energia para se concretizar a cobrança do referido imposto.”

Alega-se que os valores de demanda reservada de energia seriam tributáveis por meio do ICMS, tendo em vista a inexistência de tributação pelo município.

A 2ª Vice-Presidência do TJSC admitiu o recurso, por reputar preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Em 1º.08.2009, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada. Reproduz-se, a propósito, o teor da ementa do acórdão relativo ao reconhecimento dessa preliminar:

“CONSTITUCIONAL.TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA. OPERAÇÕES RELATIVAS A ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRADA (DEMANDA DE POTÊNCIA). RELEVÂNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (RE 593.824 RG, de relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 28.08.2009)

A Associação Brasileira de Assessoria e Planejamento Tributário Fiscal e Proteção aos Direitos do Consumidor e do Contribuinte (ABAPLAT) protocolou petição de admissão no feito, na qualidade de amicus curiae, a qual foi deferida pelo Min. Ricardo Lewandowski, meu antecessor na relatoria do feito.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco Adalberto Nóbrega, manifestou-se pela inadmissibilidade do recurso, uma vez que a alegada violação constitucional, se existente, seria reflexa, demandado o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que inviabilizaria o processamento do apelo extremo.

Caso ultrapassada a questão da admissibilidade, sustentou-se que estaria correto o entendimento expresso na Súmula 391 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “o ICMS incide sobre valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada”.

Os autos foram a mim redistribuídos e conclusos, em decorrência de substituição da relatoria, em 17.06.2015.

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.824 SANTA CATARINA

V O T O

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Inicialmente, cumpre consignar o exato objeto do presente recurso, com a finalidade de fixação de tese objetiva apta a gerar orientação jurisprudencial a todo o sistema judicial, como é próprio da sistemática da repercussão geral.

Em síntese, trata-se de saber se os valores referentes à demanda de potência elétrica integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre o consumo de energia elétrica.

Por oportuno, convém ressaltar que, no plano infraconstitucional, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça no bojo do REsp 960.476, de relatoria do então Ministro do STJ Teori Albino Zavascki, DJe 13.05.2009, em sistemática de recurso repetitivo, assentou que a incidência do ICMS se dá somente sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor, cuja ementa se reproduz a seguir:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA.

1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que “o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos”, razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, “a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria”. Afirma-se, assim, que “o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrada no estabelecimento da empresa”.

2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que “não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência”. Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor.

3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.

4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.

5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.”

Ademais, esse entendimento foi cristalizado na forma de enunciado sumular, em 23.09.2009, nos seguintes termos: “O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.” (Enunciado da Súmula 391 do STJ).

A partir do escólio doutrinário de Roque Antonio Carrazza, atribui-se a seguinte configuração constitucional ao ICMS, quando relativo à circulação de energia elétrica:

“Em suma, o ICMS pode alcançar, também, as operações relativas a energia elétrica. Noutros termos, a energia elétrica, para fins de tributação por via de ICMS, foi considerada, pela Constituição, uma mercadoria, o que, aliás, não é novidade em nosso direito positivo (CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 310).

Por sua vez, no altiplano constitucional, torna-se conveniente transcrever os dispositivos normativos relevantes à tributação da energia elétrica via ICMS:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.”

Nessa perspectiva, as operações relativas à circulação de mercadorias podem apresentar diversos sentidos. A partir disso, correntes surgiram tentando explicar o fato gerador do imposto, ou seja, a situação ou hipótese descrita na lei que, realizada de forma concreta, faz nascer a obrigação tributária .

Para parte dos doutrinadores, a operação é caracterizada pela saída física da mercadoria; e, conforme outros, a circulação é jurídica, devendo haver transferência da propriedade da mercadoria. Por fim, defende-se, ainda, que o imposto deveria incidir quando houvesse circulação econômica da mercadoria, isto é, sua evolução na cadeia produtiva da fonte produtora ao consumidor final (RIBEIRO, Ricardo Lodi. O fato gerador do ICMS. Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, ano 9, n. 52, p. 143163, jul./ago. 2011).

A circulação de mercadorias apta a desencadear a tributação por meio de ICMS demanda a existência de um negócio jurídico oneroso que envolve a transferência da titularidade de uma mercadoria de um alienante a um adquirente. A operação, portanto, somente pode ser tributada quando envolve essa transferência, que não pode ser apenas física, mas sim jurídica e econômica.

A hipótese de incidência do tributo é, assim, a operação jurídica praticada por comerciante que acarrete circulação de mercadoria e transmissão de sua titularidade ao consumidor final.

Em relação à mercadoria energia elétrica, entende-se que o ICMS tem por hipótese de incidência possível a circunstância de alguém praticar negócios jurídicos que girem em torno de sua geração, transmissão, distribuição ou consumo. Nesse sentido,

Dentre estas alternativas, a legislação optou pela descrição de uma operação jurídica que possibilite o consumo de energia elétrica. Portanto, atualmente, a hipótese de incidência do ICMS-Energia Elétrica é consumir, por força de um negócio jurídico, energia elétrica.

(...)

Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas (...) Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de

bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade)”. (CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 310-312, grifo nosso).

Em que pese a existência de reserva de lei complementar para a fixação da base de cálculo desse imposto, nos termos do art. 155, §2º, X, “i”, do Texto Constitucional, o Poder Constituinte decidiu no art. 34, §9º, do ADCT, o seguinte:

“Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.” (grifos nossos)

A esse respeito, não diverge a Lei Complementar 87/96 (Lei Kandir), ao assim positivar:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

(...)

III- da transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente;

IV- da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;

(...)

Art. 13. A base de cálculo do imposto é:

I- na saída de mercadoria prevista nos incisos I, III e IV do art. 12, o valor da operação;”

Dessa forma, à luz do atual ordenamento jurídico, constata-se que não integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica valores decorrentes de relação jurídica diversa do consumo de energia elétrica.

Recorre-se, a propósito, novamente às lições de Carrazza:

““Não é possível considerar base de cálculo do ICMS- Energia Elétrica, valores que decorrem de relação

diversa, como, por exemplo, a que envolve a concessionária e a empresa geradora de energia elétrica. Isso ensejaria a cobrança de uma exação adicional, que refugiria à competência tributária da Unidade Federada.

(...) sendo o ICMS-Energia Elétrica uma modalidade de imposto sobre operações mercantis, sua base de cálculo somente pode ser o valor da operação de fornecimento desta mercadoria.

Evidentemente, o valor da operação de fornecimento de energia elétrica é o realmente praticado entre o fornecedor e o consumidor. De fato, na base de cálculo do tributo não devem ser inseridos elementos estranhos (v.g. 'tarifas de fio') à relação jurídica entre o concessionário e o consumidor desta mercadoria.

Se a base de cálculo do ICMS levar em conta elementos estranhos à operação mercantil realizada, ocorrerá, por sem dúvida, descaracterização do tributo – fenômeno que nossa ordem constitucional reprovava.” (CARRAZZA, Roque Antonio. ICMS. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 322, grifos no original).

Por conseguinte, como a hipótese de incidência do ICMS-Energia Elétrica é consumir, efetivamente, energia elétrica, transformando-a em outro bem da vida, o presente tema se resume em responder se os negócios jurídicos referentes à “demanda contratada ou de potência” constituem a relação jurídica de consumo de energia elétrica pelo consumidor.

Em geral, empresas consomem mais energia do que consumidores domésticos, o que exige que a potência disponível seja bastante elevada. Dessa forma, com os objetivos de obter a melhor condição a ser contratada e de evitar pagar multas por ultrapassagem de demanda, as companhias contratam uma demanda de potência ativa com a concessionária de energia, que disponibiliza uma instalação elétrica conforme necessidade de potência.

A disponibilização de potência elétrica gera custos à concessionária, e por isso deve ser integralmente paga. No entanto, não corresponde ao consumo de energia elétrica, que é o que efetivamente foi utilizado com a ligação de equipamentos e máquinas, podendo ser maior ou menor do que o que foi disponibilizado.

Atualmente, a definição normativa de demanda contratada se haure da Resolução ANEEL 414/2010, especificamente de seu artigo 2º, XXI, in verbis: “demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW);”.

Para isso, parece-nos percuente a distinção realizada entre demanda de potência contratada e demanda de potência efetivamente utilizada pelo e. Relator Ministro Teori Zavascki do recurso especial precitado, nos seguintes termos:

“É importante atentar para a definição de demanda contratada: é a demanda de potência ativa, expressa em quilowatts (kW), a ser “disponibilizada pela concessionária” ao consumidor, “conforme valor e período de vigência fixados no contrato de fornecimento”, que pode ou não ser “utilizada durante o período de faturamento”. Demanda de potência contratada, bem se vê, não é demanda utilizada, e, se não representa demanda de potência elétrica efetivamente utilizada, não representa energia gerada e muito menos que

tenha circulado. A simples disponibilização da potência elétrica no ponto de entrega, ainda que gere custos com investimentos e prestação de serviços para a concessionária, pode constituir - e efetivamente constitui - fato gerador da tarifa do serviço público de energia, mas certamente não constitui fato gerador do ICMS, que tem como pressuposto indispensável a efetiva geração de energia, sem a qual não há circulação. Ora, é fenômeno da realidade física, já se disse, que não há geração de energia elétrica sem que haja consumo. Daí o acerto, mais uma vez, da jurisprudência do STJ: a demanda de potência de energia simplesmente contratada ou mesmo disponibilizada, mas ainda não utilizada, não está sujeita à incidência de ICMS, porque o contrato ou a disponibilização, por si sós, não constituem o fato gerador desse tributo.

Entretanto, isso não significa dizer que o ICMS jamais pode incidir sobre a tarifa correspondente à demanda de potência elétrica. Tal conclusão não está autorizada pela jurisprudência do Tribunal. O que a jurisprudência afirma é que nas operações de energia elétrica o fato gerador do ICMS não é a simples contratação da energia, mas sim o seu efetivo consumo. Por isso se afirma que, relativamente à demanda de potência, a sua simples contratação não constitui fato gerador do imposto. Não se nega, todavia, que a potência elétrica efetivamente utilizada seja fenômeno incompatível ou estranho ao referido fato gerador. Pelo contrário, as mesmas premissas teóricas que orientam a jurisprudência do STJ sobre o contrato de demanda, levam à conclusão (retirada no mínimo a contrario sensu) de que a potência elétrica, quando efetivamente utilizada, é parte integrante da operação de energia elétrica e, como tal, compõe sim o seu fato gerador” (grifo nosso).

Chega-se, portanto, agora sob a ótica constitucional, à conclusão de que a demanda de potência elétrica não é passível, per se, de tributação via ICMS, a despeito de sua legítima cobrança tarifária pela prestação de serviço de energia elétrica. Isso porque não se depreende o consumo de energia somente pela disponibilização de demanda de potência ativa. Na espécie, há clara distinção entre a política tarifária do setor elétrico e a delimitação da regra-matriz do imposto em comento.

Assim, a meu ver, o acórdão recorrido não destoa da atual ordem constitucional, porquanto o imposto deve ser calculado sobre o preço da operação final entre fornecedor e consumidor, não integrando a base de cálculo eventual montante relativo à negócio jurídico consistente na mera disponibilização de demanda de potência não utilizada.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário a que se nega provimento.

Igualmente, encaminho à deliberação do Tribunal Pleno a seguinte tese jurídica ao Tema 176 da sistemática da repercussão geral: “A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.824 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S): ESTADO DE SANTA CATARINA

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

RECDO.(A/S): MADRI COMÉRCIO DE COMPENSADOS E LAMINADOS LTDA

ADV.(A/S): IVO PERAL PERALTA JÚNIOR

INTDO.(A/S): ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S): ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S): ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S): ESTADO DE RONDÔNIA

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

INTDO.(A/S): ESTADO DE SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Sr. Presidente, temos para exame o Tema 176 da repercussão geral, assim descrito:

Inclusão dos valores pagos a título de “demanda contratada” na base de cálculo do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica.

Cuida-se de Recurso Extraordinário em que se discute a constitucionalidade, ou não, da inclusão dos valores pagos a título de “demanda contratada” (demanda de potência) na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica tendo em vista o disposto nos artigos 150, II; e 155, II, § 2º, IX, ‘b’, e § 3º, da Constituição Federal.

Na origem, cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Madri Comércio de Compensados e Laminados Ltda. contra ato do Senhor Gerente Regional da Fazenda Estadual da 2ª Região em Itajaí, a fim de suspender a exigibilidade do ICMS cobrado sobre a “demanda de reserva de potencia”, bem como sobre o “Encargo de Capacidade Emergencial”, por não constituírem propriamente a circulação da mercadoria “energia elétrica”.

Requer “o JULGAMENTO DA PROCEDÊNCIA TOTAL DOS

PEDIDOS, concedendo a segurança para declarar a não incidência do ICMS sobre o valor da demanda estipulado em contrato com a concessionária, encargo de capacidade emergencial e encargo de aquisição de energia elétrica; e sobre o ‘contrato de demanda’, seja de reserva ou de potência, além da ‘demanda de ultrapassagem” (fl. 13, Doc. 61).

A impetrante atua no ramo de comércio de madeiras no varejo e atacado e, para tanto, necessita de uma grande potência de energia elétrica para o funcionamento de suas máquinas. Com esse propósito, celebrou contrato com a CELESC para o fornecimento de energia elétrica, denominado de “contrato de demanda”, nos termos da Resolução 456/ 2000, da ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica.

Ressalta que:

(i) “a Demanda Contratada consiste na contratação, por parte de pessoa física ou jurídica, do fornecimento de energia elétrica da concessionária, de uma determinada quantidade de quilowatts (KW), por um determinado valor e período constante no contrato de fornecimento de energia elétrica” (fl. 6,

Doc. 61), e

(ii) as concessionárias de energia elétrica efetuam a cobrança do referido “contrato de demanda”, juntamente com o da energia consumida, especificando os respectivos valores na fatura de energia elétrica que é cobrada do consumidor.

Sustenta que os valores cobrados a título de ICMS na alíquota de 25% incidem sobre o total da fatura, tanto sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, quanto sobre o valor do “contrato de demanda”.

Considera ilegítima essa imposição, dada a inexistência do fato gerador do ICMS (circulação da mercadoria “energia elétrica”), no que se refere ao denominado “contrato de demanda”, conforme jurisprudência e estudos doutrinários que expõe.

Aduz, ainda, que a matéria é pacífica na jurisprudência pátria, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, e que estão presentes os requisitos para concessão da medida liminar requerida.

Foi concedida a liminar pelo juízo de primeiro grau, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na Lei 10.438/2002 e na Resolução 249/2002 da ANEEL, nos seguintes termos (fls. 26/27, doc. 61):

“EX POSITIS, verificando plausibilidade e probabilidade da pretensão merital, em campo de exercício de simples juízo provisório, sem qualquer comprometimento com o juízo definitivo a ser proferido na época própria, ex vi do art. 7º, II, da Lei Ordinária Federal nº 1.533/51, DEFIRO A MEDIDA LIMINAR PLEITEADA para que o Gerente Regional da Fazenda Estadual de Itajaí suspenda a cobrança de ICMS calculado sobre o valor da demanda de reserva de potência e encargo de capacidade emergencial, lançada na fatura mensal de energia elétrica do Impetrante, não considerando como parte da base de cálculo do tributo.”

A autoridade impetrada prestou informações (fls. 32/47, Doc. 61), alegando, em suma, que:

- (a) inexistente prova pré-constituída;
- (b) o mandado de segurança foi impetrado contra lei em tese, o que é vedado pela Súmula 266/STF;
- (c) a demanda contratada também integra a operação de fornecimento de energia elétrica ao consumidor, razão pela qual não pode ser excluída do cálculo do imposto;
- (d) a demanda e a potência não são mercadorias circulantes propriamente ditas, mas sim serviços prestados e postos à disposição do contratante, os quais são indispensáveis à operação relacionada ao fornecimento da mercadoria energia elétrica,
- (e) dito serviço é oneroso para as empresas fornecedoras de energia elétrica e não é tributável pelo ISS, devendo ser tributado pelo ICMS integrando a sua base de cálculo, conforme previsto no artigo 155, II, e § 2º, inciso IX, ‘b’, da Constituição Federal, bem como no inciso IV do artigo 2º da Lei Complementar 87/96;
- (f) “a decisão do Poder Judiciário que concede uma isenção parcial do ICMS à empresa impetrante sem lei específica viola o § 6º do artigo 150 da Constituição da República, caracterizando uma intervenção deste poder na função administrativa, que é precípua do Poder Executivo, especialmente a relativa a concessão de benefícios fiscais, importando, assim, em violação ao artigo 2º da Constituição, que trata da separação e independência dos poderes” (fl. 44, Doc. 61).

O Juízo de primeiro grau proferiu sentença de mérito confirmando a liminar concedida e julgando procedente o pedido inicial, para excluir, da base de cálculo do ICMS exigido sobre o consumo de energia elétrica do impetrante, os valores referentes à “demanda mínima contratada”, ao “encargo de aquisição de energia elétrica” e ao “encargo de capacidade emergencial”.

Fundamentou sua decisão no argumento de que a energia elétrica posta à disposição do consumidor não corresponde ao seu efetivo consumo.

Assim, como o núcleo do fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria, no caso, a energia elétrica, se não houve a transferência (efetiva utilização da energia disponibilizada) para o contribuinte, não ocorreu o fato imponível do tributo, conforme entendimento expresso do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 343.952/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON.

Forte nessas razões, considerou ilegítima a cobrança do ICMS sobre o valor de “demanda mínima contratada”; bem como excluiu, da base de cálculo do ICMS, o “encargo de capacidade emergencial” e o “encargo de aquisição de energia elétrica” (fls. 77/85, Doc. 61).

O Estado de Santa Catarina apresentou recurso de apelação (fls. 91/108, Doc. 61). Após detida exposição sobre os termos técnicos envolvidos na lide, com fundamento na Resolução 456 da ANEEL, de 29 de novembro de 2000, defende, em suma que:

- “1) DEMANDA RESERVADA não representa uma energia não consumida, mas o serviço de disponibilização de POTÊNCIA e as instalações necessárias para o fornecimento da ENERGIA;
- 2) o fato gerador do fornecimento de ENERGIA ocorre com a entrega da energia no local da conexão entre a rede da CELESC e a unidade consumidora da empresa impetrante;
- 3) a base de cálculo do ICMS é o valor total da operação, no caso a resultante da soma de todos os itens que compõem a respectiva tarifa, que é preço cobrado pela concessionária para fornecer energia elétrica ao consumidor; deve-se concluir que o ICMS incide sobre toda a operação de fornecimento de energia, que inclui o valor tanto da demanda de potência contratada, como da demanda de ultrapassagem e do encargo de capacidade emergencial, o que remete à denegação da segurança.”(fls 106/107, Doc. 61)

Por fim, reforçou o argumento de que a decisão recorrida, ao conceder isenção parcial do ICMS à empresa impetrante, sem lei específica, violou o § 6º do artigo 150 da Constituição da República, caracterizando uma intervenção do Poder Judiciário em matéria inerente ao Poder Executivo, qual seja: concessão de benefícios fiscais, implicando, também, violação ao artigo 2º da Carta Magna, que trata da separação e independência dos poderes.

A empresa impetrante apresentou contrarrazões, requerendo a manutenção integral da sentença recorrida (fls. 112/115, Doc. 61).

O Tribunal de origem manteve a sentença que concedeu a segurança à impetrante em acórdão assim ementado (fls. 134/135, Doc. 61):

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – ORDEM CONCEDIDA – REMESSA NECESSÁRIA – PREVALÊNCIA DA LEI N. 1.533/51 SOBRE O CPC – SENTENÇA SUBMETIDA AO REEXAME OBRIGATÓRIO

- O Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária ao procedimento de mandado de segurança, especificamente regulado pela Lei n. 1.553/51. Todavia, sobressai a norma específica, que estabelece o reexame necessário no mandamus independentemente do valor, pois aquele Instrumento Processual não revogou tacitamente as disposições desta Lei, que predomina em decorrência do critério da especialidade.

AGRAVO RETIDO – INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO PRELIMINAR NA APELAÇÃO – NÃO CONHECIMENTO

- Não pode este Tribunal conhecer do agravo retido, quando a parte não requer em preliminar de apelação o conhecimento do referido recurso (art. 523, caput e § 1, do Código de Processo Civil).

TRIBUTÁRIO – BASE DE CÁLCULO DO ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA – ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL – ENCARGO DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - “SEGURO APAGÃO” - IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA APENAS SOBRE O CONSUMO EFETIVO

- Tratando-se de energia elétrica, só ocorre fato gerador do ICMS quando do efetivo consumo desta por parte do consumidor, sendo que a base de cálculo do referido tributo é constituída apenas pela energia realmente consumida. Nesta linha de pensamento, exclui-se a possibilidade do ICMS

incidir sobre a “demanda contratada”, pois a mercadoria (energia elétrica) não foi efetivamente consumida.

- Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica (arts. 2º e 4º, da Resolução 249/02 da ANEEL), também denominados “seguro apagão”, são encargos tarifários, não tem relação com a circulação ou transferência de energia elétrica para o consumidor e, por isso, não podem constituir a base de cálculo do ICMS.

IMPROVIMENTO DA REMESSA E DA APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA” (fls. 116-117).

Opostos embargos de declaração (fls. 151/159, Doc. 61), foram rejeitados (fls. 163-171, Doc. 61).

No apelo extremo, interposto com fundamento no artigo 102, III, ‘a’, da Carta Magna, a parte recorrente reforça os argumentos apresentados na apelação e alega ter o acórdão recorrido violado dispositivos constitucionais.

Sustenta, em síntese, que “o ICMS incide sobre o valor total da operação de fornecimento de energia elétrica, consoante a disposição do artigo 155, II e § 3º da Constituição, ou, pelo menos, que o item demanda reservada, não sendo considerado incluído na circulação de mercadorias, deve ser caracterizado como um serviço vinculado ao fornecimento da mercadoria energia elétrica, serviço este não tributado pelo ISS, que é então, tributado pelo ICMS, exatamente como determina o artigo 155, parágrafo 2º, IX, ‘b’ da Constituição. Sendo assim, conclui-se que, pela dicção das normas constitucionais invocadas, há subsunção da hipótese do caso concreto à norma legal, de modo que incide a consequência jurídica, na espécie, a cobrança do ICMS sobre a parcela conhecida como demanda reservada.” (fls. 195/196, Doc. 61)

Devidamente intimada (fl. 199, Doc. 61), a parte recorrida não apresentou contrarrazões (fl. 200, Doc. 61).

Inicialmente, o apelo extremo foi inadmitido na origem, aos argumentos de que se trata de matéria infraconstitucional, insuscetível de exame na via do recurso extraordinário, bem como que o acórdão recorrido encontra-se em conformidade com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o ICMS deve incidir somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida (fl. 207, Doc. 61).

O Estado de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento em face da decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário, autuado sob o número AI 700.078/SC, ao qual o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI deu provimento para determinar a subida dos autos principais a esta SUPREMA CORTE em decisão publicada no DJe de 27/06/2008.

Devidamente recebido nesta CORTE, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a existência de repercussão geral da matéria debatida nos presentes autos em julgamento datado de 1º/08/2009, fixando o Tema 176, conforme manifestação do ilustre Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, relator. A propósito, veja-se a ementa da referida decisão (fl. 224, Doc. 61):

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. INCIDÊNCIA. OPERAÇÕES RELATIVAS A ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE CÁLCULO. VALOR COBRADO A TÍTULO DE DEMANDA CONTRADA (DEMANDA DE POTÊNCIA). RELEVÂNCIA JURÍDICA E ECONÔMICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (RE 593.824 RG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno - meio eletrônico, DJe de 28.08.2009)

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela inadmissão do Recurso Extraordinário corroborando o entendimento já consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça em parecer que exhibe a seguinte ementa (fl. 230, Doc. 61):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. BASE DE INCIDÊNCIA. DEMANDA CONTRATADA. ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL. LEI N. 10.438/2002. EXCLUSÃO NA ORIGEM. REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. PARECER PELA INADMISSIBILIDADE DO RECURSO.”

Foram admitidos no processo na condição de amici curiae o Distrito Federal e os seguintes Estados da Federação: Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, São Paulo e Sergipe.

A Associação Brasileira de Assessoria e Planejamento Tributário Fiscal e Proteção aos

Direitos do Consumidor e do Contribuinte (ABAPLAT) também apresentou pedido de admissão na qualidade de *amicus curiae* (fls. 198/200, Doc. 62), o qual foi deferido pelo Min. RICARDO LEWANDOWSKI (fls. 227/229, Doc. 62).

Houve substituição da Relatoria, assumindo a causa o eminente Ministro EDSON FACHIN em 17/06/2015 (fl. 230, Doc. 62).

A requerimento do Estado do Rio de Janeiro (Doc. 20), devidamente admitido na condição de *amicus curiae*, foi determinada a suspensão do processamento dos feitos pendentes que versem sobre a presente questão e tramitem no território nacional, por força do art. 1.035, § 5º, do CPC, pelo ilustre Min. Relator EDSON FACHIN, conforme decisão publicada no DJe de 26/10/2016 (Doc. 23).

O Estado de Santa Catarina apresentou memorial (Doc. 74) em que reforça os argumentos expostos no apelo extremo, ressaltando, em suma, os seguintes pontos:

“A) O fato gerador do ICMS incidente sobre operações energéticas é complexo, isto é, abrange fatos tributáveis desde a importação ou produção da energia até a última operação de entrega do insumo energético ao consumidor;

B) O ICMS incide sobre o preço final correspondente aos custos de toda a cadeia de fornecimento energético (geração, transmissão e distribuição), e não recai apenas sobre o valor adicionado na última etapa. Assim, em face da sistemática constitucional, não é devido ao aplicador da norma fracionar o fato gerador do ICMS incidente sobre operações envolvendo energia elétrica. Trata-se de hipótese, portanto, de incidência monofásica do tributo;

C) A demanda contratada de potência não representa elemento dissociado das operações energéticas. Ao revés, compõe a base objetiva para a remuneração do próprio fornecimento de energia elétrica, consistindo numa prestação relativa, essencial e indissociável a esse fornecimento.

D) A energia elétrica, como mercadoria, situa-se no campo de incidência do ICMS, por seu valor global, qual seja, o quantum de energia fornecida e a demanda de potência contratada. O consumo de energia elétrica é prática que se mede tanto em quantidade quanto em intensidade, de modo que não há consumo elétrico que não seja modulado por uma potência elétrica.

E) Os custos referentes à demanda contratada de potência compõe a base de cálculo do ICMS, pelo critério do valor praticado na operação final ou valor total da operação (art. 34, § 9º, ADCT, e arts. 9º. § 1º, e 13, inciso I, da LC n. 87/96).

F) De acordo com o art. 155, § 2º, inciso IX, “b”, da Constituição Federal, há a perfeita incidência do ICMS sobre demanda de potência contratada, mesmo que se considere tal componente tarifário como “serviço” e não propriamente como parte integrante da mercadoria energia elétrica. Isso porque os custos relativos à demanda contratada de potência integram o valor total do fornecimento energético e não estão previstos no rol taxativo da legislação do ISS;

G) Excluir a incidência do ICMS sobre os valores referentes à demanda contratada de potência implica em violação direta à isonomia tributária (art. 150, inciso II, da CF) e à capacidade contributiva (145, § 1º, da CF), porquanto engendra tributação desigual entre consumidores submetidos à tarifa monômnia, de um lado, e à tarifa binômnia, de outro, uma vez que somente a esses últimos é dada, na hipótese, a possibilidade de exclusão da incidência do imposto sobre a demanda de potência contratada.”

É o que cumpria relatar.

Senhor Presidente, inicialmente gostaria de ressaltar que os recursos apresentados pelo Estado de Santa Catarina não impugnam a exclusão do “encargo de capacidade emergencial” da base de cálculo do ICMS relativo à energia elétrica.

Por essa razão, a matéria ora em debate restringe-se à incidência do referido imposto sobre os valores pagos a título de “demanda contratada”.

Pois bem: se estivéssemos tratando da circulação de uma mercadoria comum - passível de ser produzida, armazenada e disponibilizada em etapas bem delimitadas como: produção, armazenamento, transporte, distribuição e consumo – provavelmente acompanharia o Voto do ilustre Ministro relator, o qual manteve decisão favorável à empresa impetrante para excluir a “demanda contratada” da base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica, corroborando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e grande parte dos doutrinadores do Direito Tributário.

No entanto, peço vênia para divergir do eminente Relator, Ministro EDSON FACHIN, pois entendo que assiste razão à parte recorrente.

No centro da questão está a base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, previsto no artigo 155, II, da Constituição Federal. Mais uma vez, cumpre ressaltar que, na presente hipótese, estamos tratando de um bem que foge aos padrões clássicos que acabei de indicar.

Por esse motivo, creio ser imprescindível examinar a natureza da energia elétrica, a fim de evitar possíveis injustiças em face de suas características específicas em relação às demais mercadorias, cuja circulação é onerada pelo ICMS.

Por oportuno, cito os seguintes dispositivos constitucionais que tratam da matéria:

“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País.” (grifo nosso)

É certo que não há palavras inúteis no texto da Constituição Federal; mas os silêncios também precisam ser adequadamente interpretados.

Veja-se que o inciso II do art. 155 da Constituição Federal, ao tratar de maneira genérica a respeito da incidência do ICMS, utilizou a expressão “operações relativas à circulação de mercadorias”.

Por sua vez o § 3º do referido artigo, ao tratar de hipóteses específicas de incidência do referido imposto, dentre as quais a energia elétrica, não mencionou a circulação do bem, mas utilizou apenas a expressão “operações relativas” excluindo, propositalmente, o termo circulação.

Deste modo, entendo que não procede o argumento exposto no Voto do ilustre ministro Relator, no sentido de que a circulação da mercadoria, a qual requer a transferência de titularidade do bem do fornecedor para o consumidor, é o fato gerador do imposto, de maneira que o ICMS deve incidir somente sobre a energia efetivamente consumida.

Entendo que, de acordo com a Constituição Federal, o fato gerador do ICMS relativo à energia elétrica propositalmente não se referiu à “circulação” da referida mercadoria, mas optou por abranger toda e qualquer “operação relativa” ao fornecimento da energia elétrica.

Corroborar este argumento o disposto no art. 34, § 9º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, in verbis:

“§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação.” (grifos nossos)

Da análise do referido dispositivo transitório, o qual foi posteriormente mantido em nosso ordenamento jurídico por meio do art. 9º, §1º, II, da Lei complementar 87/96, verifica-se que, de fato, o objetivo da norma constitucional referente à incidência do ICMS sobre a energia elétrica é abranger todas as operações, desde sua produção até a entrega ao consumidor, devendo ser o preço do imposto calculado sobre o valor final da operação.

Conclui-se, portanto, que a Constituição Federal não pretendeu que a incidência do ICMS relativo à energia elétrica fosse restrita apenas à última operação (equivalente à circulação da mercadoria efetivamente consumida).

Neste contexto, entendo que não se aplica ao ICMS referente às operações sobre energia elétrica o mesmo entendimento utilizado para outras mercadorias, no sentido de que, independentemente de eventuais disposições contratuais, a base de cálculo do mencionado imposto deve ser composta apenas pela quantidade efetivamente adquirida pelo consumidor, como julgado na decisão recorrida.

O legislador constituinte efetivamente considerou as peculiaridades da energia elétrica, levando em consideração a complexidade de sua natureza para determinar que a base de cálculo do ICMS abrange todas as operações necessárias ao seu fornecimento.

Por esta razão entendo que, de acordo com a Constituição Federal, a “demanda contratada” deve ser incluída na base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica.

Para melhor compreensão da denominada “demanda contratada”, veja-se as seguintes denominações constantes da Resolução 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica -ANEEL:

Art. 2º Para os fins e efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:

XX – demanda: média das potências elétricas ativas ou reativas, solicitadas ao sistema elétrico pela parcela da carga instalada em operação na unidade consumidora, durante um intervalo de tempo especificado, expressa em quilowatts (kW) e quilovolt-ampère-reactivo (kvar), respectivamente;

XXI – demanda contratada: demanda de potência ativa a ser obrigatória e continuamente disponibilizada pela distribuidora, no ponto de entrega, conforme valor e período de vigência fixados em contrato, e que deve ser integralmente paga, seja ou não utilizada durante o período de faturamento, expressa em quilowatts (kW);

LIX – potência ativa: quantidade de energia elétrica solicitada por unidade de tempo, expressa em quilowatts (kW);

LX – potência disponibilizada: potência que o sistema elétrico da distribuidora deve dispor para atender aos equipamentos elétricos da unidade consumidora, segundo os critérios estabelecidos nesta Resolução e configurada com base nos seguintes parâmetros:

- a) unidade consumidora do grupo A: a demanda contratada, expressa em quilowatts (kW); e
- b) unidade consumidora do grupo B: a resultante da multiplicação da capacidade nominal de condução de corrente elétrica do dispositivo de proteção geral da unidade consumidora pela tensão nominal, observado o fator específico referente ao número de fases, expressa em quilovolt-ampère (kVA).

A respeito da matéria, para melhor compreensão dos termos técnicos acima citados e da complexidade do fornecimento de energia elétrica, por sua clareza e exatidão, peço vênias para transcrever, também, os seguintes trechos da manifestação do Estado de São Paulo em sua petição de ingresso como *amicus curiae*, (fls. 5/10, Doc. 62):

“A decisão no sentido de que o ICMS incidiria apenas sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida (com a saída da linha de transmissão e a entrada no estabelecimento do consumidor), sob o fundamento de que não haveria incidência sobre o valor do contrato referente à demanda contratada, conflita com a norma constitucional.

A incidência do imposto estadual é sobre a operação de fornecimento de energia, e não existe fornecimento de energia elétrica para grandes consumidores sem que exista disponibilização de potência.

(...)

O funcionamento do sistema elétrico brasileiro, bem como o funcionamento de um estabelecimento grande consumidor de energia elétrica, dependem de ajuste prévio sobre a potência a ser disponibilizada e consumida.

Inconcebível imaginar que possa existir distribuição de energia elétrica sem que de um lado, o sistema elétrico, e de outro, o grande consumidor, acordem a potência necessária.

Como pensar que um parque industrial ou um ponto comercial que exija grande quantidade de energia possa prescindir da garantia de recebimento de energia suficiente para seu funcionamento pleno?

Como pensar que a rede de geração, transmissão e distribuição de energia possa se estabelecer em todo o território nacional, sem falha, se não houver o planejamento e execuções técnicas para atendimento das necessidades específicas de seus grandes consumidores?

O que se necessita receber? O que se deve gerar, transmitir e distribuir? Toda e qualquer unidade de energia consumida está relacionada ao ajuste prévio de potência a ser disponibilizada.

O contrato de demanda foi previsto para estabelecer o quanto de potência a concessionária está obrigada a disponibilizar para que o consumo se perfaça.

A contratação de demanda interessa às unidades consumidoras porque, com a garantia de disponibilização de potência, haverá fornecimento suficiente à plena atividade de seu parque industrial ou comercial; e porque o valor cobrado refletirá o custo do fornecimento de forma individualizada.

(...)

“Da leitura das Resoluções Normativas 24/2000, 505/2001, 166/2005, e, sobretudo, da Resolução 345/2008, todas editadas pela ANEEL, pode-se ter alcance da complexa atividade de distribuição de energia.

Cabe à distribuidora de energia conectar-se à Rede Básica, para que a energia gerada no país atinja seu fim último, sendo fornecida em cada ponto de consumo. Para tanto cabe à distribuidora construir a rede elétrica, com estações de transformação de tensão, com sistemas de medição, com módulos de acesso e demais instalações imprescindíveis à consecução da operação.

Ademais, a distribuidora é responsável pela atividade de transformação de energia de alta tensão, assim recebida das transmissoras, para energia de baixa tensão, adequada para consumo. Também é de responsabilidade da distribuidora o desenvolvimento de atividades para manutenção da estabilidade da rede, de forma a não haver oscilações de tensão prejudiciais aos consumidores.

Cabe ainda à distribuidora a viabilização de acesso aos sistemas de distribuição, com instalações de conexões, manutenção dos equipamentos e das operações. Cabe ainda estabelecer sistema de medição com requisitos técnicos mínimos.

A distribuidora deve manter, em Sistema de Informações Geográficas, as informações de parâmetros elétricos, estruturais e de topologia dos sistemas de distribuição de alta, média e baixa tensão, bem como as informações de todos os acessantes.

Cabe à distribuidora caracterizar a carga de suas unidades consumidoras e carregamento de suas redes e transformadores por meio de informações oriundas de campanhas de medição.

A distribuidora deve ainda realizar estudos de previsão de demanda, os quais devem ser compatíveis com os planos diretores municipais e os planos regionais de desenvolvimento, e considerar as solicitações de acesso, os pedidos de fornecimento, os acréscimos de carga, inclusive com relação ao histórico dos últimos cinco anos.

A distribuidora deve propor e realizar plano de obras do sistema de distribuição de alta tensão, de subestações de distribuição, do sistema de distribuição de baixa e média tensão.

É a distribuidora responsável por qualquer evento que prejudique a segurança ou qualidade no fornecimento de energia, bem como deve realizar metas de continuidade para conjunto de unidades consumidoras.

Com efeito, o consumidor recebe a energia oriunda de todo o complexo processo de distribuição, sendo que o preço final da energia deve corresponder ao custo de todo o processo de geração, transmissão e distribuição, e quanto a este último, deve corresponder à demanda contratada e ao “quantum” transferido (consumo).

Outro dado importante, é que a geração, transmissão e distribuição de energia é operação que ocorre em um único momento. Não existe estoque de energia. A energia consumida é a energia que está disponível na rede de transmissão e distribuição assim que gerada. A operação fática é instantânea e se realiza no momento do consumo da energia.

Se a operação de fornecimento de energia (incluindo geração, transmissão e distribuição) é, do ponto de vista físico, instantânea e única, a eficiência do sistema elétrico dependerá sobretudo de planejamento e execuções técnicas, para que cada unidade consumidora tenha disponível a energia necessária para seu funcionamento.

Para os pequenos consumidores, o custo desta etapa do processo de distribuição é rateado entre todos, e já se encontra embutido na tarifa única.

Para os grandes consumidores, por critério de justiça de preço e de controle operacional, é obrigatória a contratação prévia de demanda, sendo que o preço final será obtido através de um conjunto de tarifas, compreendendo o custo referente à potência e o custo referente ao “quantum” transferido.” (grifo nosso)

Diante de tais observações, conclui-se que demanda e potência são fatores intrínsecos e indispensáveis ao fornecimento de energia elétrica. Além disso, existem dois grupos de consumidores para os quais o cálculo da operação de fornecimento de energia elétrica é distinto, levando em consideração justamente as diferenças de demanda e de potência, sendo que ambos os grupos arcam com as despesas inerentes ao respectivo fornecimento de energia elétrica.

Deste modo, a “demanda contratada” de potência não representa elemento dissociado das operações energéticas. Pelo contrário, compõe a base objetiva para a remuneração do próprio fornecimento de energia elétrica, consistindo numa operação essencial e indissociável.

Entendo, portanto, que assiste razão à parte recorrente, no sentido de que a energia elétrica, enquanto mercadoria, situa-se no campo de incidência do ICMS pelo seu valor global, o qual inclui tanto o quantum de energia efetivamente consumida, quanto a demanda de potência contratada, considerando que o consumo da energia elétrica é mensurável tanto em quantidade (consumo) quanto em intensidade (potência disponibilizada). Portanto, não há consumo de energia elétrica que não seja modulado por uma potência devidamente pré-estabelecida, por ser condição sine qua non ao seu fornecimento.

Não só por isso entendo que assiste razão à recorrente. Considerando o que já foi relatado até aqui, existem dois grandes grupos de consumidores, em decorrência do respectivo padrão de consumo, em função das diferentes necessidades de demanda/potência de energia elétrica.

Essa divisão entre os tipos de usuários acarretando duas formas de tarifação distintas, a saber: tarifa monômnia e tarifa binômnia.

Neste ponto, para a correta compreensão da matéria, indispensável trazer os esclarecimentos da Agência Nacional de Energia Elétrica

-ANEEL a respeito da referida diferenciação de tarifas (fls. 255/260 , Doc. 61):

Do ponto de vista técnico, a quantidade de energia que é utilizada mensalmente pelos consumidores não é suficiente para dimensionar a rede elétrica. A mesma quantidade de energia, transferida com perfis de consumo temporal distintos requer capacidade de geração, transmissão, e distribuições distintas, dependendo da intensidade ou constância dos consumos. É intuitivo que os circuitos para suprirem uma pequena lâmpada doméstica que consome uma certa quantidade de energia por mês, estando ligada oito horas por noite, não serão iguais àqueles usados para suprir um canhão de luz que consome a mesma quantidade de energia por mês operando apenas alguns minutos durante esse período. A "bitola" em um caso será diferente daquela no outro, mesmo que a quantidade global de energia consumida em um mês seja a mesma. A intensidade do consumo, ditada pela potência do equipamento implica em arranjos e requerimentos associados ao consumo do produto eletricidade muito diferentes.

(...)

No caso da eletricidade, as diferenças estão associadas aos investimentos necessários para garantir o consumo da energia na forma desejada pelo consumidor final. Para atender um intenso consumo de energia, é necessária uma rede de alta potência, com linhas de transmissão que operam em alta tensão e que têm condutores com grandes bitolas. Portanto, o dimensionamento do sistema elétrico depende não só da quantidade de energia consumida, mas também da intensidade em que ela é consumida-denominada demanda, que é a soma das cargas a serem atendidas. Em termos técnicos, a demanda nada mais é que a agregação da energia consumida por unidade de tempo, que mostra a taxa ou ritmo em que a energia é consumida. Grande fluxo de eletricidade exige investimento maior, mesmo no caso de o fluxo não ser constante.

Na medida em que um sistema elétrico tem de ser dimensionado para entregar energia com as características de demanda específicas, é natural pensar que a conta de energia elétrica leve essas duas grandezas em consideração. Uma parcela da tarifa incluída na conta reflete os custos da infra- estrutura posta à disposição do consumidor (demanda - kW) e outra corresponde à quantidade consumida em um período de tempo (energia - MWh).

Essa "divisão" da conta é feita no cálculo das tarifas - que diferenciam o preço da energia consumida em grande intensidade (alta potência) daquela consumida em pequena intensidade (baixa potência).

De forma simplificada, a tarifa de fornecimento de energia, do ponto de vista do consumidor, pode ser entendida como a composição dos custos de geração da energia e dos custos de disponibilização dos sistemas de distribuição e transmissão para viabilizar um determinado consumo.

Cada tipo de consumidor usa a rede de maneira diferente durante as horas do dia. Por exemplo, o perfil de consumo (curva de demanda) de um consumidor residencial é diferente do de um grande consumidor industrial. A forma como os consumidores usam a rede tem impacto direto no dimensionamento da rede a ser disponibilizada e, portanto, na necessidade de novos investimentos necessários para viabilizar o consumo. Portanto, para o setor elétrico, conhecer a demanda é essencial.

(...)

O cálculo da tarifa total usando a duas dimensões necessárias para caracterizar o consumo de energia está consagrada há quase 50 anos no Brasil. Ele hoje é regido pela Resolução Aneel n. 456, inc. XXII, art. 202, que define a tarifa binômica, isto é, constituída de duas parcelas: uma que reflete a simples quantidade de energia elétrica (kWh) e outra a intensidade -ou potência- capturada pela demanda faturável (kW). Essas tarifas são definidas com o objetivo de ratear os custos de forma proporcional ao impacto que cada consumidor causa ao sistema.

A tarifa binômica se ajusta ao perfil de carga de cada consumidor, imputando ônus maior a quem faz uso mais intensivo da rede. A razão pela qual ela se associa à intensidade máxima de consumo (máxima potência) é que esse é o parâmetro necessário para garantir o consumo na forma desejada pela consumidor - sem os investimentos associados a garantir a potência, o consumidor não poderia consumir a mercadoria elétrica na forma desejada - deixando de ser a mercadoria que lhe interessa.

A concessionária utiliza os valores de demanda máxima para dimensionar a capacidade da rede de distribuição. Como a construção da rede é um investimento até certo ponto irreversível, esses valores devem ser informados pelos consumidores no momento da celebração dos contratos de uso do sistema de distribuição, ao invés de deixar o ônus de descobri-los à concessionária depois do consumo começar.

Mediante certas aproximações a tarifa binômica pode ser transformada em tarifa monômica, simplesmente cobrando-se preços diferentes por unidade de energia. Essa transformação é bem conhecida - ainda que por comodidade não seja usada no caso dos grandes consumidores.

A aglutinação dos dois atributos - energia e demanda - em uma tarifa monômica se dá através do uso do conceito de fator de carga. Esse é essencialmente o fator que determina a relação entre o consumo médio e o consumo de pico de um determinado consumidor, como explicado a seguir.

(...)

Do ponto de vista de construção da tarifa seria interessante que todos os consumidores fossem faturados pela tarifa binômica, pois deste modo estaria sendo faturado um valor mais próximo do custo imposto pelo uso que se faz do sistema de distribuição de energia elétrica.

Entretanto, o uso de tarifa binômica implica em aumento de custos operacionais da distribuidora. Isto ocorre porque no caso da tarifa monômica mede-se somente o consumo de energia, sem medição da demanda. A demanda é estimada a partir de um fator de carga "típico".

Assinale-se que tarifas monômicas apesar de não trazerem, explicitamente, os montantes referentes as parcelas associadas a demanda faturada, elas as embutem. Os consumidores faturados através dessas tarifas também pagam pelos custos referentes ao uso das redes. Isso acontece porque os preços fixados pela ANEEL para a tarifa monômica já embutem os custos com a demanda, conforme se confirma na publicação da ANEEL, intitulada Cadernos Temáticos, 4, p.14:

(...)

Mais uma vez, isto se dá por conveniência, na medida em que—por definição— as variações no perfil de consumo dos consumidores do "grupo B" não são tao grandes para que— individualmente—exijam alterações substantivas no dimensionamento das redes. Em vista disso, pode-se usar um padrão médio que é facilmente embutido em uma tarifa monômica.

Para as consumidores com tarifa binômica, a demanda é faturada com base no valor contratado com a distribuidora. Todavia, embora esse valor seja informado no momento de assinatura do contrato de suprimento, sempre haverá uma verificação para avaliar se a demanda efetivamente utilizada corresponde a contratada.

No caso de se verificar demanda que supere o limite contratado (demanda contratada), o consumidor pagará o valor medido valorado pela tarifa de ultrapassagem, que é superior ao valor da tarifa básica. O objetivo é induzir o consumidor a dimensionar corretamente o uso que fará do sistema de distribuição.

CONCLUSÃO

Não há como consumir energia elétrica "sem que haja a provisão das condições de potência", que pode ser traduzida como a capacidade para suprir o pico de consumo no horário de ponta ou de demanda máxima.

Na tarifa binômica especifica-se o componente "energia" e o componente "potência" (demanda contratada),

que caracterizam os verdadeiros atributos da mercadoria vendida. Na tarifa monômnia os dois componentes são também considerados. Com a diferença de que o componente potência é estimado, e não medido, por meio de um fator de carga típico.” (grifo nosso).

Os referidos esclarecimentos corroboram plenamente a tese até aqui defendida no sentido de que a potência referente à “demanda contratada” é parte intrínseca e indispensável ao fornecimento de energia elétrica, razão pela qual deve ser mantida na base de cálculo do ICMS.

Corroborando, ainda, a argumentação da recorrente, no sentido de que excluir a “demanda contratada” da base de cálculo do ICMS incidente sobre a energia elétrica implicaria ofensa ao artigo 150, II, da Constituição Federal ao criar tratamento anti-isonômico entre os consumidores tarifados pela tarifa binômnia em relação àqueles tarifados pela tarifa monômnia.

Se ambos os grupos de contribuintes (tanto os tarifados pela tarifa monômnia, quanto os tarifados pela tarifa binômnia) efetivamente arcam com os custos referentes à demanda de potência (com a diferença de que um grupo tem a referida despesa embutida na sua fatura, juntamente com o consumo; e o outro possui a referida despesa destacada a título de “demanda contratada”), excluir a “demanda contratada” da base de cálculo do ICMS sobre operações de energia elétrica implicaria, inevitavelmente, ofensa ao princípio da isonomia tributária previsto no artigo 150, II, da Carta Magna, beneficiando indevidamente os consumidores cobrados pela tarifa binômnia.

Embora não tenha sido objeto de discussão nos autos, vislumbro, ainda, que excluir a “demanda contratada” da base de cálculo do ICMS sobre operações relativas a energia elétrica infringe também o princípio da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º, da Constituição Federal), tendo em vista que a “demanda contratada” é cobrada à parte apenas do grupo dos grandes consumidores de energia elétrica, que precisam de maior potência.

Ora são justamente estes que utilizam a energia para o desempenho de sua atividade econômica, com o fim de obter lucro. Por outro lado, o chamado grupo dos pequenos consumidores utiliza a energia elétrica apenas para fins domésticos, ou em comércio ou indústrias de pequeno porte.

Está fora de discussão que a capacidade contributiva dos grandes consumidores de energia elétrica é maior do que a do grupo dos pequenos consumidores, os quais têm o custo referente à demanda contratada embutido em suas faturas de energia elétrica.

Por fim, analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidada no julgamento do REsp 960.476/SC, sob o regime do art. 543-C do CPC, relatado pelo saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, com a devida vênia, alinhoo-me aos fundamentos apresentados pelo ilustre Ministro CASTRO MEIRA, hoje aposentado, em seu Voto vencido.

Por oportuno, dada a identidade da matéria, cito o seguinte trecho do referido voto vencido, por sua pertinente argumentação a respeito da demanda contratada:

“A demanda contratada apresenta-se como componente indissociável da tarifa devida à concessionária e foi introduzido, exatamente, com o propósito de corrigir a distorção constatada na estrutura tarifária, de modo a onerar em maior escala o consumidor que faz uso irregular da potência elétrica que o sistema é obrigado a disponibilizar continuamente.

Como contrapartida pela demanda contratada, o fornecedor de energia assume todos os custos, operacionais e de investimento, com a oferta contínua de energia em grande escala. Quanto maior for a demanda de potência elétrica contratada, maiores serão os investimentos que a concessionária terá que realizar para atender o consumidor eletro intensivo e, somente assim, poderá ser preservada a equação financeira do contrato. Se assim não fosse, sem a garantia de uma retribuição mínima que assegurasse sua amortização, ninguém assumiria a onerosa responsabilidade pela prestação de um serviço adequado de suprimento da energia na potência exigida.

Para mostrar a importância do elemento «demanda» na composição da tarifa, traz-se o seguinte exemplo adotado por uma equipe de auditores fiscais do Estado da Bahia:

«Uma casa de praia (Casa 1) tem apenas uma lâmpada de 100 Watts, ou seja, de 0,1 kW, ligada 24 horas por dia, ininterruptamente. A casa vizinha (Casa 2) tem apenas um chuveiro elétrico de 4,8 kW que é ligado por apenas trinta minutos, a cada dia. No final de um mês, os medidores de energia de cada casa terão registrado exatamente o mesmo consumo, ou seja, 72 kWh, mas não a mesma demanda.

Se as casas fossem dotadas de medidores de demanda, a primeira casa teria registrado a demanda de 0,1 kW no mês, enquanto a casa vizinha teria registrado a demanda de 4,8 kW. No caso, a fornecedora que atende às duas casas deveria estar aparelhada para uma demanda de potência correspondente a 4,9 kW, que é o resultado da soma de 0,1 kW (primeira casa) com 4,8 kW (segunda casa).

No exemplo citado, não seria justo que o proprietário da Casa 2 pagasse o mesmo preço pelo serviço fornecido, se, para fazer uso diário do aparelho por apenas 30 minutos, e em horário incerto e que pode coincidir com o momento em que o abastecimento é mais crítico, exigiu do sistema uma potência elétrica de 4,8 kW, enquanto a demanda solicitada pela lâmpada da Casa 1, que permaneceu acesa durante todo o mês, consumindo a mesma quantidade de kWh, exigiu apenas 0,1 de kW.

Não é razoável concluir que a energia elétrica tenha representado para a concessionária um mesmo custo nos dois casos. Por consequência, também não é razoável inferir que a energia tenha ingressado no estabelecimento consumidor por um mesmo preço, tanto no exemplo 1 como no exemplo 2.

A situação hipotética serve para mostrar que o elemento «demanda contratada» se apresenta como componente indissociável da tarifa devida à concessionária, não podendo ser apartada do consumo efetivo para fins de se apurar a base de cálculo do ICMS”

O trecho acima indicado traz interessante exemplo, que ajuda a melhor compreender o impacto da “demanda contratada” nas operações relativas à energia elétrica, esclarecendo a razão pela qual o ICMS deve incidir sobre o total da operação e não apenas sobre a energia/demanda efetivamente utilizadas.

Concluo, portanto, que o ICMS incidente sobre operações relativas à energia elétrica deve abranger o valor total da operação - incluindo na sua base de cálculo a denominada “demanda contratada” - por expressa previsão constitucional e dada a peculiaridade do sistema de fornecimento de energia elétrica, sob pena de incorrer em ofensa ao disposto nos artigos 150, II; e 155, II, § 3º, da Constituição Federal.

Diante do exposto, com as devidas vênias, DIVIRJO do Relator e DOU PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário para julgar improcedente o pedido inicial quanto à exclusão da “demanda contratada” da base de cálculo do ICMS sobre energia elétrica.

Proponho a seguinte tese para o Tema 176 da repercussão geral:

“É constitucional a inclusão dos valores pagos a título de “demanda contratada” (demanda de potência) na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
- ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica”.

É o voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.824 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S): ESTADO DE SANTA CATARINA

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

RECDO.(A/S): MADRI COMÉRCIO DE COMPENSADOS E LAMINADOS LTDA

ADV.(A/S): IVO PERAL PERALTA JÚNIOR

INTDO.(A/S): ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA

INTDO.(A/S): ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

INTDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

INTDO.(A/S): ESTADO DO PARÁ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTDO.(A/S): ESTADO DE RONDÔNIA

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

INTDO.(A/S): ESTADO DE SERGIPE

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

INTDO.(A/S): ESTADO DO PIAUÍ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ

INTDO.(A/S): ESTADO DE PERNAMBUCO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DE RORAIMA

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

INTDO.(A/S): DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

INTDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO

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

INTDO.(A/S): ESTADO DE ALAGOAS

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT

ADV.(A/S): PRISCILA SOARES SATIL E OUTRO(A/S)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Constituição

Federal, ao versar o Imposto sobre Mercadorias e Serviços – ICMS no tocante à energia elétrica, reconheceu tratar-se de mercadoria a envolver conjunto de operações, entre as quais a provisão de potência a viabilizar a utilização pelo consumidor.

Sendo a demanda de potência elétrica elemento central ao uso da mercadoria, está sujeita à tributação, nos termos do artigo 155, inciso II, § 2º, inciso IX, alínea “b”, e § 3º, da Lei Maior.

A infraestrutura voltada à geração e distribuição de energia elétrica revela serem a demanda contratada e o consumo operações inseparáveis e indispensáveis à regularidade do fornecimento, devendo ambas integrar a base de cálculo do tributo.

Provejo ao recurso extraordinário para que sejam incluídos, na base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, os valores relativos à demanda de potência contratada. Vencedor o enfoque, eis a tese: “Os valores pagos a título de demanda de potência contratada integram a base de cálculo do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS alusivo à operação de aquisição de energia elétrica”.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.824 SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. EDSON FACHIN

RECTE.(S): ESTADO DE SANTA CATARINA

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

RECDO.(A/S): MADRI COMÉRCIO DE COMPENSADOS E LAMINADOS LTDA

ADV.(A/S): IVO PERAL PERALTA JÚNIOR

INTDO.(A/S): ESTADO DO ACRE

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE

INTDO.(A/S): ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES): ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTDO.(A/S): ESTADO DO AMAZONAS

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS

INTDO.(A/S): ESTADO DA BAHIA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA
INTDO.(A/S): ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
INTDO.(A/S): ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
INTDO.(A/S): ESTADO DO PARÁ
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ
INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTDO.(A/S): ESTADO DE RONDÔNIA
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA
INTDO.(A/S): ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S): ESTADO DO PIAUÍ
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ
INTDO.(A/S): ESTADO DE PERNAMBUCO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO
INTDO.(A/S): ESTADO DE RORAIMA
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RORAIMA
INTDO.(A/S): DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
INTDO.(A/S): ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S): ESTADO DE ALAGOAS

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

AM. CURIAE.: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ASSESSORIA E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO FISCAL E PROTEÇÃO AOS DIREITOS DO CONSUMIDOR E DO CONTRIBUINTE - ABAPLAT

ADV.(A/S): DIOGO MARCUS LEIBÃO SALLES E OUTRO(A/S)

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE):

Trata-se, na origem, de mandado de segurança preventivo, com pedido liminar, impetrado por Madri Comércio de Compensados e Laminados Ltda. contra ato do Gerente Regional da Fazenda Estadual da 2ª Região em Itajaí.

Disse a impetrante que é empresa do ramo de comércio de madeiras no varejo e no atacado e que, para funcionamento de suas máquinas (como serras elétricas), necessita de grande potência de energia elétrica.

Segundo ela, com o intuito de garantir o fornecimento da energia na potência necessária, celebrou, junto à CELESC, contrato de fornecimento de energia elétrica denominado de “contrato de demanda”. Relata que essa avença consiste na contratação de “uma determinada quantidade de quilowatts (kW) por um determinado valor e período constante no contrato de fornecimento de energia elétrica”.

Na sequência, aduz que, na fatura de energia elétrica, são especificados os valores relativos ao contrato de demanda e ao da energia consumida. Em seguida, alega que, também na fatura, encontra-se cobrado o ICMS, na alíquota de 25%, sobre o valor total. Nesse sentido, ressalta que o imposto incide sobre o valor da energia elétrica consumida e também sobre o contrato de demanda.

De sua perspectiva, contudo, o tributo não pode incidir sobre o valor cobrado a título do contrato de demanda. Pede a concessão da segurança para que se declare que o ICMS não incide sobre os valores da demanda estipulado - em contrato com a concessionária -, do encargo de capacidade emergencial, do encargo de aquisição de energia elétrica nem sobre o “contrato de demanda, seja de reserva ou de potência, além da ‘demanda de ultrapassagem”.

O juiz da primeira instância concedeu a segurança e ordenou que o impetrado se abstenha de considerar na base de cálculo do ICMS exigido sobre o consumo de energia elétrica do impetrante “o valor de demanda mínima contratada, encargo de aquisição de energia elétrica e encargo de capacidade emergencial”.

Contra a decisão o Estado de Santa Catarina interpôs apelação.

O tribunal local concluiu ser o caso de não provimento do recurso e da remessa necessária. O acórdão foi assim ementado, na parte que interessa:

“APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - ORDEM CONCEDIDA - REMESSA NECESSÁRIA - PREVALÊNCIA DA LEI N. 1.533/51 SOBRE O CPC - SENTENÇA SUBMETIDA AO REEXAME OBRIGATÓRIO

[...]

AGRAVO RETIDO - INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO PRELIMINAR NA APELAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO [...]

TRIBUTÁRIO - BASE DE CÁLCULO DO ICMS - ENERGIA ELÉTRICA - DEMANDA RESERVADA OU CONTRATADA - ENCARGO DE CAPACIDADE EMERGENCIAL - ENCARGO DE AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - ‘SEGURO APAGÃO’ - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA APENAS SOBRE O CONSUMO EFETIVO

- Tratando-se de energia elétrica, só ocorre o fato gerador do ICMS quando do efetivo consumo desta por parte do consumidor, sendo que a base de cálculo do referido tributo é constituída apenas pela energia realmente consumida. Nesta linha de pensamento, exclui-se a possibilidade do ICMS incidir sobre a ‘demanda contratada’, pois a mercadoria (energia elétrica) não foi efetivamente consumida.

- Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica (arts. 2º e 4º, da Resolução 249/02 da ANEEL), também denominados ‘seguro apagão’, são encargos tarifários, não têm relação com a circulação ou transferência de energia elétrica para o consumidor e, por isso, não podem constituir a base de cálculo do ICMS.

IMPROVIMENTO DA REMESSA E DA APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA.”

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

O Estado de Santa Catarina interpôs recurso extraordinário, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. Alega o recorrente ter havido violação do art. 150, II e § 6º; e do art. 155, II, § 2º, IX, b; e § 3º, da Constituição Federal. Argumenta o recorrente que: a) a circulação de mercadoria não é a única hipótese de incidência do ICMS; b) o imposto alcança todas as operações relativas à energia elétrica, sendo que o consumo de energia elétrica é apenas uma delas; c) se o valor da demanda de potência faz parte do preço cobrado pela CELESC, esse valor deve integrar a base de cálculo do tributo; d) mesmo se entendendo que a demanda reservada não consiste em circulação de mercadoria, o valor a ela relativo deve ser incluído em tal base de cálculo, por ser a demanda contratada serviço não previsto na lista do ISS; e) o acórdão recorrido viola a isonomia, pois na fatura de energia elétrica dos consumidores residenciais, a qual apresenta um único item, está embutida a demanda, sendo que o ICMS é calculado sobre o total da fatura.

Foi reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional debatida nos autos. Eis o título do Tema nº 176: “Inclusão dos valores pagos a título de ‘demanda contratada’ na base de cálculo do ICMS sobre operações envolvendo energia elétrica”.

A Procuradoria-Geral da República opinou pela inadmissibilidade do recurso.

É o relatório.

Encontra-se em discussão saber se os valores relativos à demanda contratada de energia elétrica podem ser incluídos na base de cálculo do ICMS.

O Relator, o Ministro Edson Fachin, entende ser o caso de se negar provimento ao recurso extraordinário e de se fixar a seguinte tese de repercussão geral:

“A demanda de potência elétrica não é passível, por si só, de tributação via ICMS, porquanto somente integram a base de cálculo desse imposto os valores referentes àquelas operações em que haja efetivo consumo de energia elétrica pelo consumidor.”

Verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) há muito se debruçou sobre o assunto, firmando orientação em sentido convergente com o entendimento de Sua Excelência.

Cito, de início, o entendimento a que chegou a Primeira Turma da Corte Superior, já no primeiro trimestre de 2000, ao examinar o REsp nº 222.810/MG.

Na oportunidade, o Relator para o acórdão, o Ministro José Delgado, fez referência, em primeiro lugar, ao fato de que o ICMS só incide na saída da mercadoria do estabelecimento e, assim sendo, a energia elétrica, enquanto não sai do estabelecimento da concessionária, não constitui fato gerador do imposto. Sua Excelência também fez alusão à ideia de que o ICMS concernente à espécie tem como fato gerador não a celebração de contrato, mas a circulação da mercadoria energia elétrica.

Mais à frente, colacionou doutrina de Gilberto Ulhôa Canto, para quem

“[...] o valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime do ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entre do produto ao consumidor (art. 19 do Convênio ICM nº 66/88). E este é, sem a menor possibilidade de dúvida, o da energia elétrica efetivamente consumida, que corresponde, no caso da energia elétrica, ao valor da operação de que decorreu a saída, que é a energia consumida”.

O julgado foi assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA.

FATO GERADOR. INCIDÊNCIA. 1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto). 2 - O ICMS deve incidir sobre o valor

da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa. 3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos. 4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência. 5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria. 6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado. 7 - Recurso conhecido e provido por maioria. 8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a 'demanda reservada de potência', sem ser considerado o total consumido" (REsp nº 222.810/MG, Primeira Turma, Relator para o acórdão o Ministro José Delgado, DJ de 15/5/2000).

No REsp nº 343.952/MG, a Ministra Eliana Calmon, indo também no mesmo sentido, após citar esse precedente, destacou que a mera celebração de contrato "não tem força suficiente para transferir a propriedade". No AgRg no Ag nº 707.491/SC, de modo semelhante, disse o Ministro Casto Meira não ser possível presumir a saída do bem do estabelecimento com o mero contrato em que se firma uma demanda junto à fornecedora de energia elétrica.

O assunto também foi debatido no julgamento do REsp nº 586.120/MG na Primeira Seção. Em voto-vista, o Ministro Teori Zavascki consignou que as premissas em que se apoiava a jurisprudência daquela Corte estavam corretas. Seriam elas: a) para efeito de ICMS, energia elétrica é mercadoria, e não serviço; b) a energia elétrica só é gerada e só circula quando há consumo.

Repare-se que a premissa de que, para efeito de ICMS, energia elétrica é mercadoria toma como base, segundo Sua Excelência, além do art. 19 do Convênio ICMS nº 66/88, o art. 155, II e § 3º, da Constituição Federal e o art. 34, § 9º, do ADCT. Esses dispositivos do texto constitucional assim estabelecem:

"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do caput deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro imposto poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)."

"Art. 34 [...]

§ 9º Até que lei complementar disponha sobre a matéria, as empresas distribuidoras de energia elétrica, na condição de contribuintes ou de substitutos tributários, serão as responsáveis, por ocasião da saída do

produto de seus estabelecimentos, ainda que destinado a outra unidade da Federação, pelo pagamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias incidente sobre energia elétrica, desde a produção ou importação até a última operação, calculado o imposto sobre o preço então praticado na operação final e assegurado seu recolhimento ao Estado ou ao Distrito Federal, conforme o local onde deva ocorrer essa operação” (grifo nosso).

Naquela mesma ocasião, o Ministro Teori Zavascki, depois de traçar outras considerações sobre o mercado de energia elétrica, complementou dizendo o seguinte:

“[O] modo de cálculo que leva em consideração o valor da demanda simplesmente contratada pode ser legítimo para efeito de fixação da tarifa do serviço público de energia. Todavia, para efeito de base de cálculo de ICMS, que supõe sempre o efetivo consumo, a fixação do valor da tarifa de energia deve levar em conta a demanda de potência efetivamente utilizada, como tal considerada a demanda medida no correspondente período de faturamento, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.”

Após o voto-vista de Sua Excelência, pediu vista o Ministro Francisco Falcão. Pouco depois, houve a afetação do REsp nº 960.476/SC, em que se debatia a mesma questão, à sistemática dos recursos repetitivos.

Ao apreciar o paradigma, o Ministro Teori Zavascki reiterou seu entendimento. A Primeira Seção, por maioria de votos, concluiu estar correta a tese defendida por Sua Excelência. Foi fixada a seguinte tese:

“É indevida a incidência de ICMS sobre a parcela correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada.”

Essa tese foi aplicada, posteriormente, naquele REsp nº 586.120/MG.

Em suma, como se vê, a iterativa jurisprudência do STJ vai na mesma direção do entendimento do Ministro Edson Fachin. Note-se, ademais, que essa orientação encontra amparo nos citados dispositivos constitucionais (art. 155, II e § 3º, da Constituição Federal e art. 34, § 9º, do ADCT), como bem consignou o Ministro Teori Zavascki.

Ante o exposto, acompanho o Relator, o Ministro Edson Fachin, quanto à negativa de provimento do recurso extraordinário e quanto à tese de repercussão geral sugerida por Sua Excelência, já transcrita.

É como voto.

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.242.803 SANTA CATARINA

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): ECOMAX CENTRO DE DIAGNOSTICO POR IMAGEM LTDA.

ADV.(A/S): SHIRLEY HENN

AGDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI. IMPORTAÇÃO. EQUIPAMENTO MÉDICO. AQUISIÇÃO DE BENS PARA USO PRÓPRIO. CONTRIBUINTE NÃO HABITUAL. PESSOA JURÍDICA: INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Sessão Virtual de 5.6.2020 a 15.6.2020.

Brasília, 16 de junho de 2020.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**

Relatora

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.242.803 SANTA CATARINA

RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

AGTE.(S): ECOMAX CENTRO DE DIAGNOSTICO POR IMAGEM LTDA.

ADV.(A/S): SHIRLEY HENN

AGDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):

1. Em 17.2.2020, neguei provimento ao recurso extraordinário interposto por Ecomax Centro de Diagnóstico por Imagem Ltda. ao fundamento de harmonia do acórdão recorrido com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (e-doc. 46).

2. Publicada essa decisão no DJe 19.2.2020, a agravante interpõe, em 10.3.2020, tempestivamente, agravo regimental (e-doc. 48).

A agravante alega que, *“na parte dispositiva, para negar provimento ao Recurso Extraordinário, a r. Decisão agravada indicou como fundamento o art. 932, V, a, do CPC e o art. 21, § 2º, do Regimento Interno do STF. De pronto, compete ressaltar que os fundamentos mencionados pela r. Decisão agravada embasam o provimento dos Recursos pelo Relator, nos casos em que o acórdão recorrido for contrário à Súmula deste Tribunal ou do STJ. Assim, verifica-se uma incongruência entre a parte dispositiva da r. Decisão e o fundamento legal por ela utilizado”* (fl. 2, e-doc. 48).

Assevera que *“o mandado de segurança impetrado pela Agravante tem por objetivo o reconhecimento do seu direito de compensar o valor recolhido a título de IPI no desembarço aduaneiro de equipamentos de diagnóstico por imagem provenientes do exterior, por meio de contratos de arrendamento mercantil internacional. Ou seja, antes de analisar o mérito do que restou decidido no Tema nº 643, faz-se necessário observar que a Agravante não importou veículos de luxo, como ocorreu no leading case, mas, sim, equipamentos médicos para realização de suas atividades de diagnóstico por imagem”* (fl. 3, e-doc. 48).

Sustenta que *“a r. Decisão agravada não se ateve a um detalhe importantíssimo e fundamental para o deslinde do caso, qual seja, este e. STF, no julgamento do Tema, limitou a tese fixada às importações de veículos, razão pela a tese nele fixada não se aplica a presente demanda”* (sic, fl. 3, e-doc. 48).

Argumenta que a *“extrafiscalidade não se aplica às importações de equipamentos médicos, justamente pelo fato dessas máquinas sequer apresentarem similar nacional, obrigando às clínicas médicas/hospitais a realizarem a importação das mesmas”* (fl. 5, e-doc. 48).

Pede a reconsideração da decisão agravada ou o provimento do presente recurso.

3. Em contrarrazões, a agravada alega que *“o entendimento de ambas as Turmas do STF fixou-se no sentido de reputar aplicável o entendimento do Tema 643 de RG também à importação de equipamentos médicos realizada por pessoa jurídica”* (fl. 2, e-doc. 52).

Pede o não provimento do agravo regimental. É o relatório.

Salienta que, *“ao contrário do entendimento externado pela r. Decisão agravada, não há como se aplicar o que restou decidido no Tema nº 643, visto haver um distinguishing no caso em apreço em relação ao paradigma”* (fls. 2-3, e-doc. 48).

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.242.803 SANTA CATARINA**V O T O****A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (Relatora):**

1. Corrijo o erro material do dispositivo da decisão agravada, onde se lê “(al. a do inc. V do art. 932 do Código de Processo Civil e § 2º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)”, leia-se “(al. b do inc. IV do art. 932 do Código de Processo Civil e § 1º do art. 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal)”, mantidos os demais termos da decisão agravada.

2. Razão jurídica não assiste à agravante.

3. Na espécie o Tribunal de origem decidiu incidir o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI nos casos de importação de equipamentos médicos para uso próprio por pessoa jurídica prestadora de serviço:

“Dessa forma, não se cogita qualquer inconstitucionalidade por se considerar a importação (desembaraço aduaneiro) como hipóteses de incidência do IPI.

A ausência de normatização expressa na constituição para incidência do IPI nos produtos industrializados no exterior, tal como ocorre com o ICMS (art. 155, IX, ‘a’), não afasta sua exigibilidade nesses casos. Trata-se de tributos atrelados à competência de entes políticos diversos e, ao que tudo indica, a menção da Constituição ao ICMS nas importações leva em conta a importância desta exação para a manutenção financeira dos Estados-membros” (fls. 11-12, e-doc. 9).

Como assentado na decisão agravada, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 723.651/ RG, Tema 643, Relator o Ministro Marco Aurélio, o Plenário deste Supremo Tribunal firmou a seguinte tese: *“Incide o imposto de produtos industrializados na importação de veículo automotor por pessoa natural, ainda que não desempenhe atividade empresarial e o faça para uso próprio”*. Confira-se a ementa do julgado:

“IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IMPORTAÇÃO DE BENS PARA USO PRÓPRIO – CONSUMIDOR FINAL. Incide, na importação de bens para uso próprio, o Imposto sobre Produtos Industrializados, sendo neutro o fato de tratar-se de consumidor final” (DJe 15.2.2016).

Quanto à natureza jurídica da pessoa do contribuinte, o Ministro Marco Aurélio proferiu voto nos seguintes termos:

“A Lei Maior não distingue aquele que se mostra como contribuinte do imposto e, ante a natureza, pode ser um

nacional, pessoa natural ou pessoa jurídica brasileira, sendo neutros o fato de não estar no âmbito do comércio e a circunstância de adquirir o produto para uso próprio”.

O Ministro Roberto Barroso assim se pronunciou:

“Primeiro, devo afirmar que não me parece correto falar em ‘princípio’ da não-cumulatividade. Até porque não há no art. 153, §3º, II da CF um conteúdo axiológico próprio, uma dimensão de peso ou um estado de coisas a ser promovido. Ao contrário, a não-cumulatividade é uma regra que constitucionaliza uma técnica específica de tributação. Um método aplicável aos impostos sobre o consumo, ditos indiretos, que objetiva expurgar o imposto pago nas operações antecedentes, apresentando inegável estrutura normativa de regra. O contribuinte suporta o valor do tributo no preço, apropria-se daquele montante na sua contabilidade e compensa o crédito apurado com o valor devido na saída. A não-cumulatividade faz parte de uma dinâmica de apuração que pretende fazer com que a tributação incida somente sobre o valor agregado em cada operação.

23. *Em razão disso, não se trata de norma que tenha o condão de alterar a materialidade constitucional do imposto. Como decorrência da sua estrutura própria de regra, a não-cumulatividade tem a pretensão de definir de forma exclusiva e abarcante apenas a questão tratada, e nada mais. É dizer, para as hipóteses de incidência em cadeia, garantir a compensação do imposto pago nas operações anteriores, somente isso. Portanto, sua aplicação pressupõe a existência de uma incidência plurifásica, sem o que não estará presente o pressuposto material que lhe autoriza a produção de efeitos. Em tais circunstâncias, ausente essa premissa, não considero legítimo limitar o espaço de conformação do legislador infraconstitucional com base na não-cumulatividade, mesmo porque o efeito indesejado que a regra constitucional pretendeu evitar não se apresenta.*

24. *Por isso, não é sempre que a não-cumulatividade terá aplicação, mesmo nos impostos indiretos por natureza, casos do IPI e do ICMS. Isso porque nem toda cadeia é necessariamente plurifásica. Portanto, se a função é expurgar imposto pago antes, é porque há mais de uma incidência. Por outro lado, se a operação é única, não existe imposto pago antes e tampouco risco de múltipla tributação sobre a mesma base econômica. A primeira incidência será a única. Logo, em operações monofásicas, não há utilidade para a não-cumulatividade porque a situação encontra-se simplesmente fora do campo de aplicação da regra constitucional. O imposto devido não passa por compensação escritural. O tributo será calculado levando-se em consideração tão somente o valor daquela operação. De modo que, com a devida vênia, a tese contrária, que busca interditar a priori a incidência, parece avançar indevidamente num espaço de atuação que cabe apenas ao legislador ordinário, especialmente num campo em que a expertise e a adequação a novos cenários desempenham um papel crucial, como a tributação no mercado internacional”.*

Em observância a esse entendimento, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 748.710-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido da incidência de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI na importação de bens para uso próprio, sendo neutro o fato de tratar-se de pessoa natural ou jurídica que esteja na condição de contribuinte não habitual do imposto:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. IPI. Importação. Contribuinte não habitual. Pessoa natural e jurídica.

Operação monofásica. Não cumulatividade. Inaplicabilidade. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, decidiu que incide o IPI na importação de bens para uso próprio, sendo neutro o fato de tratar-se de pessoa natural ou jurídica que se encontre na condição de contribuinte não habitual do imposto. 2. A sistemática da não cumulatividade pressupõe a existência de operações sequenciais passíveis de tributação, o que não ocorre na importação de produto industrializado em que a operação é única. 3. Agravo regimental não provido. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem” (DJe 23.11.2017).

Confirmam-se também os seguintes julgados em que o Supremo Tribunal Federal aplicou a tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário n. 723.651/RG, Tema 643, em processos nos quais a matéria controvertida foi a importação de equipamentos médicos:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONALETRIBUTÁRIO.INCIDÊNCIADOIMPOSTOSOBREPRODUTOSINDUSTRIALIZADOS – IPI NA IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTO MÉDICO PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO DE PESSOA JURÍDICA NÃO CONTRIBUINTE DO TRIBUTO, NEM A ELE EQUIPARADO. 1.

Repercussão geral do tema reconhecida no Recurso Extraordinário n. 723.651. 2. Embargos de declaração acolhidos para, atribuindo-lhes efeitos infringentes, anular o acórdão embargado e determinar a devolução destes autos ao Tribunal de origem para que seja observado o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil” (AI n. 853.189- AgR-ED, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 2.12.2013).

“DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS E IPI. IMPORTAÇÃO DE BENS PARA USO PRÓPRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÊGIDE DO CPC/1973. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 150, I, 153, § 3º, I e II, e 155, § 2º, I, DA

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. O entendimento assinalado na decisão agravada não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, em sede de repercussão geral, que incide o Imposto sobre Produtos Industrializados na importação de bens para uso próprio, sendo neutro o fato de tratar-se de consumidor final 2. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República. 3. Ausente condenação anterior em honorários, inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015. 4. Agravo interno conhecido e não provido, com aplicação da penalidade prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, calculada à razão de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa” (RE n. 1.089.465-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 17.5.2018).

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. IPI. Importação. Materialidade. Bem industrializado. Sujeição passiva. Contribuinte não habitual. Possibilidade. Não cumulatividade. Inaplicabilidade. Importação amparada por contrato de arrendamento mercantil e sob o regime de admissão temporária. Particularidades do caso. Questão infraconstitucional. Afronta reflexa. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 723.651/PR, em sede de repercussão geral decidiu que incide na importação de bens para uso próprio o Imposto sobre Produtos Industrializados, sendo neutro o fato de tratar-se de consumidor final. 2. Sobre a regência constitucional do IPI, para fins de incidência na importação, o Plenário decidiu ser suficiente que

o bem adquirido seja industrializado, não se exigindo que o sujeito passivo submeta o bem a processo de industrialização. 3. A sistemática da não cumulatividade pressupõe a existência de operações sequenciais passíveis de tributação, o que não ocorre na importação de produtos industrializados em que a operação é monofásica. 4. Questões envolvendo particularidades do contrato de arrendamento mercantil e a importação pelo regime de admissão temporária não extrapolam a esfera da legalidade. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem” (RE n. 889.509-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 25.10.2017).

4. Os argumentos da agravante, insuficientes para modificar a decisão agravada, demonstram apenas inconformismo e resistência em pôr termo a processos que se arrastam em detrimento da eficiente prestação jurisdicional.

5. Pelo exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AGINT NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.505.915 - SC
(2019/0141426-1)**

RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO

AGRAVANTE: IZABEL ESTER REGIS PEREIRA

ADVOGADOS: ISRAEL JONAS FLEITH E OUTRO(S) - SC003127

RAFAEL HENRIQUE DOS SANTOS - SC022918

AGRAVADO : LEANDRO PINTO

ADVOGADOS: JÚLIO MARCOS GUIMARÃES SILVA - SC004512

RAQUEL SONALI ANGONESE - SC021657

INTERES.: RAFAEL ROBERTO PEREIRA

ADVOGADO: GILIARDI COSTA NASCIMENTO - SC035886

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: Trata-se de agravo interno interposto por IZABEL ESTER REGIS PEREIRA contra decisão do eminente Ministro Presidente do STJ, que não conheceu do agravo em recurso especial, em razão da falta de impugnação específica de fundamento decisório (Súmula 83 do STJ).

A agravante alega que impugnou especificamente ambos os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial.

Decorreu o prazo, sem impugnação (e-STJ), fl. 630). É o relatório.

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.505.915 - SC (2019/0141426-1)

RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO

AGRAVANTE: IZABEL ESTER REGIS PEREIRA

ADVOGADOS: ISRAEL JONAS FLEITH E OUTRO(S) - SC003127

RAFAEL HENRIQUE DOS SANTOS - SC022918

AGRAVADO : LEANDRO PINTO

ADVOGADOS: JÚLIO MARCOS GUIMARÃES SILVA - SC004512

RAQUEL SONALI ANGONESE - SC021657

INTERES.: RAFAEL ROBERTO PEREIRA

ADVOGADO: GILIARDI COSTA NASCIMENTO - SC035886

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO - Relator: Afiguram-se relevantes as alegações da agravante apresentadas no agravo interno, motivo pelo qual, com base no art. 259 do RISTJ, reconsidero a decisão agravada e passo ao exame do recurso.

Trata-se de agravo de decisão que inadmitiu recurso especial fundado no art. 105, III, “a”, da Constituição Federal, interposto contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado:

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E PENSÃO VITALÍCIA DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO CONDUTOR E DA PROPRIETÁRIA DO VEÍCULO ENVOLVIDO NO SINISTRO. PRETENSÃO CONCESSÃO DO EFEITO SUSPENSIVO. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA TEMPESTIVA CONTRA O DESPACHO QUE RECEBEU A APELAÇÃO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS NO PONTO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA DEMONSTRADA. DECLARAÇÃO DE POBREZA CORROBORADA POR DOCUMENTOS APTOS A ATESTAR A INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. BENESSE CONCEDIDA COM EFEITO EX NUNC.

‘Não fica suspensa a exigibilidade das custas e dos honorários de sucumbência quando estes foram definidos na sentença, enquanto que a gratuidade somente foi deferida posteriormente, em decorrência de pedido formulado nas razões recursais. [...] (Agravo de Instrumento n. 4027629-42.2017.8.24.0000, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 31.07.2018).’

SUSCITADA A OCORRÊNCIA DA COISA JULGADA MATERIAL. TESE INSUBSISTENTE. EXISTÊNCIA DE AÇÃO DECIDIDA PELA JUSTIÇA TRABALHISTA, MAS COM CAUSA DE PEDIR DIVERSA DO OBJETO DESTES AUTOS. PRELIMINAR RECHAÇADA.

Diante da evidente distinção entre a causa de pedir próxima versada nestes autos e na demanda com sentença transitada em julgado na Justiça do Trabalho, não há que se falar em coisa julgada, eis que sua tipificação exige tríplice identidade entre os feitos: de partes, de causa de pedir e de pedido.

PREJUDICIAL DE MÉRITO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO AUTORAL. INVIABILIDADE. AJUIZAMENTO DE DEMANDA ANTERIOR, COM CITAÇÃO VÁLIDA, EM FACE DOS MESMOS REQUERIDOS, TENDO POR BASE AS MESMAS PRETENSÕES. EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, EM RELAÇÃO A ESTES, FORTE NO ART. 267, IV, DO CPC/1973. CAUSA VÁLIDA DE INTERRUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

‘A citação válida, excepcionando-se as causas do art. 267, inciso II e III, do Código de Processo Civil, interrompe a prescrição. Por isso, mesmo com a extinção da ação anteriormente proposta em face da demandada, a citação válida naquela demanda interrompe a prescrição do lapso temporal extintivo à pretensão [...]’. (TJSC, Apelação Cível n. 0331709-43.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 17-05-2018).

MÉRITO. COLISÃO EM TRASEIRA DE CAMINHÃO DE RECOLHIMENTO DE LIXO EM QUE SE ENCONTRAVA O AUTOR. QUEDA DO CARONEIRO SEGUIDA DE ATROPELAMENTO PELO CAMINHÃO DE PROPRIEDADE DA SEGUNDA RÉ E CONDUZIDO PELO PRIMEIRO REQUERIDO. LESÕES PERMANENTES E IRREVERSÍVEIS. AMPUTAÇÃO DO MEMBRO INFERIOR ESQUERDO DO AUTOR. DEVER DE INDENIZAR INARREDÁVEL. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO MORAL. INACOLHIMENTO. ABALO ANÍMICO CONFIGURADO PELO SOFRIMENTO DAS LESÕES FÍSICAS ADVINDAS DO SINISTRO. MINORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. INACOLHIMENTO. VALORES ARBITRADOS EM CONFORMIDADE COM OS PRINCÍPIOS. DA ADEQUAÇÃO, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INDENIZAÇÕES MANTIDAS NOS TERMOS DA DECISÃO.

O ‘quantum’ indenizatório deve ser fixado levando-se em conta os critérios da razoabilidade, o bom senso e a vi proporcionalidade, a fim de atender seu caráter punitivo e proporcionar uma satisfação correspondente ao prejuízo experimentado, sem dar margem ao enriquecimento sem causa.

PENSÃO MENSAL. EMPREGADORA DO AUTOR CONDENADA AO PAGAMENTO DO ALUDIDO PENSIONAMENTO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. PROPALADA A OCORRÊNCIA DE ‘BIS IN IDEM’. INSUBSISTÊNCIA. RESPONSABILIZAÇÃO NO ÂMBITO CIVIL E NA ESFERA TRABALHISTA QUE NÃO SE CONFUNDEM.

‘A condenação em prévia sentença trabalhista não obsta a que o autor persiga as verbas indenizatórias de direito contra os responsáveis pelos danos, com fulcro na responsabilidade civil comum.’ (TJSC, Apelação n. 0001391-41.2012.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 20-06-2016). RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS, E NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDOS.” (e-STJ, fls. 498/500).

Nas razões do recurso especial, a ora agravante aponta ofensa aos arts. 942, caput e parágrafo único, 944, caput e parágrafo único, e 950, caput, do Código Civil. Alega que o total do dano decorrente do mesmo ato ou fato é o limite da indenização, e não se duplica ou triplica a depender do número de coautores ou partícipes do fato ofensivo. Acrescenta que pouco importa, para aferir e delimitar a extensão dos danos, a natureza da responsabilidade civil dos coautores ou partícipes individualmente, se de relação de trabalho, contratual ou aquiliana, pois o dano é o mesmo e serve de limitador da indenização. Assim, por já ter recebido da empregadora, na ação trabalhista, os ressarcimentos pelos danos decorrentes do acidente, deve ser decretada a improcedência da demanda.

Extrai-se dos autos que LEANDRO PINTO ajuizou ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos em desfavor de RAFAEL ROBERTO PEREIRA, condutor do veículo causador do acidente de trânsito, e de ISABEL ESTER REGES PEREIRA, proprietária do mencionado automóvel, ora agravante, alegando que: em 08/3/2007, trabalhava como gari e estava a serviço de Emgepasa, em cima de caminhão de coleta de lixo de sua empregadora, quando outro caminhão, o Mercedes

Benz L 608, de Placas LWY 9351, conduzido pelo primeiro demandado e de propriedade da segunda demandada, não parou na lombada eletrônica e veio a atingir a traseira do caminhão coletor de lixo; em decorrência do impacto, sofreu fratura exposta na perna esquerda, comprometimento vascular e teve o dedo do pé esquerdo fraturado, sendo que, em razão da gravidade da lesão, foi efetuada a amputação transfemural do membro inferior esquerdo.

O autor informou que ajuizou anteriormente ação na Justiça do Trabalho contra os mesmos réus e mais sua empregadora, a qual veio a ser julgada procedente. No entanto, o Tribunal Regional do Trabalho - TRT extinguiu o feito em relação aos ora demandados, por entender que, quanto a estes, a discussão era de natureza cível, e não de relação de trabalho.

Nesta nova ação, a juíza singular julgou os pedidos procedentes para condenar os promovidos ao pagamento de: a) indenização por danos morais no valor de R\$30.000,00 (trinta mil reais); b) indenização por danos estéticos no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais); e c) pensão mensal vitalícia no valor de um salário mínimo.

O eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina confirmou a sentença, assim se manifestando acerca da anterior ação julgada pela Justiça Trabalhista:

“De pronto, cumpre registrar que o Tribunal Regional do Trabalho da 12a Região, ao analisar o recurso ordinário interposto por Rafael Roberto Pereira o - réu no presente feito -, declarou a incompetência da Justiça Trabalhista para apreciação dos danos decorrentes de acidente de trânsito em relação aos demandados Rafael e Isabel Ester Reges Pereira (condutor e proprietária do veículo causador do acidente) e, por conseguinte, extinguiu a ação em relação a estes, com supedâneo no art. 267, IV, do CPC/73, conforme infere-se às fls. 52/62.

Diante disso, incontroverso que, muito embora a demanda deflagrada na esfera trabalhista e a presente demanda tenham sido interpostas por Leandro Pinto e possuam a mesma causa de pedir remota, para a tipificação de coisa julgada, faz-se mister a tríplice identidade: partes, causa de pedir e pedido (art. 337, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil), o que, in casu, não ocorreu, na medida em que a ação trabalhista foi extinta em relação aos réus Rafael e Isabel, ora apelados, justamente em face da incompetência da justiça especializada em razão da matéria para a análise da quaestio (pretensão indenizatória em decorrência de acidente de trânsito), sem cunho de natureza trabalhista.

Além disso, salienta-se que a causa de pedir próxima que ensejou a condenação da antiga empregadora do autor - empresa Engepasa Ambiental na esfera trabalhista consubstanciava-se nos danos decorrentes do acidente de trabalho sofrido pelo autor, na medida em que o sinistro ocorreu durante o desempenho da atividade laborativa (fl. 8), ao passo que, nos presentes autos, a causa de pedir próxima está matizada nos danos morais, materiais e estéticos decorrentes do acidente de trânsito causado pelos requeridos, condutor e proprietária do caminhão que colidiu na traseira do caminhão da ENGEPASA, no momento em que o autor, empregado desta última, realizava a coleta de lixo.

(...)

Logo, não há que se falar em coisa julgada no caso sub examine.

Pelas mesmas razões, afasta-se a aventada necessidade de reconhecimento da solidariedade dos demandados com a antiga empregadora do autor, condenada na justiça especializada, pois, como alhures apontado, os

ora recorrentes sequer chegaram a ser condenados na esfera trabalhista, ao passo que, nos presentes autos, cinge-se a controvérsia na responsabilidade civil dos requeridos pelos prejuízos advindos do acidente de trânsito sofrido pelo autor e causado pelos recorrentes. Dispensadas, portanto, maiores digressões a esse respeito.” (e-STJ, fls. 509/511 - grifou-se)

Assim decidindo, o acórdão recorrido não merece nenhum reparo.

Como visto, após a exclusão dos réus ora acionados, a primeira pretensão abrangeu apenas a empregadora e teve como fundamento o ilícito decorrente do acidente de trabalho, envolvendo, portanto, responsabilidade trabalhista, por fato relativo à falha no dever de segurança para com o trabalhador, quanto a riscos inerentes à atividade econômica da sociedade empresária empregadora. Essa circunstância, atraía a competência da Justiça do Trabalho para julgar aquele primeiro pleito indenizatório, nos termos do art. 114, VI, da Constituição Federal.

Já a segunda pretensão, veiculada na presente ação de indenização, se funda na responsabilidade civil comum e é dirigida apenas contra os responsáveis civis pelo acidente de trânsito (o condutor do carro causador do sinistro e a proprietária do veículo), o que enseja a competência da Justiça Comum Estadual para julgamento dos pedidos específicos.

Como se sabe, a responsabilidade jurídica é o vínculo que se estabelece entre o causador de um dano e a vítima, acarretando o dever de o primeiro reparar o dano causado à segunda. Conforme o ramo do Direito que se está tratando, considerando a norma violada, haverá responsabilidade por ilícito penal ou civil ou trabalhista ou ambiental ou administrativo ou tributário, etc. Depende das normas jurídicas violadas. Cada ramo do Direito disciplina e tutela relações jurídicas próprias, considerando os direitos, os interesses e os valores nelas envolvidos.

Na hipótese, houve violação de norma trabalhista, decorrente de falha no dever do empregador de assegurar incolumidade ao empregado quanto aos riscos próprios da atividade econômica explorada. Vejam-se, a propósito, os seguintes dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT:

Art. 166 - A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

Art. 184 - As máquinas e os equipamentos deverão ser dotados de dispositivos de partida e parada e outros que se fizerem necessários para a prevenção de acidentes do trabalho, especialmente quanto ao risco de acionamento acidental.

Parágrafo único - É proibida a fabricação, a importação, a venda, a locação e o uso de máquinas e equipamentos que não atendam ao disposto neste artigo.

Nessa seara, tem-se um dano decorrente de acidente do trabalho, porque a vítima estava no exercício de sua atividade de gari, quando sofreu um previsível acidente de trânsito que a ofendeu de forma indelével. O fato de a vítima viajar precariamente pendurada na parte traseira do caminhão coletor, no momento do acidente, enquanto trabalhava para a empregadora, não atendia à sua vontade pessoal, à sua deliberação, mas sim à necessidade do serviço, no interesse do empresário. O empregado que exerce a função essencial de gari é obrigado, para desempenhar tal atividade, a trabalhar dependurado, segurando na parte traseira do caminhão, sem nenhum equipamento de proteção, de modo que seu empregador o coloca em situação de grave risco, sujeito à fortuito interno, pois qualquer colisão ou mesmo um movimento brusco do veículo que o transporta, pode ensejar a queda do trabalhador do caminhão. Então, existe aí claramente presente a responsabilidade trabalhista do empregador para com o empregado, por qualquer acidente ocorrido nesse contexto.

No caso, a Justiça do Trabalho, examinando a responsabilidade trabalhista decorrente do dever do patrão de manter seus empregados em situação de segurança e incolumidade, entendeu responsável a empregadora pelo infortúnio de seu empregado acidentado, que teve a perna esquerda amputada devido ao acidente. Não se perseguiu ali uma responsabilidade civil, mas a responsabilidade trabalhista, que é independente da reparação civil.

Caso a queda tivesse ocorrido sem a participação de terceiros, provocando a perda de membro do empregado, o empregador estaria obrigado, do mesmo modo, a reparar o acidente de trabalho causador de dano corporal à vítima.

Ocorre que, na situação em análise, houve não só um acidente de trabalho, um ilícito trabalhista, mas também um acidente de trânsito, um ilícito civil, provocado por negligência, imprudência ou imperícia de terceiro, ensejando, não apenas a responsabilidade trabalhista do empregador culpado pela falha no cuidado para com o transporte seguro do empregado, mas ainda a responsabilidade civil dos terceiros. E esta, em tese, reclama a reparação dos danos materiais, morais e estéticos pelos promovidos, caso comprovado que foram os responsáveis civis pelo acidente de trânsito, que não se confunde com a responsabilidade trabalhista da empregadora, a qual tem pertinência com a relação de trabalho e não com a relação civil extracontratual, pois as responsabilidades têm origens e fundamentos bem diversos, não se podendo falar em dupla condenação pelo mesmo fato ofensivo.

Assim, mesmo que a vítima do acidente de trânsito tenha recebido alguma reparação trabalhista em razão de o evento no qual foi envolvida, caracterizar, quanto a uma relação paralela, um acidente de trabalho, isso não impede que, no campo da reparação civil, possa o ofendido buscar a responsabilização dos agentes do ilícito civil, a qual se situa noutra seara jurídica.

A vítima tem, então, o direito de buscar, perante seu empregador, uma reparação relativa à relação de trabalho e, quanto ao responsável civil, outra reparação, que é de índole civil, além da responsabilidade penal, independentes que são. Veja-se, a respeito, o que diz o Código Civil em seus:

Art. 935. 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.

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.

Aqui, o que há é a responsabilidade noutra modalidade jurídica, com o alcance de outro objeto, notadamente quanto aos danos moral e estético. É, assim, possível se falar em multiplicidade de responsabilidades de ramos jurídicos diversos, por ilícitos também diversos.

Na ação de reparação civil, não se examinará mais a culpa do patrão por falha no dever de incolumidade do empregado, transportado de forma tão precária, pois, se estivesse viajando em segurança, atado ao caminhão por cinto de segurança ou dentro da cabine do mesmo carro ou na de outro veículo que acompanhasse o caminhão coletor de lixo, talvez o mesmo acidente de trabalho não tivesse causado à vítima danos de tamanha intensidade, porque a colisão não seria tão grave.

Então nesta nova ação, se discutirá apenas a culpa do condutor e do proprietário do outro caminhão pelo acidente de trânsito, por possível falha nos cuidados de atenção ao dirigir o veículo, com o descumprindo o dever de agir (no trânsito) com prudência, de modo a não ofender a outrem. Lembre-se, aqui, novamente, o Código Civil em seu:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

É de se concluir, assim, que uma ocorrência pode, sim, ensejar a cumulação de diferentes reparações, em ramos jurídicos diversos, como se tem na situação ora retratada. No caso, não se pode deixar, sem responsabilização, o suposto causador do ilícito civil, porque o empregador pagou, por outras razões, sob outras regras jurídicas, as normas da CLT, o infortúnio de seu empregado. Isso, porque essa desdita também foi resultado não só de um ilícito trabalhista, mas também, a um só tempo, de um ilícito civil que deve ser reparado.

A cumulação de responsabilidades de ramos jurídicos distintos não é incompatível com o sistema jurídico, nem traz vantagem indevida ou excessiva à vítima. As razões pelas quais se paga uma ou outra indenização, às vezes mera reparação no caso de danos indelévels, são diversas, porquanto oriundas de ilícitos distintos implicados a cada ramo do Direito, ensejando diferentes modalidades de responsabilidades, todas justas e legítimas.

Cabível, assim, em tese, que se possa perseguir, na esfera civil, a responsabilização daqueles que se tem como agentes do ilícito civil exigindo destes, diretamente também, reparação ao ofendido pelos danos materiais, morais e estéticos.

Veja-se, para ilustrar o caso, que a perna amputada pode sim comportar mais de uma prótese, pois estas sabidamente são feitas de diferentes materiais, com diversos pesos, modelos e funções, ensejando ao vitimado ora maior conforto, ora melhor aparência, conforme a ocasião em que dela fará uso, sempre buscando minorar o perene sofrimento físico e espiritual.

E foi com base nessa forma de compreensão do problema, que esta Corte Superior deliberou:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE DE VEÍCULO. RESPONSABILIDADE. INCAPACIDADE PARCIAL. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. RECEBIMENTO DOS VENCIMENTOS PELA ENTIDADE PREVIDENCIÁRIA E MANUTENÇÃO DO CARGO SEM REDUÇÃO DE VENCIMENTOS. PENSÃO. CABIMENTO.

1. O art. 950 do Código Civil não exige que tenha havido também a perda do emprego ou a redução dos rendimentos da vítima para que fique configurado o direito ao recebimento da pensão. O dever de indenizar decorre unicamente da perda da capacidade laboral, que, na hipótese foi expressamente reconhecida pelo acórdão recorrido.

2. A indenização de cunho civil não se confunde com a aquela de natureza previdenciária. Assim, é irrelevante o fato de que o recorrente, durante o período do seu afastamento do trabalho, continuou auferindo renda através do sistema previdenciário dos servidores públicos.

3. A indenização civil, diferentemente da previdenciária, busca o ressarcimento da lesão física causada, não propriamente a mera compensação sob a ótica econômica.

4. A análise da existência do dissídio é inviável, porque não foram cumpridos os requisitos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

5. Recurso Especial provido.” (REsp 1062692/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 11/10/2011, grifou-se)

“Agravamento regimental. Recurso especial não admitido. Indenização. Responsabilidade civil. Contrato de fretamento. Acidente aéreo.

1. O Tribunal de origem expressamente afirmou que a hipótese dos autos não trata de responsabilidade decorrente de acidente de trabalho, não havendo, portanto, a ventilada omissão acerca da “matéria relativa à não cumulação de indenização de direito civil comum com acidentária” (fls. 75).

2. Não havendo a referida omissão, permanece inatacado o fundamento do Acórdão concernente ao trânsito em julgado da decisão que repeliu a prejudicial de decadência.

3. No tocante à legitimidade passiva da agravante, o precedente mencionado no despacho agravado, REsp nº 81.316/RJ, 3ª Turma, de minha relatoria, DJ de 11/6/01, tem perfeita aplicação ao caso presente. Tanto no referido precedente quanto no caso em tela, foi reconhecida a legitimidade passiva da agravante face a existência do contrato de fretamento, estando a empresa afretadora obrigada a reparar o dano no caso de morte decorrente do acidente aéreo em função de os casos tratarem de responsabilidade civil de natureza contratual.

4. Agravamento regimental parcialmente provido apenas para sanar a omissão quanto à alegada ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, mantida, no mais, a decisão agravada.”

(AgRg no Ag 506.096/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2003, DJ 25/08/2003, p. 307, grifou-se)

"RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO. DIREITO COMUM. AUTONOMIA EM RELAÇÃO À PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES. INCAPACIDADE PARA A FUNÇÃO QUE EXERCIA. EMPREGO EM OUTRA COM A MESMA REMUNERAÇÃO. PENSÃO INDEVIDA. CASO CONCRETO. ART. 1.539, CÓDIGO CIVIL. INTERPRETAÇÃO. PRECEDENTE DA TERCEIRA TURMA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - A indenização previdenciária é diversa e independente da contemplada no direito comum, inclusive porque têm elas origens distintas: uma, sustentada pelo direito acidentário; a outra, pelo direito comum, uma não excluindo a outra (enunciado n. 229/STF), podendo, inclusive, cumularem-se.

II- A norma do art. 1.539 do Código Civil traz a presunção de que o

ofendido não conseguirá exercer outro trabalho. Evidenciado que a vítima continuou a trabalhar nesse período, ainda que em atividade distinta, mas com a mesma remuneração, a pensão é descabida, por ausência de prejuízo."

(REsp 235.393/RS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/1999, DJ 28/02/2000, p. 89, grifou-se)

"CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. O empregado que, durante a jornada de trabalho, é transportado na carroçaria de um caminhão, e sofre danos resultantes de acidente de trânsito, pode propor ação visando a respectiva reparação contra o empregador ou contra o proprietário do veículo que o transportava.

Recurso especial conhecido e provido."

(REsp 106.018/GO, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/1998, DJ 01/03/1999, p. 283, grifou-se)

Por sua vez, em sede de Conflito de Competência, o entendimento não foi diferente:

"AGRAVO INTERNO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CAUSA DE PEDIR SEM LIGAÇÃO COM A RELAÇÃO DE TRABALHO MANTIDA ENTRE A VÍTIMA E TERCEIRO. ACIDENTE EM EQUIPAMENTO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO CONCESSIONÁRIO DO SERVIÇO. ACIDENTE DE TRABALHO NÃO ALEGADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A causa de pedir deduzida pelo autor não guarda pertinência com a relação de trabalho, mantida com pessoa jurídica diversa e que nem sequer foi arrolada no polo passivo da demanda, relacionando-se, na verdade, à reparação de danos materiais e morais decorrentes de acidente provocado pela má conservação de equipamento público e sob a alegação da responsabilidade objetiva que impera no seio da prestação de serviço público, não obstante ser evidente que o sinistro, em outra esfera, também caracterize acidente de trabalho, não alegado na hipótese.

2. Ausente, na espécie, discussão sobre obrigações decorrentes da relação de trabalho, ou pedidos afins, não se verifica a competência especializada da Justiça do Trabalho.

3. Agravo interno ao qual se nega provimento."

(AgInt no CC 156.615/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO -, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/05/2018, DJe de 1º/06/2018 - grifou-se)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO E ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CAUSA DE PEDIR PRÓXIMA. FUNDAMENTO EXCLUSIVO NO CÓDIGO CIVIL. LIDE DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.

1. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito ocorrido durante o transporte de trabalhadores, na hipótese em que a autora postula reparação somente contra a sociedade empresária proprietária do veículo que a transportava para seu local de trabalho, não incluindo no polo passivo da demanda a empregadora.

2. Na hipótese, o acidente de trabalho não é a causa de pedir a

fundamentar a demanda indenizatória, circunstância que afasta a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a demanda. Lide de cunho eminentemente civil.

3. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum Estadual.”

(CC 140.154/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/10/2015, DJe de 03/11/2015 - grifou-se)

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. CAUSA DE PEDIR. ACIDENTE DE TRÂNSITO SEM LIGAÇÃO COM A RELAÇÃO DE TRABALHO MANTIDA ENTRE A VÍTIMA E A SOCIEDADE RÉ. ACIDENTE DE TRABALHO NÃO ALEGADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL.

1. A pretensão indenizatória deduzida na presente ação, proposta pelo genitor da vítima fatal de acidente de trânsito, deriva de responsabilidade civil comum, e não da relação de trabalho havida entre o falecido e a também empregadora do agente causador do dano. A análise da dinâmica do sinistro descrita na inicial permite concluir que a vítima não estava a trabalho, que a motocicleta por ela usada não era da empresa, e que não estava em trânsito para o trabalho ou dele regressando.

2. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar a pretensão

indenizatória deduzida, pois, embora seja incontestável a existência de relação de trabalho entre a vítima e a sociedade empresária empregadora do causador do acidente, a lide não tem causa de pedir e pedido fundados na relação de emprego ou em acidente de trabalho.

3. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum Estadual.”

(CC 133.668/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/06/2015, DJe de 03/08/2015 - grifou-se)

Ante o exposto, dou provimento ao agravo interno para conhecer do agravo a fim de negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.757.352 - SC (2018/0198602-8)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: SIGMUNDO PERNLOCHNER

RECORRENTE: LAURITA PERNLOCHNER

RECORRENTE: ROSA MARIA PERNLOCHNER

RECORRENTE: PAUL PERNLOCHNER

RECORRENTE: ROSA PERNLOCHNER

RECORRENTE: HILDEGART ALTENBURGER PERNLOCHNER

RECORRENTE: JOSE PERNLOCHNER

ADVOGADOS: JAIR DAL RI E OUTRO(S) - SC012533

ROSANI DETKE DAL RI - SC017295

RECORRIDO: ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADORES : CÉLIA IRACI DA CUNHA E OUTRO(S) - SC022774

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES.: COLEGIO NACIONAL DE PROCURADORIAS-GERAIS DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL - "AMICUS CURIAE"

PROCURADOR: ERFEN JOSÉ RIBEIRO SANTOS - ES004150

PROCURADORES

PROCURADORES: VANESSA SARAIVA DE ABREU - MG064559

SÉRGIO AUGUSTO SANTANA SILVA - PE015836

CESAR AUGUSTO BINDER - PR020838

LUIZ PAULO ROMANO - DF014303

DANIELA ALLAM GIACOMET - DF014740

RICARDO ANTÔNIO REZENDE DE JESUS - DF017303

PROCURADORA : MÁRCIA MARIA MACÊDO FRANCO - PI002802

PROCURADORES

PROCURADORES: MIRELLA MARQUES TRIGO DE LOUREIRO - DF014646

DAVI MACHADO EVANGELISTA - DF018081
FREDERICO CEZAR ABINADER DUTRA - DF018487
RICARDO DE LIMA SÉLLOS - MA008386
CRISTIANA DE SANTIS M. DE FARIAS MELLO - DF020527
ANDRE LUIS SANTOS MEIRA - DF025297
ULISSES SCHWARZ VIANA - DF030991
EDER LUIZ GUARNIERI - RO000398B TANUS SALIM - RS080325
GENTIL FERREIRA DE SOUZA NETO - DF040008
LUCAS SCHWINDEN DALLAMICO - MT016309B
FRANCISCO ARMANDO DE FIGUEIRÊDO MELO - AC002812
DANIEL HENRIQUE FERREIRA TOLENTINO - SP329021
MELISSA ANDREA LINS PELIZ - GO019366
VIVIANE RUFFEIL TEIXEIRA PEREIRA - DF053464
RODRIGO TAVARES DE ABREU LIMA - RN015421B
LUDIANA CARLA BRAGA FAÇANHA - CE016003
MARCELO DE SA MENDES - DF043889

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da CF) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que manteve a sentença que reconheceu a prescrição da pretensão indenizatória por desapropriação indireta, ajuizada contra o Departamento Estadual de Infraestrutura de Santa Catarina - Deinfra, em virtude da implantação de rodovia sobre parte de seu imóvel, com base no prazo decenal previsto no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil.

Mister transcrever a ementa do retromencionado acórdão:

AGRAVO RETIDO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI AUSÊNCIA DE EXPRESSO PEDIDO PARA APRECIÇÃO DO RECLAMO. ART. 523, § 1º, DO ANTIGO CPC. INSURGÊNCIA NÃO CONHECIDA. APELO DOS AUTORES.

EXPROPRIAÇÃO OCORRIDA EM 1994. EXPEDIÇÃO DO DECRETO Nº 2.892/98, QUE INTERROMPEU O PRAZO PRESCRICIONAL DE 20 ANOS. ENUNCIADO Nº 119 DA SÚMULA DO STJ. REGRA DE TRANSIÇÃO ESTATUÍDA NO ART. 2.028 DO CC/02. INEXISTÊNCIA DE TRANSCURSO DE MAIS DA METADE DO TEMPO ESTABELECIDO NA LEI REVOGADA. APLICAÇÃO DO LAPSO TEMPORAL DO NOVO CÓDIGO. PRAZO DECENAL. EXEGESE DO § ÚNICO DO ART. 1.238 DA LEI Nº 10.406/02. FLUÊNCIA A PARTIR DA DATA DE VIGÊNCIA DESTA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA.

ALEGAÇÃO DE QUE NÃO SE APLICA O PRAZO DECENAL ÀS ÁREAS LOCALIZADAS ALÉM DA FAIXA DE DOMÍNIO FIXADA NO ALUDIDO DECRETO. INSUBSISTÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Embargos de Declaração não apresentados.

A parte recorrente, nas razões do Recurso Especial, sustenta que ocorreu, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 1.238, caput, do CC, requerendo, em suma:

Uma vez admitido o recurso, e, sendo decido que é de 15 anos o prazo para propor ação por desapropriação indireta na vigência do CC/2002, o Recurso Especial deve ser provido para anular o acórdão e a sentença, pois a prescrição no presente caso irá correr somente em 10.01.2018 (10.01.2003 + 15 anos = 10.01.2018), ou seja, restará provado que o início da construção da rodovia no ano de 1995 e, considerando que o Decreto Executivo n.º 2.892 em 18 de maio de 1998 interrompeu a prescrição e que entre esta data a vigência do Código Civil havia transcorrido menos da metade do prazo prescricional anterior que era de 20 anos, aplica-se, a partir deste ordenamento jurídico (11/01/2003) o novo prazo, que é de 15 anos, pelo que a prescrição não ocorreu, pois a ação foi ajuizada no dia 27/02/2013.

Em face do exposto, requerem:

- 5.1. seja admitido o recurso com fundamento no art. 105, inciso III, alínea “a” e “c”, da Constituição Federal;
- 5.2. provido o recurso para anular o acórdão e a sentença, retornando a origem para complementação do laudo pericial.

Em contrarrazões, o Departamento Estadual de Infraestrutura – Deinfra sustenta que é necessário o reexame fático-probatório para a reforma do aresto, vedado pela Súmula 7/STJ; o acórdão está harmônico com a jurisprudência, haja vista ser decenal o prazo de prescrição para ajuizamento de Ações de Desapropriação Indireta, incidindo a regra de transição do art. 2.028 do CC; não houve indicação de dispositivo legal violado, nem se demonstrou o dissídio jurisprudencial, atraindo a Súmula 284/STF; e a prescrição é decenal, tendo sido interrompida pelo Decreto Estadual 4.012/1993 (fls. 259-268).

O recurso foi admitido na origem como representativo de controvérsia e, no STJ, submetido ao Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, que decidiu estarem preenchidos os requisitos formais previstos no art. 256 do RI/STJ e determinou a distribuição do processo (fls. 316-319).

Parecer do MPF às fls. 325-329, com a seguinte conclusão:

Ante o exposto, opino pela admissão do recurso especial como representativo de controvérsia.

Acórdão da Primeira Seção do STJ que afetou o processo ao rito dos recursos repetitivos (RISTJ), art. 257-C) e, por unanimidade, suspendeu a tramitação de processos em todo o território nacional, inclusive dos que tramitem nos juizados especiais. Cita-se sua ementa:

RECURSOS ESPECIAIS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA. RITO DOS ARTIGOS 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015. RESP 1.757.385/SC E RESP 1.757.352/SC. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. IMÓVEL LOCALIZADO EM FAIXA DE DOMÍNIO DE RODOVIA. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA E REALIZAÇÃO DE OBRAS NO LOCAL. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRAZO DE 15 ANOS PREVISTO NO CAPUT DO ART. 1.238 DO CC OU DE 10 ANOS DO SEU PARÁGRAFO ÚNICO. APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA DE AFETAÇÃO À PRIMEIRA SEÇÃO. ADMISSÃO.

1. Admitida a afetação com a seguinte delimitação da tese controvertida: “Definição do prazo prescricional aplicável à desapropriação indireta na hipótese em que o Poder Público tenha realizado obras no local ou atribuído natureza de utilidade pública ou de interesse social ao imóvel, se de 15 anos, previsto no caput do art. 1.238 do CC, ou de 10 anos, nos termos do parágrafo único”.
2. Recursos Especiais submetidos ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC.

Parecer do MPF:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PETICIONAMENTO POR REMESSA POSTAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DATA DA POSTAGEM. INSUFICIÊNCIA DA DATA DO CARIMBO POSTAL PARA ESSE FIM. INTEMPESTIVIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. ART. 255, § 2º, DO RISTJ. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. PRAZO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DO EXPROPRIADO. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: “DEFINIÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL À DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA NA HIPÓTESE EM QUE O PODER PÚBLICO TENHA REALIZADO OBRAS NO LOCAL OU ATRIBUÍDO NATUREZA DE UTILIDADE PÚBLICA OU DE INTERESSE SOCIAL AO IMÓVEL, SE DE 15 ANOS, PREVISTO NO CAPUT DO ART.

1.238 DO CC, OU DE 10 ANOS, NOS TERMOS DO PARÁGRAFO ÚNICO”. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. ART. 1238 DO CC/2002. REGRA GERAL DO CAPUT. PRAZO DECENAL. REGRA ESPECIAL DO PARÁGRAFO ÚNICO. REALIZAÇÃO DE OBRAS OU SERVIÇOS DE CARÁTER PRODUTIVO. ART. 5º DO DECRETO-LEI N. 3.365/1941. UTILIDADE PÚBLICA DA DESAPROPRIAÇÃO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. OBSERVÂNCIA DO PRAZO DECENAL. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL E, CASO O SEJA, PELO SEU NÃO PROVIMENTO.

Manifestação do Estado de Santa Catarina às fls. 407-416.

É o relatório.

1. RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) E DA RESOLUÇÃO STJ 8/2008

O presente Recurso Especial foi selecionado para, nos termos do art. 1.036 do Código de Processo Civil, representar perante o Superior Tribunal de Justiça a controvérsia sobre o prazo de prescrição aplicável à pretensão indenizatória por desapropriação indireta fundada no apossamento administrativo do imóvel para a implantação de equipamentos públicos, como rodovias: se de quinze (15) anos, previsto no art. 1.238, caput, do Código Civil, ou o de dez (10) anos, estabelecido no parágrafo único do dispositivo em alusão.

A matéria está prequestionada, pois o acórdão negou provimento à Apelação do expropriado sob fundamento de que, tendo ocorrido a desapropriação indireta, houve interrupção do lapso prescricional vintenário com a edição do Decreto 2.892/1998, mas, com a entrada em vigor do Código Civil, incidiu a regra de transição prevista no art. 2.028 e, por não ter transcorrido mais da metade do tempo previsto no CC/1916, aplicou-se o art. 1.238, parágrafo único, que prevê o prazo decenal.

A questão é de direito, consiste em definir o prazo de prescrição aplicável à pretensão indenizatória por desapropriação indireta fundada no apossamento administrativo do imóvel para a implantação de equipamentos públicos, como rodovias.

2. PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

A ação de desapropriação indireta possui natureza real e, enquanto não transcorrido o prazo para aquisição da propriedade por usucapião, ante a impossibilidade de reivindicar a coisa, subsiste a pretensão indenizatória em relação ao preço correspondente ao bem objeto do apossamento administrativo.

Convém salientar que a matéria da prescrição em foco é controversa no Superior Tribunal de Justiça.

Não se desconhece que a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, já proferiu posicionamento de que, nas desapropriações indiretas, o prazo de prescrição é de quinze anos, por não se aplicar ao Poder Público a hipótese redutora prevista no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil:

ADMINISTRATIVO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO APELO, APLICANDO O PRAZO DE 10 ANOS DO PARÁG.

ÚNICO DO ART. 1.238/CC. ENTENDIMENTO REAFIRMADO PELA EGRÉGIA 1a. TURMA DE PREVALÊNCIA NAS HIPÓTESES DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA DO PRAZO PRESCRICIONAL DE 15 ANOS DETERMINADO NO CAPUT DO ART. 1.238 DO CC/2002. IMPOSSIBILIDADE DE O REDUTOR PREVISTO PARA FINS DE USUCAPIÃO BENEFICIAR O PODER PÚBLICO NOS CASOS DE DESAPROPRIAÇÃO. NO CASO CONCRETO, A DEMANDA ESTÁ REALMENTE PRESCRITA, PORQUANTO AJUIZADA 19 ANOS APÓS O APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO E, ANTE AS REGRAS DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CC/2002, DEVEM SER APLICADOS, NESTE CASO, OS PRAZOS DA NOVA LEI SUBSTANTIVA. AGRAVO INTERNO DOS PARTICULARES A QUE SE NEGA PROVIMENTO, ALTERANDO-SE A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

1. Esta 1a. Turma do STJ reafirma seu entendimento, obtido por maioria, de que a ação indenizatória por desapropriação indireta prescreve no lapso temporal de 15 anos determinado no caput do art. 1.028 do CC/2002, não se aplicando as exceções do parág. único dirigidas ao particular, para fins de usucapião, nas hipóteses de desapropriação indireta.
2. Entendimento diverso conferiria ao Poder Público privilégio que a mens legis direciona apenas e tão somente ao particular, para fins de aquisição da propriedade imobiliária.
3. No caso concreto, a demanda está realmente prescrita, porquanto ajuizada 19 anos após o apossamento administrativo e, ante as regras de transição do art. 2.028 do CC/2002, devem ser aplicados, neste caso, os prazos da nova Lei Substantiva. Como demonstrou o douto Relator, o apossamento administrativo se deu em 1995 e a ação somente foi proposta em 2014.
4. Agravo Interno dos particulares a que se nega provimento, alterando- se, porém a fundamentação da decisão agravada.

(AgInt no REsp 1.553.477/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 13/6/2017)

No mesmo sentido, mencionam-se as seguintes decisões: AgInt no REsp 1.575.846/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 5/10/2017; e AgInt no REsp 1.548.180/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 3/10/2017.

Todavia, esse posicionamento não é unânime na Primeira Turma, haja vista a existência de alguns julgados dissonantes no próprio colegiado.

A propósito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CC/2002. INCIDÊNCIA. PRAZO DECENAL. TERMO INICIAL. ENTRADA DO NOVO CÓDIGO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, à luz do disposto no art. 550 do Código Civil de 1916, firmou o entendimento de que a ação de indenização por apossamento administrativo, sujeita-se ao prazo prescricional de vinte anos e não àquele previsto no Decreto-Lei n. 20.910/1932 (Súmula 119 do STJ), devendo-se observar, após a edição do Código Civil de 2002, os prazos previstos no seu art. 1.238, bem como as regras de transição do art. 2.028 do mesmo diploma legal.
2. Na desapropriação indireta pressupõe-se que o Poder Público tenha realizado obras no local ou tenha

dado ao imóvel uma utilidade pública ou de interesse social, de sorte que o prazo aplicável é o do parágrafo único do art.

1.238 do Código Civil, vale dizer, 10 anos (dez anos).

3. A diminuição do lapso prescricional justifica-se, nessas hipóteses, em face do atendimento do princípio constitucional da função social da propriedade por parte daquele que torna um bem mais útil à coletividade.

4. Hipótese em que o desapossamento ocorreu em 1995 (data da edição do Decreto expropriatório n. 418/95) e, sendo a ação proposta em 29/04/2014, após o transcurso dos 10 (dez) anos da vigência do atual Código, configurou-se a prescrição.

5. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1.508.606/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 7/8/2017),

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA APÓS O PROCESSO DE INVENTARIANÇA DO DNER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA DNIT. SUCESSOR DA EXTINTA AUTARQUIA. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CC/2002. INCIDÊNCIA. INTERRUPTÃO DO PRAZO. PORTARIA EXPROPRIATÓRIA. ATO INEQUÍVOCO. RECONHECIMENTO DO DOMÍNIO PRIVADO.

1. Proposta a ação de indenização após o término do processo de inventariança do DNER, mostra-se evidente a legitimidade do DNIT para responder à presente demanda, na condição de sucessor da extinta autarquia, em todos os direitos e obrigações, a teor do disposto no art. 79 da Lei n. 10.233/2001, c/c os Decretos n. 4.128/2002 e 4.803/2003.

2. O Superior Tribunal de Justiça, à luz do disposto no art. 550 do Código Civil de 1916, firmou o entendimento de que a ação de indenização por apossamento administrativo, sujeita-se ao prazo prescricional de vinte anos e não àquele previsto no Decreto-Lei n. 20.910/1932 (Súmula 119 do STJ), devendo-se observar, após a edição do Código Civil de 2002, o prazo previsto no seu art. 1.238, bem como as regras de transição do art. 2.028 do mesmo diploma legal.

3. Na desapropriação indireta pressupõe-se que o Poder Público tenha realizado obras no local ou tenha dado ao imóvel uma utilidade pública ou de interesse social, de sorte que o prazo aplicável é o do parágrafo único do art.

1.238 do Código Civil, vale dizer, 10 anos (dez anos).

4. Hipótese em que a portaria expropriatória (Portaria n. 067/DES de 30/03/1983), editada posteriormente à data do apossamento administrativo (02/12/1974), interrompeu o prazo prescricional da pretensão autoral, por revelar ato inequívoco de reconhecimento, por parte da Administração Pública, da titularidade do domínio da propriedade e, por conseguinte, do direito à indenização.

5. Não se pode admitir a fluência do prazo prescricional durante o procedimento administrativo, protocolado em 23/8/1976, sem a comprovação de seu encerramento, sob pena de beneficiar o órgão público pela demora a que deu causa, considerando-se sobretudo a informação do Tribunal de origem de que “o último ato praticado no processo data de 20/04/2001 e não é conclusivo: determina a instrução do feito”.

6. Transcorrido menos da metade do tempo estabelecido no Código Civil de 1916, considerando-se o referido marco interruptivo e a paralização do processo administrativo, aplica-se à espécie o novo prazo prescricional definido no atual Código Civil, contado a partir de sua entrada em vigor (11/01/2003).

7. Sendo a ação proposta em 14/03/2010, antes do transcurso de 10 (dez) anos da vigência do novo Código Civil, não se configurou a prescrição do direito de ação, mesmo que se leve em conta o último ato praticado no processo administrativo (20/04/2001) como marco interruptivo do lapso prescricional.

8. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.449.916/PB, Primeira Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe de 19/4/2017)

Em contrapartida, a Segunda Turma do STJ posiciona-se pela incidência da hipótese redutora prevista no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil nos casos de desapropriação indireta, considerando, portanto, a prescrição decenal.

Com razão o presente entendimento. Nesse diapasão, mister aprofundar os fundamentos dessa posição.

3. DEFINIÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL À DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA NA HIPÓTESE EM QUE O PODER PÚBLICO TENHA REALIZADO OBRAS NO LOCAL OU ATRIBUÍDO NATUREZA DE UTILIDADE PÚBLICA OU DE INTERESSE SOCIAL AO IMÓVEL

Deveras, ante a ausência de normas expressas que regulassem o prazo prescricional das ações de desapropriação indireta, o Superior Tribunal de Justiça, à luz do disposto no art. 550 do Código Civil de 1916, firmou o entendimento de que a ação de indenização por apossamento administrativo, por possuir natureza real e não pessoal, sujeita-se ao prazo prescricional de 20 anos, e não àquele previsto no Decreto-Lei 20.910/1932 (Súmula 119 do STJ: “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos”).

Para adotar tal entendimento, este Sodalício observou o prazo então previsto no art. 550 do CC/1916, relativo ao usucapião extraordinário:

Art. 550. Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu. um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio independentemente de tício de boa fé que. em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis.

Partiu-se da premissa de que a Ação Expropriatória Indireta possui natureza real e, enquanto não transcorrido o prazo para aquisição da propriedade por usucapião, subsistiria a pretensão de reivindicar o correspondente preço do bem objeto do apossamento administrativo.

As razões para a fixação do prazo prescricional no tocante à Ação de Desapropriação indireta permanecem válidas. O Código Civil de 2002, contudo, reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 15 anos (art. 1.238, caput) e previu a possibilidade de aplicação do prazo de 10 anos (art. 1.238,

parágrafo único) nos casos em que o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu único imóvel adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Logo, deve-se perquirir se a hipótese de desapropriação de que cuidam os autos aplica-se à regra especial, ou seja, se implica realização de obras ou serviços de caráter produtivo (já que incogitável a hipótese de estabelecimento de moradia habitual no imóvel possuído).

Quanto a essa questão, assim dispõe o art. 5º do Decreto-Lei 3.365/1941:

Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico;
- m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios; aeronaves;

- n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para
- o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p) os demais casos previstos por leis especiais.

As hipóteses legais de desapropriação por utilidade pública indicam que a posse havida pela Administração Pública tem por fim a realização de obras ou serviços de caráter produtivo, razão pela qual aplicável o prazo prescricional decenal, previsto na regra especial do parágrafo único do art. 1.238 do CC/2002.

Dessa forma, tendo em vista que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública ou do interesse social com fundamento no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às Expropriatórias Indiretas passou a ser de 10 (dez anos).

Na verdade, a diminuição do prazo da prescrição justifica-se pelo atendimento da função social da propriedade por parte daquele que torna um bem mais útil à coletividade.

Ressalte-se que se devem, a partir de então, observar as regras de transição previstas no Codex (art. 2.028: “serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”), adotando-o nas expropriatórias indiretas. Precedentes: REsp 1.300.442/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/6/2013; REsp 944.351/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15/4/2013.

A prescrição decenal é questionada em alguns julgados da Primeira Turma, sob o argumento de que, por se tratar de uma regra extraordinária, deve ser interpretada de forma restrita, aplicando-se, portanto, apenas em favor de particulares.

A solução da controvérsia deve ser encontrada na técnica hermenêutica.

Veja-se que tanto o caput quanto o parágrafo único não são voltados à Administração Pública, porquanto presentes dentro do Código Civil e, dessarte, regulam ambos as relações entre particulares, tão somente. Em qualquer uma das hipóteses, vale-se o intérprete da analogia.

Com efeito, o mesmo fundamento que afastaria a aplicação do parágrafo único (ou seja, de que a regra é exclusiva para particulares) serviria a afastar o regramento da usucapião extraordinária, prevista no caput. Logo, nessa linha de raciocínio, também não poderia ser aplicado o prazo de 15 anos à Administração Pública. Hipótese descartada, como já visto, considerando que o STJ já decidiu pela aplicação do CC à presente questão.

Para corroborar a prescrição decenal nessas situações, trazem-se os seguintes precedentes do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO

ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, C/C ART. 2.028 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 31/05/2017, que, por sua vez, julgou recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, aplicando prazo prescricional de dez anos, reconheceu a prescrição do direito de ação, na qual os agravantes postulam a condenação do agravado ao pagamento de indenização, pela desapropriação indireta de imóvel de sua propriedade.

III. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública/interesse social, com base no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriatórias indiretas passou a ser de 10 (dez anos)”, observada a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil de 2002 (STJ, AgRg no AREsp 815.431/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/02/2016). Nesse sentido: STJ, REsp 1.449.916/PB, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/04/2017; REsp 1.654.965/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/04/2017.

IV. No caso, como o apossamento administrativo ocorreu em 2002 e a presente ação indenizatória somente foi ajuizada em 04/09/2013, não há como afastar a prescrição, reconhecida pelas instâncias ordinárias.

V. Agravo interno improvido”

(Aglnt no AREsp 1.100.607/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 30/6/2017).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. MITIGAÇÃO DA SÚMULA 119/STJ. CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO. ART. 1238. PRECEDENTES.

1. Cuida-se, na origem, de ação de indenização por desapropriação indireta movida contra o ora agravado, em razão da construção da Rodovia SC-496.

2. O Tribunal de origem firmou o seu entendimento embasado em precedentes desta Corte (REsp. 1.300.442/SC e REsp 1.386.164/SC), no sentido de que, nas ações em que se discute indenização por desapropriação indireta, propostas após a vigência do novo Código Civil, em 11/1/2003, deve ser afastada a Súmula 119/STJ, para aplicação do prazo previsto no art. 1.238 do digesto civilista.

3. No presente caso, o apossamento de parte do imóvel pelo Estado ocorreu em 1995, para a construção da rodovia SC-496; assim, em 11/01/2013, quando entrou em vigor o atual Código Civil, não havia decorrido mais da metade do prazo prescricional especificado pelo Código de 1916 (20 anos), razão pela qual se aplica a regra do novo Código, prevista no art. 1.238, que estipulou o prazo de 10 (dez) anos para aquisição de imóvel em que o possuidor houver realizado obras. Dessarte, está prescrita a pretensão autoral, porquanto o prazo prescricional perfectibilizou-se em 11/1/2013, e a demanda somente foi proposta em 30/04/2014, como consignado no acórdão recorrido. Agravo regimental improvido

(AgRg no REsp 1.514.179/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 2/2/2016).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. MITIGAÇÃO DA SÚMULA 119/STJ. CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO. ART. 1.238. PRESCRIÇÃO DECENAL. TERMO INICIAL. ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO. SÚMULA 83/STJ.

1. O Código Civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 15 anos (art. 1.238, caput) e previu a possibilidade de aplicação do prazo de 10 (dez anos) nos casos em que o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo.
2. Considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública/interesse social, com base no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriações indiretas passou a ser de 10 (dez anos).
3. No caso dos autos, como não decorreu mais da metade do prazo vintenário do Código revogado, consoante a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/2002, incide o prazo decenal do atual Código, contado a partir de sua entrada em vigor (11.1.2003). Assim, tendo em vista que a ação foi proposta em 19/09/2011, antes do transcurso de 10 (dez) anos da vigência do novo Código Civil, não se configurou a prescrição.

Agravo regimental improvido

(AgRg no AREsp 815.431/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 11/2/2016).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 2.028 DO CC/2002. INCIDÊNCIA. PRAZO DECENAL. TERMO INICIAL. ENTRADA DO NOVO CÓDIGO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, à luz do disposto no art. 550 do Código Civil de 1916, firmou o entendimento de que a ação de indenização por apossamento administrativo, sujeita-se ao prazo prescricional de vinte anos e não àquele previsto no Decreto-Lei n. 20.910/1932 (Súmula 119 do STJ), devendo-se observar, após a edição do Código Civil de 2002, os prazos previstos no seu art. 1.238, bem como as regras de transição do art. 2.028 do mesmo diploma legal.
2. Na desapropriação indireta pressupõe-se que o Poder Público tenha realizado obras no local ou tenha dado ao imóvel uma utilidade pública ou de interesse social, de sorte que o prazo aplicável é o do parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil, vale dizer, 10 anos (dez anos).
3. A diminuição do lapso prescricional justifica-se, nessas hipóteses, em face do atendimento do princípio constitucional da função social da propriedade por parte daquele que toma um bem mais útil à coletividade. I |
4. Hipótese em que o desapossamento ocorreu em 1995 (data da edição do Decreto expropriatório n. 418/95) e, sendo a ação proposta em 29/04/2014, após o transcurso dos 10 (dez) anos da vigência do atual Código, configurou-se a prescrição.
5. Agravo interno desprovido

(AgTnt no REsp 1.508.606/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 7/8/2017).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRAZO PRESCRICIONAL. AÇÃO DE NATUREZA REAL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 119/STJ. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. CÓDIGO CIVIL DE 2002. ART.

1.238, PARÁGRAFO ÚNICO. PRESCRIÇÃO DECENAL. REDUÇÃO DO PRAZO. ART. 2.028 DO CC/02. REGRA DE TRANSIÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 27, §§ 1º E 3º, DO DL 3.365/1941.

1. A ação de desapropriação indireta possui natureza real e, enquanto não transcorrido o prazo para aquisição da propriedade por usucapião, ante a impossibilidade de reivindicar a coisa, subsiste a pretensão indenizatória em relação ao preço correspondente ao bem objeto do apossamento administrativo.

2. Com fundamento no art. 550 do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que 'a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos' (Súmula 119/STJ).
3. O Código Civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 10 anos (art. 1.238, parágrafo único), na hipótese de realização de obras ou serviços de caráter produtivo no imóvel, devendo-se, a partir de então, observadas as regras de transição previstas no Codex (art. 2.028), adotá-lo nas expropriatórias indiretas.
4. Especificamente no caso dos autos, considerando que o lustro prescricional foi interrompido em 13.5.1994, com a publicação do Decreto expropriatório, e que não decorreu mais da metade do prazo vintenário previsto no código revogado, consoante a disposição do art. 2.028 do CC/02, incide o prazo decenal a partir da entrada em vigor do novel Código Civil (11.1.2003).
5. Assim, levando-se em conta que a ação foi proposta em dezembro de 2008, antes do transcurso dos 10 (dez) anos da vigência do atual Código, não se configurou a prescrição.
6. Os limites percentuais estabelecidos no art. 27, §§ 1º e 3º, do DL 3.365/1941, relativos aos honorários advocatícios, aplicam-se às desapropriações indiretas. Precedentes do STJ.
7. Verba honorária minorada para 5% do valor da condenação.
8. Recurso Especial parcialmente provido, apenas para redução dos honorários advocatícios. (REsp 1.300.442/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/6/2013).

RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. DIREITO REAL. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SÚMULA 119/STJ. CÓDIGO CIVIL DE 2002. ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO. PRESCRIÇÃO DECENAL. REDUÇÃO DO PRAZO. REGRA DE TRANSIÇÃO.

1. Descabida a tese de que o prazo prescricional teria início na data do decreto expropriatório, pois não se trata de desapropriação direta, mas indireta. Isso porque apesar de ter sido inicialmente observado o processo de desapropriação, a indenização não foi paga, nos termos do pactuado entre expropriante e expropriado, de modo que o acordo não se aperfeiçoou assim como a desapropriação direta que se convolveu em indireta.
2. O prazo de cinco anos de que trata o art. 1º do Decreto 3.365/1941 dirige-se ao expropriante, cabendo a ele ajuizar a ação ou efetivar acordo dentro do prazo quinquenal, o que não se confunde com o prazo de que dispõe o expropriado para intentar ação de desapropriação indireta.
3. Com fundamento no art. 550 do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que 'a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos' (Súmula 119/STJ).
4. O Código Civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 10 (dez) anos (art. 1.238, parágrafo único), devendo-se, a partir de então, observar as regras de transição previstas no Codex (art. 2.028), adotando-o nas expropriatórias indiretas. Precedentes: REsp 1.300.442/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/6/2013; REsp 944.351/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15/4/2013.
5. Especificamente na hipótese dos autos, levando-se em conta que o recorrente o está na posse do imóvel desde desde 9.3.1998 e que não decorreu mais da metade do prazo vintenário do código revogado, consoante a regra de transição prevista no art. 2.028 do CC/02, incide o prazo decenal do atual Codex, a partir de sua entrada em vigor 11.1.2003.
6. Assim, tendo em vista que a ação foi proposta em 26.2.2010, consoante consta do acórdão recorrido, antes do transcurso de 10 (dez) anos da vigência do Código Civil de 2002, não se configurou a prescrição.
7. Recurso Especial não provido

(REsp 1.654.965/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/4/2017).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRESCRIÇÃO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SÚMULA 119/STJ. CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRESCRIÇÃO DECENAL. REDUÇÃO DO PRAZO. REGRA DE TRANSIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 2.028 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

I - Com fundamento no art. 550 do Código Civil de 1916, o STJ firmou a orientação de que “a ação de desapropriação indireta prescreve em 20 anos”. Enunciado n. 119 da Súmula do STJ.

II - Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública/interesse social, com base no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriatórias indiretas passou a ser de 10 (dez anos)”, observada a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil de 2002 (STJ, AgRg no AREsp 815.431/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/02/2016). Nesse sentido: STJ, REsp 1.449.916/PB, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 19/04/2017; REsp 1.654.965/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/04/2017; AgInt no AREsp 1100607/SC, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017).

III - Especificamente no caso dos autos, considerando que o prazo prescricional foi interrompido em setembro de 1999, com a publicação do Decreto expropriatório, e que não decorreu mais da metade do prazo vintenário previsto no Código revogado, consoante a disposição do art. 2.028 do CC/2002, incide o prazo decenal a partir da entrada em vigor do novel Código Civil (11.1.2003). Assim, tendo em vista que a ação foi proposta em 16.7.2012, antes do transcurso de 10 (dez) anos da vigência do novel Código Civil, não se configurou a prescrição.

IV - Agravo interno improvido.

AgInt no AREsp 973.683/RS, Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 28/8/2017.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRAZO PRESCRICIONAL. REALIZAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE CARÁTER PRODUTIVO. PRAZO DECENAL.

1. Na hipótese de desapropriação indireta na qual a Administração realizou obras e serviços de caráter produtivo, a jurisprudência desta Corte Superior estabelece ser de 10 (dez) anos o prazo prescricional da pretensão indenizatória, na forma do art. 1.238, parágrafo único, do CC.

2. Descabe o exame, em sede de agravo regimental, de matéria não trazida oportunamente nas razões do recurso especial, constituindo inovação recursal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.536.890/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 18/11/2015).

Na mesma linha, citam-se os seguintes julgados: AgInt no REsp 1.712.697/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/6/2018; REsp 1.449.916/PB, Primeira Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 19/4/2017; REsp 944.351/PI, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15/4/2013; AgRg no REsp 1.568.828/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda

Turma, DJe 18/2/2016; REsp 1.386.164/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 3/10/2013; REsp 1.699.652/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 6/3/2018; REsp 1.185.335/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 3/4/2018; AREsp 1.074.604, Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 11/4/2017; AREsp 855.977, Ministro Mauro Campbell Marques; DJ 15/3/2016.

Destaque-se que a divergência foi recentemente solucionada na Primeira Seção, fixando-se o prazo de 10 anos.

Cita-se sua ementa:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. INDIRETA. NATUREZA. AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DIREITO REAL. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO PRAZO DE USUCAPÍAO. REGRA. PRAZO DECENAL. CONSTRUÇÃO DE OBRAS OU IMPLANTAÇÃO DE SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA OU INTERESSE SOCIAL. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE PROVA EM SENTIDO CONTRÁRIO. PRAZO DE QUINZE ANOS. EXCEÇÃO.

1. Conforme a jurisprudência, é irrelevante para o conhecimento dos embargos de divergência o fato de não estar o acórdão paradigma transitado em julgado.
2. A divergência entre os órgãos fracionários deste Colegiado é evidente. Para a Primeira Turma, o prazo é de 15 anos, na medida em que o parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil destina-se especificamente a regular os direitos do posseiro particular que ocupa o imóvel para uso residencial ou produtivo. Para a Segunda Turma, o prazo de 10 anos de referido dispositivo é plenamente aplicável à desapropriação indireta, por presumir-se a implementação pelo Poder Público de obras ou serviços de utilidade pública ou interesse social.
3. O conceito de desapropriação indireta retrata situação fática em que a Administração, sem qualquer título legítimo, ocupa indevidamente a propriedade privada. Incorporado de forma irreversível e plena o bem particular ao patrimônio público, resta ao esbulhado apenas a ação indenizatória por desapropriação indireta.
4. A jurisprudência conferiu a essa ação indenizatória caráter de direito real, equiparando seu prazo prescricional ao da ocorrência de usucapião em favor do ente público.
5. A adoção das regras de Direito Privado decorre unicamente de construção jurisprudencial. Para aplicação ao Direito Administrativo de normas do Código Civil de 2002 destinadas a regular relações estritamente particulares, é preciso interpretá-las de forma temperada. No caso da desapropriação indireta, inexistente sequer norma positiva no Direito Administrativo, não podendo se exigir da lei civil essa disposição.
6. Todo o sentido do Código Civil é pela ponderação entre os direitos de propriedade do particular e o interesse coletivo. No equilíbrio entre eles, está a função social da propriedade. Assim, plenamente aplicável o parágrafo único às hipóteses de desapropriação indireta, por presunção de haver o Estado implantado obras ou serviços de caráter social ou utilidade pública.
7. A presunção é relativa, podendo ser afastada pela demonstração efetiva de inexistência de referidas obras ou serviços.
8. Em regra, portanto, o prazo prescricional das ações indenizatórias por desapropriação indireta é decenal. Admite-se, excepcionalmente, o prazo prescricional de 15 anos, caso concreta e devidamente afastada a presunção legal.

9. No caso dos autos, o acórdão da origem demonstra tratar-se de desapropriação indireta pela construção de rodovia, hipótese de incidência da regra geral. A obra foi realizada em 1976. O decreto de utilidade pública editado em 1994 interrompeu a prescrição.

Aplicando-se a regra de transição do Código Civil de 2002, o prazo prescricional de 10 anos teve início em 11/1/2003. Tendo a presente ação sido ajuizada em agosto de 2013, é forçoso o reconhecimento da prescrição.

10. Embargos de divergência providos.

(REsp 1.575.846/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 30/9/2019).

Em conclusão, a Corte Especial, recentemente, em Embargos de Divergência, pacificou a presente questão, adotando a prescrição decenal, entendimento esse a ser seguido no Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS EM CONFRONTO. SÚMULA 168 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

I - Trata-se de agravo interno interposto contra decisão monocrática de indeferimento liminar dos embargos de divergência, diante da ausência de similitude fática entre o acórdão embargado e o julgado paradigma e incidência da súmula 168 do STJ.

II - A ausência de similitude fática impede o comparativo entre acórdão embargado e paradigma de modo a obstar a configuração do dissídio jurisprudencial supostamente alegado pela parte.

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, “considerando que a desapropriação indireta pressupõe a realização de obras pelo Poder Público ou sua destinação em função da utilidade pública/interesse social, com base no atual Código Civil, o prazo prescricional aplicável às expropriatórias indiretas passou a ser de 10 (dez anos)”, observada a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil de 2002. Precedentes.

IV - Incidência, in casu, da súmula 168/STJ, que preconiza não caber “embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EAREsp 815.431/RS, Ministro Felix Fischer, Corte Especial, DJe 27/10/2017).

4. RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

Dessume-se dos autos que os ora recorrentes propuseram Ação de Indenização por desapropriação indireta contra o Departamento de Infraestrutura de Santa Catarina – Deinfra, em que requereram fosse condenado o réu a pagar a indenização decorrente da desapropriação indireta do imóvel de propriedade dos autores, em valor a ser apurado pela perícia, corrigido monetariamente a partir do laudo pericial e acrescido de juros compensatórios a partir do apossamento administrativo,

e moratórios a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, além de honorários advocatícios e demais ônus de sucumbência.

O Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Joaçaba acolheu a preliminar arguida pelo ente público de prescrição da pretensão autoral e julgou improcedente a demanda. Foram interpostos recurso de Apelação, pelos autores, e de Agravo Retido, por parte do Deinfra. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não conheceu do Agravo Retido e negou provimento ao Apelo.

No que diz respeito à tempestividade, o acórdão foi disponibilizado no DJe em 12/9/2017, considerado publicado em 13/9/2017, e o recurso foi postado em 3/10/2017, dentro do prazo de 15 dias úteis, nos termos do art. 1.003, § 4º, do CPC, que estabelece que deve ser contado da data da postagem – fls. 251.

Acerca da admissibilidade do recurso pela alínea “c” do permissivo constitucional, os recorrentes não se desincumbiram das exigências veiculadas pelos artigos 1.029, § 1º, do CPC/15 e 255, § 1º, “a”, e § 2º, do RI/STJ, porquanto deixaram de realizar o devido cotejo analítico entre os paradigmas e a fundamentação do aresto combatido; todavia, preenchem os requisitos de admissibilidade acerca do art. 1.238, caput, do CC.

Assim, o Tribunal de origem consignou no voto condutor que a prescrição está configurada porque iniciado o prazo em 12/1/2003, data de entrada em vigor do CC, o prazo decenal finalizou em 12/1/2013, e o ajuizamento da ação ocorreu em 6/5/2013 (fls. 199), quando nitidamente já escoado o prazo prescricional de 10 anos.

Dessa feita, não merece reforma o acórdão hostilizado.

Consubstanciado o que previsto na Súmula Administrativa 7/STJ, condena-se a parte recorrente ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor total da verba sucumbencial fixada nas instâncias ordinárias, com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

5. JULGAMENTO SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS

Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese no julgamento deste recurso repetitivo: “O prazo prescricional aplicável à desapropriação indireta, na hipótese em que o Poder Público tenha realizado obras no local ou atribuído natureza de utilidade pública ou de interesse social ao imóvel, é de 10 anos, conforme parágrafo único do art. 1.238 do CC”.

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial, sob o regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e da Resolução 8/2008 do STJ.

É o voto.

RELATOR: MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

AGRAVANTE: LUCAS GARCIA (PRESO)

ADVOGADO: EURIDES DOS SANTOS - SC009493

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA IMPETRADO:
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Cuida-se de agravo regimental interposto por LUCAS GARCIA contra decisão monocrática de minha lavra que não conheceu do habeas corpus impetrado em seu favor, em 15/05/2020, e por meio do qual impugnava a suspensão temporária de trabalho externo em virtude da pandemia e pedia a concessão de prisão domiciliar, com direito ao trabalho externo, ao argumento de que já há casos de confirmação de Covid-19 na penitenciária em que se encontra.

Seu pleito fora indeferido pelo Juízo das Execuções Criminais, em 15/04/2020, e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em acórdão assim ementado:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. ALMEJADA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR, COM FUNDAMENTO NA PANDEMIA CAUSADA PELO VÍRUS “COVID-19” - “CORONAVÍRUS” E RETORNO AO TRABALHO EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NA RECOMENDAÇÃO N. 62/2020, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PACIENTE QUE NÃO SE ENQUADRA NA CATEGORIA DE PESSOAS MAIS SUSCETÍVEIS AO CONTÁGIO (GRUPO DE RISCO). ADEMAIS, DEFICIÊNCIAS DO SISTEMA CARCERÁRIO, PER SI, QUE NÃO AUTORIZAM A REVOGAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA. RÍGIDA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE SE MOSTRA IMPRESCINDÍVEL, A FIM DE GARANTIR A PRESERVAÇÃO DA COLETIVIDADE. RECOMENDAÇÃO DO CNJ QUE NÃO POSSUI CARÁTER VINCULANTE. ADEMAIS, PORTARIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL, QUE DISCIPLINA A SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO TRABALHO EXTERNO, QUE SE ENCONTRA EM CONSONÂNCIA COM AS AÇÕES DO PODER PÚBLICO PARA CONTER O AVANÇO DA PANDEMIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus criminal n. Nº 5009116-04.2020.8.24.0000, Rel. Des. NORIVAL ACÁCIO ANGEL, 2ª Câmara criminal do TJ/SC, unânime, julgado em 12/05/2020)

1 - É inadmissível o manejo do habeas corpus como substitutivo de recurso

2 - A suspensão temporária do trabalho externo no regime semiaberto estabelecida na Portaria n.

7/2020 atende a recomendações oriundas tanto do Poder Executivo (Decreto n. 515, de 17 de março 2020, do Governo do Estado de Santa Catarina, que declara situação de emergência em todo território catarinense e limita o ingresso nas unidades prisionais do Estado às pessoas indispensáveis ao seu funcionamento) quanto do Conselho Nacional de Justiça com o intuito de prevenir a proliferação do contágio pela pandemia de COVID-19.

3 – Considerando que a vedação do ingresso de pessoas nas Unidades Prisionais devido à pandemia visa a proteger, de modo eficiente, a integridade física dos apenados, seria incongruente permitir que os executados deixassem o presídio para realizar trabalho externo e a ele retornassem diariamente, enquanto o restante da população é solicitada a permanecer em isolamento em suas residências.

4 – A recomendação contida na Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. É necessário que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inócua na espécie.

5 – No caso concreto, em que pese o paciente se encontrar em regime semiaberto, com previsão de progressão para agosto deste ano, cometeu crime hediondo (tráfico de drogas) e não está inserido no quadro de risco previsto na Recomendação n. 62/2020 - CNJ, nem em outras normas protetivas contra o novo coronavírus. Ademais, pelo menos até a data da decisão de 1º grau, não havia notícia de contágio do vírus no Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí.

Inconformado, o agravante insiste no seu direito à prisão domiciliar para trabalhar e ir dormir na residência de sua família.

Afirma que já lhe havia sido concedido o direito a saída temporária por 14 (quatorze) dias, sem que o DEAP o tenha liberado. Além disso, não haveria objeção dos Juízos de 1º grau em relação a sua transferência para a Unidade Prisional de Barra Velha.

No entanto, sua transferência ainda não ocorreu, a despeito da recomendação efetuada por este Relator, na decisão que indeferiu a liminar, no sentido de que o magistrado das execuções avaliasse a possibilidade de transferência do apenado.

Pede, assim, seja expedido ofício ao Juízo de 1º grau com a recomendação efetuada por este Relator.

Ao final, pede o provimento do regimental, para que seja determinada sua transferência para a Unidade Prisional de Barra Velha, com urgência, “e se assim não entender, então que seja dado provimento ao presente recurso e concedida a ordem” (e-STJ fl. 497).

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 580.495 - SC (2020/0110658-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Observo, inicialmente, que tem razão o agravante quando afirma não ter sido promovida a comunicação do Juízo de 1º grau sobre a recomendação efetuada por este Relator, na decisão que examinou o pedido de liminar, no sentido de que fosse avaliada a possibilidade de sua transferência para a Unidade Prisional de Barra Velha, tendo em conta a inexistência de objeção dos dois juízos sobre a questão.

Assim sendo, deve a Coordenadoria de Feitos de Direito Penal promover a comunicação da referida decisão ao magistrado de 1º grau.

No mérito, entretanto, em que pesem os judiciosos argumentos postos no agravo regimental, tenho que não tiveram o condão de abalar os fundamentos da decisão monocrática que não conheceu habeas corpus, nos seguintes termos:

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; e STF, HC n. 113.890/SP, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Este é exatamente o caso dos autos, em que a presente impetração faz as vezes de recurso próprio.

Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Do pedido de retorno ao trabalho externo

Sobre o tema, o juízo de 1º grau assim decidiu:

O trabalho externo resta suspenso, por força da Portaria 07/2020.

Ademais, não resta claro se o ramo de atividade do apenado encontra-se não abrangido pelo atual decreto do Governador do Estado.

Por fim, o sair e entrar na unidade importaria em risco a barreira sanitária do estabelecimento, o que por certo não poderia se autorizar.

Ante o exposto, indefiro o pedido. (e-STJ fl. 39)

Por sua vez, o Tribunal de Justiça assim se manifestou sobre o tema:

Verifica-se que a Autoridade Judiciária elucidou, ainda, que as saídas temporárias e as aulas no interior das unidades prisionais foram suspensas, por meio de Portaria daquele Juízo, com vistas de evitar o contágio no interior do ergástulo.

Por esses motivos, não há constrangimento ilegal também no que tange ao indeferimento do trabalho externo, mormente porque a suspensão temporária dos benefícios acima mencionados vem ao encontro das ações adotadas pelo Poder Público, as quais, visando a proteção da saúde da população carcerária, tem admitido a restrição ao direito de visitas ao preso, a prorrogação ou antecipação de outras benesses da execução penal.

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.

Portanto, considerando que a vedação do ingresso de pessoas nas Unidades Prisionais visa proteger, de modo eficiente, a integridade física dos apenados, seria ilógico permitir que estes fossem colocados em liberdade, ainda que temporariamente para trabalhar, com fundamento na pandemia, enquanto o restante da população é solicitada a permanecer em isolamento em suas residências, sobretudo se inexistente qualquer informação sobre eventual disseminação do vírus no interior do ergástulo, consoante mencionado alhures.

Não se desconhece que o trabalho externo constitui meio importante para a ressocialização do apenado. Contudo, diante do cenário de crise atual em que o Brasil se encontra, em razão da pandemia, tem-se que a suspensão temporária deste direito encontra justificativa na proteção de um bem maior, qual seja, a saúde do próprio reeducando e da coletividade.

Demais disso, tem-se que cumpre ao Juízo da Execução Penal, que detém melhores condições de avaliar a situação da Unidade Prisional em que o reeducando está inserido, avaliar a possibilidade de concessão de prisão domiciliar e da concessão/manutenção de outros benefícios, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto. (e-STJ fls. 26/27 - negritei)

Não vislumbro nenhuma ilegalidade nas decisões impugnadas. Com efeito, a suspensão temporária do trabalho externo no regime semiaberto estabelecida na Portaria n. 7/2020 atende a recomendações oriundas tanto do Poder Executivo quanto do Conselho Nacional de Justiça com o intuito de prevenir a proliferação do contágio pela pandemia da COVID-19.

Do pedido de prisão domiciliar fundado na Resolução n. 62/2020 do CNJ

Em relação ao pretendido encarceramento em domicílio, não se desconhece que a Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ, recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus/Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Contudo, isso não implica automática substituição da prisão decorrente da sentença condenatória pela domiciliar. Necessário, a mim parece, que o eventual beneficiário do instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis da COVID-19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, cause mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inócua na espécie.

Veja-se, a propósito, mutatis mutandis, o seguinte aresto:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. SONEGAÇÃO FISCAL, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, RECEPÇÃO QUALIFICADA E LAVAGEM DE CAPITAIS.

OPERAÇÃO REDITUS. PRISÃO PREVENTIVA. DENÚNCIA. APONTADO LÍDER DA ORGANIZAÇÃO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA. DECISÃO PROFERIDA COM OBSERVÂNCIA DO RISTJ E DO CPC. DESCUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO 62 DO CNJ. COVID-19. PRISÃO DOMICILIAR E OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA ADEQUAÇÃO DO RECORRENTE ÀS HIPÓTESES. MATÉRIA QUE PODE SER APRECIADA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU A QUALQUER TEMPO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, NÃO PROVIDO.

1. A prolação de decisão monocrática pelo ministro relator está autorizada não apenas pelo RISTJ mas também pelo CPC. Nada obstante, como é cediço, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal, o qual foi efetivamente utilizado no caso dos autos, com a interposição do presente agravo regimental.
2. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.
3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perflhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.
4. Na hipótese em tela, as instâncias ordinárias destacaram de forma suficiente elementos que demonstram a periculosidade e o risco de reiteração do recorrente e, portanto, a necessidade da segregação como forma de garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.
5. Caso em que a prisão preventiva foi decretada pelo Magistrado de primeiro grau e mantida pelo Tribunal estadual, evidenciado sua condição de chefe de uma organização criminosa voltada para a prática de diversos ilícitos penais contra a Fazenda Pública Estadual, o mercado de combustíveis e consumidores em geral, fato que também o coloca em condição diferenciada em relação aos demais corréus, além de estar foragido, ao que consta.
6. Insta registrar que não merece guarida a alegação de que as eventuais condições subjetivas favoráveis ao recorrente são impeditivas à decretação do cárcere cautelar. Na esteira de entendimento de nossos Tribunais, eventuais circunstâncias pessoais favoráveis aos agentes, ainda que comprovadas, não são suficientes à concessão de liberdade provisória se presentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar.
7. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para acautelar a ordem pública.
8. Constitui indevida inovação recursal a formulação, somente em sede de agravo regimental, do pleito de prisão domiciliar com adoção de outras medidas cautelares (art. 319 do CPP) com argumentação não alegado na inicial do habeas corpus.
9. De todo modo, não se desconhece que a Resolução n. 62, de 18 de março de 2020, do CNJ, recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus / Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo, contudo, isso não implica automática substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Necessário, a mim parece, que o eventual beneficiário do

instituto demonstre: a) sua inequívoca adequação no chamado grupo de vulneráveis do COVID19; b) a impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra; e c) risco real de que o estabelecimento em que se encontra, e que o segrega do convívio social, causa mais risco do que o ambiente em que a sociedade está inserida, inócua na espécie.

10. Tal tema, portanto, não pode ser apreciado pelo STJ pelo presente instrumento e neste momento processual, sem prejuízo de sua apreciação, a qualquer tempo, pelo juízo de primeiro grau.

11. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(AgRg no HC 561.993/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em

28/04/2020, DJe 04/05/2020) – negritei.

Ao indeferir o pedido, o Juízo de execução criminal ressaltou:

É notório que todos os órgãos do Poder Judiciário encontram-se mobilizados no auxílio a não disseminação do vírus, bem como, a proteção a população carcerária, com edição de várias medidas neste fim.

Pontua-se que este juízo, apenas nesta semana, editou cinco Portarias, adequando a realidade da Comarca de Itajaí as diretrizes do Tribunal de Justiça, GMF, CNJ.

Deve-se ressaltar, ademais, que o Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí é um complexo modelo, referência nacional, de modo que as determinações exaradas por este juízo levam em conta este padrão fora da curva dos nossos estabelecimentos, adequando assim as medidas cabíveis a realidade local, como recomendado pelos órgãos superiores.

Esta magistrada está pessoalmente em contato com os diretores do estabelecimento, com atualizações constantes, sobre a possível contaminação no estabelecimento, não tendo até o momento qualquer indício de que tenha ocorrido.

Pondere-se por exemplo que a decisão é dada a nível nacional e “considera a precária e desumana situação dos presídios”, o que não é o caso do Complexo do Vale do Itajaí como já referenciado.

Por fim, a decisão do STF, contendo recomendações, já foi revogada pelo plenário.

Assim, mesmo em frente à suposição de pertencer a grupo de risco, fato é que este fator só é preponderante se: a) existissem focos da doença dentro do sistema; b) o apenado estivesse contaminado; c) o estabelecimento na hipótese de contaminação não tivesse condição de dispender os cuidados médicos necessários.

Nenhuma das hipóteses acima encontra-se presente, já que não há qualquer indício de infecção do corona vírus junto aos estabelecimentos penais do CPVI; (...) Ante todo o exposto:

A) (...).

B) INDEFIRO o pedido de antecipação ao regime aberto, bem como de concessão de prisão domiciliar. (e-STJ fls. 374/375 - negritei)

Na mesma linha, o tribunal de justiça afirmou:

(...) não se vislumbra qualquer irregularidade ou constrangimento ilegal na decisão proferida em que a autoridade apontada como coatora justificou a negativa do benefício, discorrendo com acerto e razoabilidade sobre o assunto.

Diz-se isso porque, o Paciente não possui mais de 60 anos de idade ou doença que o insira no denominado

“grupo de risco”. Demais disso, não há informações nos autos de que o referido estabelecimento encontra-se interditado, que não dispõe de equipe de saúde lotada em seu interior, bem como notícia de incidência do vírus no local.

(...)

A propósito, não se revela adequado conceder liberdade antecipada ou prisão domiciliar sem a realização de uma rígida análise do caso concreto e suas peculiaridades, sob pena de se esvaziar o conteúdo da norma penal, e, em consequência deixar a sociedade à mercê da criminalidade.

No caso dos autos, trata-se de Paciente condenado pela prática de delito hediondo (tráfico ilícito de substâncias entorpecentes), de modo que sua soltura antecipada, ainda que na atual situação de crise, não se mostra recomendável, mormente porque, delitos desta natureza são cometidos, em sua maioria, dentro da própria residência do traficante. (e-STJ fls. 26/27)

Como já havia observado na decisão em que examinei o pedido de liminar, a leitura das decisões de 1º e 2º grau evidencia fundamentação suficiente e idônea a afastar a alegação, neste momento, de manifesta ilegalidade que justifique o deferimento da medida antecipatória pretendida.

Ademais, em que pese o paciente se encontrar em regime semiaberto, com previsão de progressão para agosto deste ano, cometeu crime hediondo (tráfico de drogas) e não está inserido no quadro de risco previsto na Recomendação n. 62/2020 - CNJ, nem em outras normas protetivas contra o novo coronavírus. Isso sem contar que, pelo menos até a data da decisão de 1º grau, não havia notícia de contágio do vírus no Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí.

Sobre a temática em questão, vale a pena recordar as ponderações do eminente Ministro Rogério Schietti: “... 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.” (STJ – HC n. 567.408/RJ).

Ainda, conforme lição do insigne Ministro, este Superior Tribunal tem analisado habeas corpus que aqui aportam com pedido de aplicação de medidas urgentes face à pandemia do novo coronavírus, sempre de forma individualizada, atento às informações sobre o ambiente prisional e sobre a situação de saúde de cada paciente (HC n. 572.292/AM, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Quinta Turma, Data da Publicação:14/4/2020) [grifei].

Por fim, rever o entendimento das instâncias ordinárias para concessão da prisão domiciliar demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus.

Nessa linha, colaciono os seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. TESE DE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRISÃO DOMICILIAR PARA PRESTAR ASSISTÊNCIA AO FILHO MENOR E À ESPOSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA DA NECESSIDADE DO RECORRENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, desde que presentes prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

2. Hipótese em que a custódia cautelar está suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, haja vista a gravidade concreta da conduta delitiva, pois o recorrente foi preso na posse de 1,5 Kg de cocaína.
3. É inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois a gravidade concreta da conduta delituosa indica que a ordem pública não estaria acautelada com a soltura do recorrente.
4. O exame das teses exculpantes da defesa - de que o recorrente sofreu coação moral para o transporte do entorpecente ou que não sabia que transportava cocaína - são inadmissíveis na via eleita, por se trataram de questões de fato, cuja apreciação exige o revolvimento de provas.
5. Quanto ao pedido de prisão domiciliar, as instâncias ordinárias concluíram pela ausência de comprovação da imprescindibilidade do recorrente aos cuidados de seu filho e de sua esposa (e-STJ, fl. 72). Logo, rever tal entendimento demanda, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.
6. Recurso em habeas corpus não provido.

(RHC 118.648/BA, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 12/11/2019) – negritei.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR. ESTADO DE SAÚDE DEBILITADO. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO TRATAMENTO ADEQUADO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Em regra, a concessão de prisão domiciliar só é admitida em favor de preso inserido no regime aberto, nos termos do art. 117 da Lei de Execução Penal - LEP. Contudo, quando ficar comprovado que o recluso é acometido por doença grave, com debilidade acentuada de sua saúde, e que o tratamento médico necessário não pode ser prestado no ambiente prisional, admite-se, de forma excepcional, a colocação em prisão domiciliar de presos dos regimes fechado ou semiaberto.
2. Na hipótese dos autos, o Juízo da Execução concluiu que o ora agravante tem condições de realizar o tratamento adequado no estabelecimento prisional. Para se alcançar conclusão diversa, é imprescindível o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência sabidamente incompatível com a estreita via do habeas corpus.
3. Agravo desprovido.

(AgRg no HC 557.255/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2020,

DJe 16/04/2020) – negritei.

Inexistente, portanto, constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem de ofício.

Diante do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, não conheço do presente habeas corpus.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



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: Juízo 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: Desembargador João Henrique Blasi - 1º Vice-Presidente

DECISÃO MONOCRÁTICA INTERLOCUTÓRIA

Trata-se pedido de suspensão de sentença formulado pelo Município de Itajaí à vista de decisão proferida pela Juíza Sonia Maria Mazzetto Moroso Terres, da Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registro Público, daquela Comarca, nos autos n. 0312299-61.2018.8.24.0033.

Na origem tem-se 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, figurando no polo passivo o Prefeito Municipal de Itajaí e outros.

A exordial busca a declaração de nulidade 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, tendo por escopo o ressarcimento, em favor do Município, de valores atinentes a obras de limpeza e de saneamento básico por ele realizadas nos anos de 2014, 2015 e 2016, assim como a condenação das autoridades demandadas a indenizarem a autarquia em montante a ser apurado no contexto de liquidação de sentença.

Da sentença ora impugnada recolho, para transcrição, o seguinte fragmento que contempla minudente retrospectiva fática:

Alegam [os autores populares] que, no dia 24 de Outubro de 2018, foi publicado no jornal do Município de Itajaí um Termo de Compromisso firmado entre o Semasa e o Município de Itajaí, cujo objeto é a transferência de R\$ 35.000.000,00 (trinta e cinco milhões de reais), de recursos da Autarquia para a Administração Direta Municipal, de forma absolutamente ilegal e imoral, sob uma argumentação infundada de que estes valores teriam o propósito de ressarcir os cofres do Município por valores despendidos por ele com o custeio da limpeza pública.

Sustentam que o objeto deste Termo de Compromisso é ilegal por conta de que: a) não é permitida a transferência de recursos de uma autarquia, arrecadados mediante a cobrança de uma tarifa, para os cofres do executivo, uma vez que o dinheiro arrecadado por ela deve ser reinvestido integralmente na própria autarquia; b) a Lei que criou o SEMASA não atribuiu à Autarquia a obrigação ou a prerrogativa de custear os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; c) não houve delegação expressa, muito menos a inclusão de uma previsão orçamentária para que o SEMASA suporte os custos de limpeza urbana no ano de 2018, nem nos anos anteriores;

d) o Município de Itajaí previu expressamente que seria ele, através das dotações alocadas em seus órgãos, quem arcaria com as despesas oriundas da limpeza urbana de nossa cidade, conforme demonstra sua previsão orçamentária; e) a Política Municipal de Saneamento utilizada como fundamento para atribuir ao SEMASA o custeio do serviço de limpeza urbana não está regulamentada e, em momento algum, indica que a Autarquia irá executar e custear este serviço, sendo ilegal transferir ao SEMASA o custo de um serviço pelo qual não cobra; f) o SEMASA não participou do contrato entabulado com a empresa que realiza a limpeza urbana, o qual dá origem às cobranças; g) a receita do SEMASA é oriunda de tarifa e, assim, a verba arrecadada pela Autarquia é vinculada aos serviços de fornecimento de água e tratamento de esgoto, não podendo ser utilizada para pagar limpeza urbana;

h) resta claro que o objetivo do executivo é de utilizar os recursos superavitários de sua autarquia para realizar obras urbanísticas, desviando completamente a finalidade para a qual foram arrecadadas, sendo prática que não pode ser permitida.

Requeru a concessão de medida liminar para suspender a vigência do Termo de Compromisso firmado entre o Município de Itajaí e o SEMASA, a fim de ressarcir valores decorrentes de obras de limpeza e saneamento básico nos anos de 2014, 2015 e 2016, publicada na edição 1961 do jornal do Município no dia 24 de Agosto de 2018; b) alternativamente, ainda em sede liminar, que seja suspenso o uso do recurso público proveniente do Termo de Compromisso até avaliação de legalidade pelo TCE ou do quantum repassado. No mérito, pleiteou que seja declarado nulo o Termo de Compromisso firmado entre o Município de Itajaí e o SEMASA e a condenação das Autoridades ao ressarcimento do erário público do SEMASA.

Em sede de emenda à inicial (pp. 308/311), os Autores alegaram que, em 24 de outubro de 2018, chegou ao Poder Legislativo Municipal projeto de lei visando autorização para que o SEMASA

contratasse a cifra de R\$ 31 milhões destinados à implantação da rede coletora de esgotamento sanitário no Município de Itajaí. Afirmaram que ele é em si a confirmação de que o SEMASA precisa promover os investimentos em saneamento básico e possuía os recursos para tal, que como foram retirados ilegalmente de seu cofre, estão sendo restituídos através da contratação de mais um empréstimo. Sustentaram que, no caso concreto, o contribuinte está pagando pela segunda vez pelo mesmo investimento, e agora com juros, o que é injusto. Apresentaram o anexo VI da proposta de Lei Orçamentária Anual - LOA, que fixou as despesas e estimou a receita do Município para o ano de 2019, informando que nela há outra comprovação: a de que os Réus não pretendem seguir a lei que instituiu a política de Saneamento e delegar a gestão da limpeza urbana ao SEMASA, já que tal gestão seguirá na Secretaria de Planejamento Urbano, órgão da Administração Direta já responsável pelo contrato, como se viu na Inicial. Ao final, pleitearam a concessão tutela de urgência para suspender os efeitos da lei originária do PL 237/2018, considerando-se que havendo provimento desta ação, os recursos para tal finalidade estarão garantidos pelo superávit financeiro da Autarquia que devem retornar ao seu cofre, sob pena de o contribuinte recolher duas vezes para a mesma finalidade e ser onerado ainda mais pelo pagamento de juros.

[...]

Em sua contestação (pp. 370/382), o requerido Volnei José Morastoni alegou, em preliminar, a ilegitimidade ativa do requerente Fernando Pegorini, por não ter comprovado a sua condição de eleitor e regularidade perante a Justiça Eleitoral. No mérito, sustentou que está evidenciada a ausência de qualquer conduta dolosa ou culposa que possa ser lhe atribuída, uma vez que, a todo momento, agiu com base em dados concretos exarados pelos órgãos competentes, bem como amparado por extenso parecer, devidamente fundamentado, confeccionado pela Procuradoria do Município, no sentido de que a limpeza urbana, por força da Lei 6.472/2013, é de responsabilidade do SEMASA, que teria, portanto, que ressarcir o Município, que vem fazendo e pagando pelo serviço via administração direta. (pp. 370/382). Requereu, ao final, que seja reconhecida a ilegitimidade passiva do autor Fernando Martins Pegorini, com a extinção do feito em relação a ele, sem resolução do mérito com base no art. 485, VI, do CPC; que seja indeferida a liminar exordialmente postulada, e no mérito, a decretação de improcedência da presente Ação Popular, com a condenação dos Autores ao ônus sucumbencial. Juntou documentos (pp. 383/694).

Na sua defesa (pp. 706/720), o requerido Diego Antônio da Silva, sustentou os mesmos argumentos levantados pelo requerido Volnei Morastoni, de modo que ele agiu na mais estrita legalidade e embasado em opinião jurídica dotada de segura interpretação legal. Ao final, requereu o indeferimento da liminar exordialmente postulada, e no mérito, a improcedência da ação, com a condenação dos Autores ao ônus sucumbencial.

Dada vista ao Ministério Público, o seu representante manifestou-se pela procedência do pedido (pp. 748/757).

Na decisão de p. 758, este Juízo determinou a notificação do SEMASA e do Município de Itajaí, por meio de seus Procuradores, para que, em 20 (vinte) dias, manifestassem-se sobre o ato objeto de

impugnação, com fulcro no art. 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/65, e, ainda, determinou que o Município de Itajaí esclarecesse se, desde a criação do SEMASA, em algum momento, houve o repasse de dinheiro para a Prefeitura de Itajaí, informando, em caso positivo, quando isto ocorreu, a que título se deu, com base em qual legislação e mediante a assinatura de qual documento, juntando aos autos a respectiva documentação.

O SEMASA manifestou-se nas pp. 765/772, posicionando-se de forma contrária ao Termo de Compromisso firmado.

O Município de Itajaí requereu seu ingresso no feito, na qualidade de Réu, o que foi deferido por este Juízo, determinando-se a citação do Ente Público para apresentar defesa (p. 785).

Nas pp. 794/1033, o Município de Itajaí apresentou contestação na defesa do ato impugnado. Alegou, em preliminar, a ausência de pressupostos de desenvolvimento válido da demanda, em função da proibição do reexame do mérito administrativo discricionário. No mérito, discorreu sobre a conjuntura da construção das políticas sociais no Brasil e impugnou os argumentos dos Autores, alegando, em resumo: a) que a delegação para que o SEMASA execute os serviços de limpeza urbana está explícita na Lei Municipal de Saneamento Básico (Lei nº. 6.472/2013); b) que a Lei Municipal nº. 6.472/2013 é vigente, efetiva e eficaz e não precisa de regulamentação; c) que há previsão de competência do SEMASA para execução do serviço de limpeza urbana na sua lei de criação (art. 2º, VI), bem como para arrecadação da tarifa de coleta de lixo (art. 2º, VIII); d) que não está ocorrendo a transferência de valores mas, sim o pagamento de indenização pelo não cumprimento de obrigações legais do SEMASA, o que é autorizado pelo art. 16 da Lei Complementar nº 27/2003; e) que a vinculação das receitas do SEMASA, caso exista, está adstrita a financiar as políticas municipais de saneamento básico, eis que o SEMASA é o serviço municipal não só de águas e esgoto, mas também de saneamento básico, que engloba também a limpeza urbana e a drenagem pluvial; f) que basta fazer um termo aditivo e incluir o SEMASA como responsável pelo contrato de concessão de limpeza urbana e que a sua ausência no contrato não exclui a responsabilidade do SEMASA pela fiscalização, gestão e financiamento do serviço eis que a alteração legal ocorreu durante a vigência do contrato; g) que há omissão do SEMASA quanto a sua adequação ao novo paradigma do saneamento básico, o qual não assume as prestações de serviço previstas em lei e, em razão disso, a gestão da limpeza urbana permanece com a Secretaria Municipal de Urbanismo; h) que a não criação do Fundo Municipal de Saneamento Básico e a ausência de previsão orçamentária para custeio da limpeza urbana decorrem da inércia da própria Autarquia; i) que a justa motivação para o ato consiste no claro desequilíbrio existente na execução das políticas públicas de saneamento básico com sobrecarga do Município de Itajaí em benefício do SEMASA. Ao final, requereu a extinção da ação devido à inexistência de pressupostos de admissibilidade da demanda em face do Município de Itajaí; e no mérito, a improcedência da ação com a condenação dos Autores no pagamento de custas processuais, honorários advocatícios e demais cominações legais. Juntou documentos (pp. 1.034/1.678). (fls. 144 a 148)

A sentença reconheceu a procedência do pedido exordial, fazendo-o, conclusivamente, 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 2018, por meio do qual a Autarquia reconheceu a obrigação de pagar a conta de limpeza urbana dos exercícios de 2014, 2015 e 2016 e ressarciu 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 2020 (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).

Condene os Réus ao pagamento de honorários advocatícios no valor de em R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). (fl. 168)

Sobreveio, então, o pedido, ora sob exame, de suspensão do *decisum*, lardeado, em apertada síntese, nos argumentos fático-jurídicos de que: (i) o Semasa não assumiu a política de saneamento (fl. 59); (ii) a Secretaria de Obras do Município está custeando a limpeza de fossas, assim como a limpeza e a manutenção de bueiros, bocas de lobo e canalizações (fls. 62/76); (iii) a limpeza urbana está sendo realizada com recursos do tesouro municipal (fl. 68); (iv) os serviços de saneamento, a cargo do Semasa, estão sendo prestados pelo Município, afetando recursos que seriam aplicados em outras políticas públicas (fls. 87/93); e (v) não se trata de mera transferência de valores, mas de indenização legalmente autorizada (fl. 98).

O Município enfatiza também a positivação de periculum in mora, evidenciado pela pandemia defluente do novo coronavírus (Sars Cov-2), causador da doença denominada Covid-19, que está a exigir considerável aporte de recursos financeiros para arrostá-la, afetando sobremaneira sua situação financeira, abalada, outrossim, pela quase paralisia da atividade econômica, com significativa redução da receita tributária.

Sustenta, alfim, não haver dano irreparável porque, no caso de futura determinação de cumprimento do comando sentencial, se mantido, o Município terá total condições de fazê-lo.

É o relatório.

Insta, de plano, averbar que a suspensão vindicada 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, editora RT, p. 88 e 89).

No mesmo compasso, do Supremo Tribunal Federal invoco a seguinte inteligência:

[...] 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. (STF, SL n. 102 AgR/SP, rel^a. Mina. Ellen Gracie, j. em 17/3/2008).

Outrossim, a postulação suspensiva versada nestes autos encontra eco na disposição que verte do art. 4º da Lei nº. 8.437/92. In verbis:

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, atual Presidente 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 âmbito deste Sodalício há norma inserta em seu Regimento Interno que assim estabelece:

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;

Cabível, de conseguinte, desnuda-se a postulação deduzida pela Municipalidade, assim como a competência do ora signatário para sindicá-la.

Pois bem. 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 refluíu 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.

Ante o exposto, defiro liminarmente a suspensão dos efeitos da sentença prolatada.

Faculto a manifestação dos autores da ação originária dentro em 15 (quinze) dias, determinando que, na sequência, exaurido o prazo supra, abra-se vista dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

Cientifique-se, com brevidade, o Juízo prolator da sentença ora suspensa (Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registro Público, da Comarca de Itajaí).

Intimem-se.

Florianópolis, 13 de abril de 2020

Desembargador João Henrique Blasi

1º Vice-Presidente

Relator

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso Extraordinário n. 0011076-32.2015.8.24.0008/50000, de Blumenau

Recorrente: Bruno Rodrigo de Souza Castellain

Advogados: Flavio Jose Machado (OAB: 18360/SC) e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Proc. de Just.: Abel Antunes de Mello (Procurador de Justiça)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Bruno Rodrigo de Souza Castellain, com fulcro no art. 102, III, “a”, da Constituição da República, interpôs Recurso Extraordinário contra o acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal, que decidiu, por unanimidade, “conhecer do recurso e negar-lhe provimento, reconhecendo-se, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva estatal quanto ao crime do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, julgando-se extinta a punibilidade do acusado quanto a tal crime, nos termos da fundamentação” (fls. 270 – 285 dos autos principais).

Em síntese, alegou violação ao art. 5º, LVII, da Constituição, a fim de que seja absolvido pela prática do crime de roubo com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, ou que seja afastada a majorante relativa ao emprego de arma de fogo (fls. 1 – 7).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 11 - 16), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

De plano, adianta-se que o Recurso Extraordinário não reúne as condições de ascender à Corte de destino.

Sustentou a defesa, em resumo, que o acórdão recorrido violou o art. 5º, LVII, da CF, “pois proferiu um decreto condenatório sem observância do princípio constitucional da presunção de inocência” (fl. 3).

Inicialmente, cumpre observar que a Suprema Corte entende que é indispensável que a decisão vergastada, de maneira inequívoca, tenha se manifestado sobre o dispositivo tido por desrespeitado, sendo inadmissível o prequestionamento implícito.

Em análise à decisão combatida, verifica-se que a violação à presunção de inocência não foi examinada pela Corte Estadual, aspecto que evidencia a falta de prequestionamento da matéria e, por si só, enseja a inadmissão do reclamo pelos óbices das Súmulas 282 e 356 do STF, que dispõem, respectivamente: “É 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”.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INADMISSIBILIDADE DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. NEGATIVA DE PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 283/STF. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS). BASE DE CÁLCULO. DECRETO 7.891/2013 E LEI 12.783/2013. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I – É inviável o recurso extraordinário cujas questões constitucionais nele arguidas não tiverem sido prequestionadas. Incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF.

II – A negativa de provimento do recurso especial pelo STJ, com trânsito em julgado certificado, torna definitivos os fundamentos infraconstitucionais que amparam o acórdão impugnado, o que atrai a Súmula 283/STF.

III – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam o acórdão recorrido, dado que apenas ofensa direta à Constituição Federal enseja a interposição do apelo extremo. IV – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. (ARE 1218204/TO. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 29/11/2019).

Igualmente:

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 1132345 AgR/CE, rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. J. em 17/08/2018).

Não obstante a ausência de prequestionamento, observa-se que o recorrente limitou-se a requerer sua absolvição da prática do crime de roubo, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, ou o

afastamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo, sem a devida fundamentação necessária ao embasamento dos pedidos defensivos, o que evidencia a deficiência das razões recursais e atrai o óbice da Súmula 284/STF, que dispõe que “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

Nesse sentido: “É inadmissível o recurso extraordinário quando a deficiência na fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. [...]” (ARE 1.153.697 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. DJe 20/02/2019).

E também: “É deficiente a fundamentação do recurso que não particulariza de que forma ocorreu a alegada ofensa à Constituição. Incidência da Súmula 284 do STF.” (AI 833.240 AgR/RO. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 11/02/2014, DJe 26/02/2014).

Além disso, necessário destacar que a Suprema Corte já decidiu que a análise da violação ao art. 5º, LVII, da CF, depende do exame da legislação infraconstitucional aplicada ao caso, de modo a tornar a ofensa meramente reflexa ao texto constitucional. Confira-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.

1. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, caput, LVII, da Constituição Federal, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, além da reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que foge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Magna Carta. (ARE 1216238 AgR/DF. Rel. Min. Rosa Weber. Primeira Turma. 13/09/2019).

No mesmo viés:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. DEFICIÊNCIA NA ELABORAÇÃO DA PEÇA RECURSAL. SÚMULA 284/STF. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART.5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO D A REPÚBLICA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. SÚMULA 279/STF. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

II - O entendimento adotado na decisão agravada reproduz a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, LVII, da Lei Maior, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, bem como do revolvimento do quadro fático delineado na origem, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Magna Carta. (ARE 1122497 AgR/CE. REL. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 30/11/2018).

Não fosse a ausência de prequestionamento, a deficiência da fundamentação e a ofensa reflexa ao texto constitucional, observa-se, a título complementar, que a manutenção da condenação do recorrente ocorreu com observância às provas da materialidade e da autoria delitiva, assim como a manutenção da causa especial de aumento de pena em função da arma de fogo. Veja-se:

II - Do pleito absolutório

Almejando um provimento absolutório, argumenta a defesa, em resumo, que o acervo probatório amealhado não dá conta de comprovar a prática do crime patrimonial narrado na denúncia, não havendo provas suficientes que atrelem a pessoa do réu àquele episódio, sendo a sua absolvição medida de rigor.

No entanto, da detida análise do acervo probatório amealhado, denota-se que tal pretensão não merece acolhimento, porquanto devidamente comprovado pelos elementos de prova amealhados que o acusado praticou, realmente, o crime patrimonial narrado na denúncia. São eles, a propósito, o Inquérito Policial de fls. 01/54, os Boletins de Ocorrência de fls. 02/06 e 23/24, o Termo de Exibição e Apreensão de fl. 15, o Termo de Avaliação e Entrega de fl. 16, o Termo de Avaliação Indireta de fl. 17, o Boletim Informativo de fl. 19, os Termos de Reconhecimento de Objetos de fls. 33 e 35, o Auto de Exibição e Apreensão de fl. 38, o Termo de Reconhecimento e Entrega de fl. 39, as Fotografias de fls. 44/48, bem como as declarações colhidas no decorrer de ambas as etapas procedimentais, cujos teores se complementam.

Dos elementos acima apontados, depreende-se que o acusado, Bruno Rodrigo de Souza Castellain, no dia 23 de junho de 2015, por volta das 06:45h, na companhia de terceiro, ambos imbuídos de animus furandi e mancomunados para um mesmo fim, visando ao assenhoreamento definitivo de coisa alheia móvel, deslocou-se até à residência das vítimas, Roberto Luchtenberg, Katia Terezinha Luchtenberg e Gabriel Luchtenberg, e lá, aproveitando-se do momento em que deixavam a residência, efetuou a abordagem dos ofendidos e, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, anunciou o assalto.

Sequencialmente, as vítimas foram rendidas e levadas para o interior da residência, local em que foram imobilizadas. Posteriormente, enquanto um dos comparsas vigiava as vítimas, o outro separava os objetos da residência para serem subtraídos. Ao final, na posse dos objetos, o acusado e seu comparsa empreenderam fuga do local no veículo das vítimas, um VW/Jeta, placas MFC 7294.

Na sequência, o acusado e seu comparsa seguiram à residência do, à época, adolescente D. L. S., e lá o convenceram a receptor - "receber" e "ocultar" - parte dos objetos roubados da residência das vítimas, além de a manter sob sua guarda a arma de fogo empregada na subtração.

Dito isto, verifica-se que o acusado, Bruno Rodrigo de Souza Castellain, em ambas as etapas procedimentais, confessou a prática do crime patrimonial descrito na denúncia.

[...]

Registre-se, por oportuno, que a confissão judicial constitui fortíssimo elemento probatório - mormente em hipóteses como a presente, em que se mostra em conformidade com o relato prestado

pelo próprio acusado na fase inquisitiva -, demonstrando-se, conseqüentemente, capaz de ensejar um veredicto condenatório, principalmente quando aliada às demais provas constantes dos autos.

Nesse contexto, ressalta-se, em conformidade com o art. 197 do Código de Processo Penal, que “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

A confissão do acusado, na presente hipótese, vem respaldada pelos demais elementos de prova angariados.

[...]

Desta forma, em que pesem as alegações defensivas, o cenário probatório amealhado é robusto e não deixa espaço para dúvidas, estando suficientemente comprovado que o acusado cometeu, de fato, o crime patrimonial narrado na denúncia.

Tal conclusão encontra respaldo sobretudo na confissão fornecida pelo próprio acusado, manifestada com grande detalhamento em ambas as etapas procedimentais, tendo o réu, em seus relatos, fornecido impressões dos fatos que muito se harmonizam com aquelas fornecidas pelas próprias vítimas.

Ademais, os agentes policiais ouvidos detalharam terem chegado à pessoa do réu justamente após o recebimento de denúncia anônima, seguida por contato com o adolescente que teria receptado os objetos subtraídos, que delatou a participação do acusado nos fatos. O relato extrajudicial fornecido pelo adolescente D., a propósito, solidifica tais conclusões.

Assim, do cotejo do acervo probatório amealhado, resta claro que foi o acusado um dos autores do crime patrimonial narrado na denúncia, descabendo o pleito absolutório formulado pela defesa.

[...]

III - Da majorante referente ao emprego de arma de fogo

Por fim, pleiteia a defesa o afastamento da causa majorante de pena prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, conforme redação vigente à época dos fatos, ante a argumentação, em resumo, de que o artefato empregado no crime fora um simulacro de arma de fogo, imprestável para a configuração da circunstância de aumento em questão.

Impossível, no entanto, uma vez que, além do simulacro de arma de fogo, o acusado e seu comparsa também empregaram na prática do crime uma arma de fogo do tipo “garrucha”, conforme o Auto de Exibição e Apreensão de fl. 38, os Termos de Reconhecimento de Objetos de fls. 33 e 35, bem como as fotografias de fls. 46/48.

O próprio réu, a propósito, relatou que, não obstante uma das armas fosse de brinquedo, a outra era real, inclusive relatando que em determinado momento da empreitada chegou a portar ambos os artefatos simultaneamente.

[...]

Além do mais, mesmo que ambos os artefatos fossem simulacros, ainda assim seria possível cogitar a incidência da causa majorante de pena em questão, conforme retrata o seguinte precedente deste Sodalício, em cujo julgamento este Relator, inclusive, participou:

[...]

Assim, inviável o afastamento da causa majorante de pena em questão. (fls. 277 – 284 dos autos principais)

Como se vê, o Órgão Colegiado entendeu “devidamente comprovado pelos elementos de prova amealhados que o acusado praticou, realmente, o crime patrimonial narrado na denúncia” e que “não obstante uma das armas fosse de brinquedo, a outra era real, inclusive relatando [o réu] que em determinado momento da empreitada chegou a portar ambos os artefatos simultaneamente”.

Rever a conclusão alcançada, inevitavelmente, demandaria o reexame das provas que já foram analisadas por ocasião do julgamento do recurso de Apelação, o que é inviável em sede de Recurso Extraordinário, pelo óbice da Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Extrai-se da jurisprudência da Suprema Corte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – MATÉRIA PENAL – ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRECEITO INSCRITO NO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 279/STF – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (ARE 1131709 AgR. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. J. 05/10/2018).

No mesmo viés:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

Para chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido, necessária seria a análise da legislação infraconstitucional pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos, o que torna inviável o processamento do recurso extraordinário (Súmula 279/STF). Precedente. (ARE 858802 AgR. Rel. Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. J. 10/03/2015).

À vista do exposto, não se admite o Recurso Extraordinário. Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 3 de agosto de 2020.

Desembargador Volnei Celso Tomazini
2º Vice-Presidente

Recurso Extraordinário n. 0001545-52.2017.8.24.0039/50004, de Lages

Recorrente: Elizeu Mattos

Advogados: Marlon Charles Bertol (OAB: 10693/SC) e outro

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

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

DECISÃO MONOCRÁTICA

Elizeu Mattos, com fulcro no art. 102, III, “a”, da Constituição da República, interpôs Recurso Extraordinário contra o acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal, que, por unanimidade, manteve sua condenação pela prática dos crimes de participação em organização criminosa, corrupção passiva, dispensa indevida de licitação e fraude ao caráter licitatório (art. 2º, §§ 3º e 4º, II, da Lei nº 12.850/13, arts. 317, caput,c/c. art. 327, § 2º, ambos do Código Penal, por vinte e duas vezes, e arts. 89, por duas vezes, e 90, ambos da Lei nº 8.666/93).

A pena aplicada ao acusado foi fixada em 18 (dezoito) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de detenção, além do pagamento de 71 (setenta e um) dias-multa, cada qual no valor de um salário mínimo vigente à época dos fatos, e a decretação da perda do mandato de Prefeito que exercia no município de Lages.

A decisão exarada no acórdão foi proferida nos seguintes termos:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso defensivo, afastar as preliminares e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, de conhecer e dar parcial provimento ao apelo manejado pelo Ministério Público e, de ofício, minorar a fração de aumento aplicada pelo reconhecimento da causa especial de aumento de pena prevista no inciso II do

§ 4º do art. 2º da Lei nº 12.850/13 em relação crime de organização criminosa, readequando-se os cálculos dosimétricos e, por fim, determinando-se a expedição de mandado de prisão em desfavor do apelante/apelado Elizeu Mattos para início da execução provisória da pena, providência que deverá ser adotada pelo Juízo de primeiro grau imediatamente após o esgotamentos das vias recursais nesta instância (fls. 8.166 – 8.463).

A execução provisória da pena determinada no decisum foi atacada por meio de Embargos de Declaração e, embora revogada, o Órgão Colegiado entendeu pela necessidade de decretação da prisão preventiva do acusado (fls.

8.522 – 8.556), o que foi atacado perante o STJ e o STF, tendo a Suprema Corte concedido a ordem de habeas corpus “a fim de revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente Elizeu Mattos” (fls. 8.588 - 8.617).

Em síntese, alegou o recorrente em seu reclamo extraordinário a violação a diversos dispositivos de ordem constitucional e infraconstitucional:

1) art. 93, IX, da Constituição da República, arts. 392 e 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil, e arts. 3º e 381, II, III, IV e V, do Código de Processo Penal, porquanto não sanados os vícios apontados nos Embargos de Declaração;

2) arts. 5º, LIII, 127 e 128, § 5º, I, "b", da CF, e arts. 25, III, e 38, II,

da Lei nº 8.625/93, já que não declarada a nulidade decorrente da violação ao princípio do Promotor natural;

3) arts. 5º, LIII, e 29, X, da Constituição, e arts. 69, VII, 84 e 87 do Código de Processo Penal, uma vez não declarada a nulidade decorrente da violação ao princípio do Juiz natural;

4) art. 5º, LIV e LV, da CF, e art. 403 do Código de Processo Penal, pelo afastamento dos vícios decorrentes da cisão processual e o não reconhecimento da quebra da imparcialidade objetiva do Juiz;

5) art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição da República, art. 8.1. do Pacto de São José da Costa Rica e arts. 69, VII, 84 e 87, do Código de Processo Penal, porque não declarada a nulidade da sentença condenatória proferida por autoridade judicial incompetente;

6) art. 5º, LIV e LV, da CF, e art. 213 do Código de Processo Penal, por terem sido consideradas as declarações prestadas pelo corréu delator;

7) art. 5º, XII, da Constituição, e art. 5º da Lei nº 8.296/96, pelo não reconhecimento da nulidade das interceptações telefônicas procedidas sem o amparo de mandado judicial;

8) art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República, e art. 210, parágrafo único, do Código de Processo Penal, em razão da quebra da incomunicabilidade das testemunhas integrantes do GAECO;

9) arts. 155 e 386, II e VII, do Código de Processo Penal, pela manutenção da condenação quanto ao crime de participação em organização criminosa;

10) art. 5º, LVII, da Constituição, arts. 155, 156 e 386, VII, do Código de Processo Penal, art. 317 do Código Penal e arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/93, pela manutenção da condenação quanto a prática do crime de corrupção passiva e dos delitos licitatórios;

11) art. 327, § 2º, do Código Penal, já que mantida a majoração relativa à função de prefeito municipal;

12) art. 5º, XLVI, da Constituição, e arts. 29, § 1º, 33, § 2º, "c", e § 3º, 44, III, 59, 62, I, e 71, todos do Código Penal, diante da necessidade de redução da pena aplicada (fls. 8.689 - 8.887).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 9.159 – 9.188), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

De plano, adianta-se que o Recurso Extraordinário não reúne as condições de ascender à Corte de destino.

Antes de adentrar à análise das teses recursais, é necessário tecer algumas considerações preliminares que, no geral, obstam a admissão do reclamo extraordinário interposto pelo recorrente.

A primeira delas reside no fato de que, conforme disposição do art. 102, § 3º, da Constituição da República, por ocasião da interposição do Recurso Extraordinário, "o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso", determinação que é reforçada pelo art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil, que dispõe que "O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo".

A propósito, extrai-se da jurisprudência da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279/STF.

1. Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados, quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral que demonstre, perante o Supremo Tribunal Federal, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.
2. A obrigação do recorrente de apresentar formal e motivadamente a preliminar de repercussão geral que demonstre, sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional e legal (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015), não se confunde com meras invocações, desacompanhadas de sólidos fundamentos e de demonstração dos requisitos no caso concreto, de que (a) o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário econômico, político, social ou jurídico; (b) a matéria não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide; ou, ainda, de que (c) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é incontroversa no tocante à causa debatida, entre outras alegações de igual patamar argumentativo (ARE 691.595-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 25/2/2013; ARE 696.347-AgR- segundo, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 14/2/2013; ARE 696.263-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 19/2/2013; AI 717.821-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 13/8/2012).
3. O acórdão recorrido encontra-se em conformidade com a jurisprudência desta SUPREMA CORTE.
4. A reversão do acórdão passa necessariamente pela revisão das provas. Incide, portanto, o óbice da Súmula 279 (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) do STF. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE nº 1243707 AgR/SP. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. J. 21/02/2020).

Da Segunda Turma, igualmente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. INOBSERVÂNCIA DO ART. 102, 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ART. 1.035, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS VIOLADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - Nos termos do art. 102, § 3º, da Constituição Federal e do art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil, o recorrente, na petição do recurso extraordinário, deverá demonstrar a existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, sob pena de inadmissão do recurso.

II - O recorrente, nas razões do recurso extraordinário, deve indicar os dispositivos constitucionais violados, sob pena de não admissão do recurso ante a deficiência em sua fundamentação (Súmula 284/STF).

III - Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE nº1216477 AgR/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 18/10/2019).

No caso, o que se observa é que a defesa limitou-se a apontar a repercussão geral de somente 3 (três) das teses veiculadas no recurso, o que fez, ainda, de maneira genérica e sem a devida fundamentação necessária. Veja-se:

Em relação ao PREQUESTIONAMENTO, tem-se que os temas aqui ventilados extrapolam a esfera subjetiva do ora Recorrente, pois dentre os temas está aquele inerente ao direito de o réu-delator manifestar-se somente após o réu-delator, reconhecidamente de interesse nacional, como decidido recentemente pelo plenário do STF; há temas igualmente relevantes e de interesse de todos os réus, como os relativos à violação ao princípio do promotor natural e juiz natural, em contexto de investigações sem supervisão judicial do órgão competente, e há uma relevância capital no que tange a forma ímpar e peculiar com que se procedeu à condenação do recorrente e só ele por organização criminosa por ele liderada num processo que só ele é réu!!!! Ora, é interesse nacional saber sem em processo cindido em que consta apenas um único réu, pode ele ser condenado por organização criminosa sozinho, sem que os demais corréus da outra ação tenha sido sequer interrogados na ação à parte? Nos parece que não pode. São temas de envergadura constitucional e que ultrapassam o mero interesse subjetivo, e tem a capacidade de reprodução em múltiplos recursos, de ordem a revelar a REPERCUSSÃO GERAL (fls. 8.691 e 8.692).

Como se observa, com o inadequado apontamento da repercussão geral somente quanto as teses de a) impossibilidade de o réu delatado se manifestar anteriormente aos delatores; b) violação aos princípios do Promotor e do Juiz natural; e c) nulidade em razão da cisão processual; o recorrente pretendeu estender a preliminar de repercussão geral às demais matérias alegadas no recurso, o que não se presta para fins de cumprimento da exigência prevista no art. 102, § 3º, da Constituição e do art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil.

Outro não é o entendimento da Suprema Corte:

A mera alegação, nas razões do recurso extraordinário, de existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas, desprovida de fundamentação adequada que demonstre seu efetivo preenchimento, não satisfaz a exigência prevista no art. 1.035, § 2º, do CPC. II (ARE nº 1231751 AgR/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 05/11/2019).

Aliado à ausência de demonstração da repercussão geral das levantadas teses recursais, verifica-se que o presente reclamo extraordinário foi sustentado, ainda, sob a ótica da violação não apenas a dispositivos da Carta Magna, mas, igualmente, de dispositivos infraconstitucionais, quais sejam: arts. 392 e 489, § 1º, IV, ambos do Código de Processo Civil; arts. 29, § 1º, 33, § 2º, “c”, e § 3º, 44, III, 59, 62, I, 71, 317 e 327, § 2º, todos do Código Penal; arts. 3º, 69, VII, 84, 87, 155, 156, 210, parágrafo único, 213, 381, II, III, IV e V, 386, II VII, e 403, todos do Código de Processo Penal; arts. 25, IIII, e 38, II, ambos da Lei nº 8.625/93; arts. 89 e 90 ambos da Lei nº 8.666/93; art. 5º da Lei nº 8.296/96 e art.

8.1. do Pacto de São José da Costa Rica.

Ocorre que a hipótese de discussão de dispositivos infraconstitucionais não é prevista no art. 102, III, da CRFB/88, que dispõe sobre a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para a apreciação de eventual contrariedade a princípios ou dispositivos da Carta Magna e evidencia, assim, a impropriedade da via eleita para a discussão de matéria não atinente à Constituição Federal, a qual deveria ter sido sustentada por meio de Recurso Especial.

Nesse sentido, colhe-se do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Auto de infração de trânsito. Competência. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. Inviável, em recurso extraordinário, o reexame da legislação infraconstitucional. 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita.” (ARE nº 1223138 AgR/RS. Rel. Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. J. 18/10/2019).

No mesmo viés:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. PECULATO. INSTITUTO CANDANGO DE SOLIDARIEDADE. FUNCIONÁRIO PÚBLICO POR EQUIPARAÇÃO. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, II, XXXV, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. JUIZ NATURAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.

1. O entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. O Instituto Candango de Solidariedade - ICS, enquanto ostentou a condição de Organização Social, constituiu entidade paraestatal, enquadrando-se no disposto no § 1º do artigo 327 do Código Penal.

Os ocupantes de cargo, emprego ou função no Instituto em referência respondem pela prática de crimes contra a Administração Pública.

2. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, LIII, LIV e LV, da Lei Maior, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, bem como do revolvimento do quadro fático delineado na origem, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Magna Carta.

3. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada.

4. Agravo interno conhecido e não provido. (ARE 1048461 AgR/DF. Relª. Minª. Rosa Weber. Primeira Turma. J. 21/02/2020).

E também:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL: TEMA 181. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Ausente o interesse recursal, é inviável o recurso extraordinário.

II – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam o acórdão recorrido, dado que apenas ofensa direta à Constituição Federal enseja a interposição do apelo extremo. (ARE nº 1230956 AgR/PR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 20/11/2019).

Não obstante a ausência de demonstração da repercussão geral e a impropriedade da via eleita para a discussão de matéria infraconstitucional, outros óbices se observam à admissão do reclamo extraordinário. Vejamos:

1. Da violação ao art. 93, IX, da Constituição da República, pelo não saneamento dos vícios apontados em sede de Embargos de Declaração

Ao argumento de que a decisão proferida em sede de Embargos de Declaração “valeu-se de fundamentação que serviria para qualquer outro processo sobre qualquer tema de embargos declaratórios” (fl. 8.715), a defesa alegou violação ao art. 93, IX, da Constituição, que trata da necessidade de fundamentação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Em que pese a argumentação defensiva, salienta-se que a Suprema Corte, no julgamento do AI-QO-RG nº 791.292, referente ao TEMA 339/STF, firmou a tese jurídica de que “O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas”.

É dizer, o dispositivo em alusão não determina ao julgador a obrigatoriedade de tecer considerações, em separado, sobre cada questão decidida, mas tão somente a necessidade de demonstrar os fundamentos de seu convencimento, desde que suficientes à compreensão da decisão.

Em análise aos autos, constata-se que o Tribunal estadual decidiu pelo parcial conhecimento dos Embargos de Declaração opostos pela defesa e, na parte conhecida, por seu parcial acolhimento, somente “no que pertine à execução provisória da pena” (fl. 8.536), concluindo pela “rediscussão da matéria analisada e debatida no acórdão embargado” (fl. 8.531) em relação aos demais vícios apontados. Confira-se:

Os embargos de declaração opostos pelo Ministério Público devem ser conhecidos, ao passo que os aclaratórios opostos pela defesa devem ser conhecidos apenas em parte.

Isso porque a alegação defensiva de que a decisão colegiada padece de omissão, ao argumento de que este Órgão Fracionário não teria analisado o pleito de absolvição do delito de fraude à licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/93) formulado expressamente nas respectivas razões de apelação, não se mostra cabível. Para melhor análise da questão, transcreve-se, por oportuno, trecho dos embargos de declaração opostos por Elizeu Mattos, in verbis:

[...]

Entretanto, analisando detidamente os autos, constata-se, surpreendentemente, que as razões do apelo defensivo possuem conteúdo diverso do ora sustentado - vide, em especial, os itens 778 e 779, consoante se infere às fls. 7882/7888, de onde se extrai:

[...]

Ocorre que o trecho apontado e destacado entre aspas pelo embargante não constou das razões de apelação, o que se pode concluir em mera comparação entre as duas peças processuais defensivas.

Claro está, portanto, que as razões de apelo não contém a tese que é destacada como não analisada, sendo patente que a apontada omissão no julgado não encontra correspondência na peça apresentada, sendo trazida somente em embargos de declaração, como se antes invocada fosse, o que não condiz com a realidade dos autos.

Nesse cenário, resta evidente a deliberada intenção dos defensores e do embargante Elizeu Mattos de distorcerem a finalidade dos aclaratórios - inclusive, alterando o teor das razões de apelo outrora apresentadas para, assim, ocasionar e apontar omissão fraudulenta no acórdão - e, novamente, tumultuarem o andamento processual, em nítida afronta aos princípios da lealdade processual e da boa-fé. [...]

Logo, considerando que o tema discutido não foi abordado nas razões recursais, não se conhece dos aclaratórios nesse particular.

1. Da ausência de apreciação de parte das teses levantadas no apelo defensivo

De outro lado, as alegadas omissões e/ou contradições no julgado apontadas pela defesa do embargante Elizeu Mattos, mais especificamente pela suposta mácula decorrente da ausência de apreciação de parte das teses levantadas no apelo, revelam-se mera rediscussão da matéria analisada e debatida no acórdão embargado, a despeito da existência de qualquer vício.

Relembra-se, por oportuno, que o Magistrado não está obrigado a analisar/rechaçar expressamente todas as teses alegadas pela defesa, desde que, em observância ao princípio do livre convencimento motivado, exponha as razões e os fundamentos da decisão condenatória, tal como realizado no caso dos autos.

Na verdade, conforme se infere às fls. 8166/8463 (vol. 39), inexistente qualquer omissão ou contradição no julgado, que tratou minuciosamente das insurgências defensivas, sendo devidamente fundamentado quanto aos motivos que levaram ao afastamento dos pedidos.

Assim, as alegações levantadas, por si, revelam mero inconformismo da defesa, que, em verdade, pretende a rediscussão de matéria já analisada por ocasião do julgamento do apelo

Entretanto, como se sabe, os embargos declaratórios não constituem meio hábil para tanto, uma vez que se destinam apenas à elucidação e à complementação do julgado anterior. (fls. 8.525 – 8.531).

Observa-se, pois, que os fundamentos que embasaram a decisão proferida nos Embargos Declaratórios podem ser facilmente extraídos do decisum, sendo oportuno ressaltar que não se pode confundir fundamentação sucinta com ausência de motivação ou mesmo fundamentação contrária aos interesses da parte, o que não se vislumbra no caso.

Na esteira do entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, "(...) só se considera nula a decisão desprovida de fundamentação, não aquela que, embora concisa, contenha motivação (AI nº 847.887/MG-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 16/2/12)" (ARE 933.976 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. em 16/12/2016).

Nesse cenário, portanto, em observância ao TEMA 339 do STF, deve ser negado seguimento ao Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 1.030, I, "a", do CPC, no tocante à violação ao art. 93, IX, da Constituição.

2. Da ofensa aos arts. 5º, LIII, 127 e 128, § 5º, I, "b", da Constituição da República - alegada nulidade decorrente da violação ao princípio do Promotor natural

Na sequência, a defesa alegou que "o presente recurso deve ser provido a fim de reconhecer a violação aos arts. 5º, LIII, 127 e 128, § 5º, inc. I, "b", da Constituição Federal" (fl. 8.716), na medida em que, a seu ver, a 5ª Promotoria de Justiça da comarca de Lages não possuía atribuição para atuar em processos criminais à época dos fatos.

Ao afastar a referida nulidade, assim consignou o Órgão Fracionário:

1.1.2 Da violação ao princípio do Promotor natural

A preliminar de nulidade processual por violação ao princípio do Promotor natural, por afronta ao disposto nos arts. 5º, LIII, 127 e 128, § 5º, inc. I, **b**, da Constituição Federal e art. 38, inc. II, da Lei Orgânica do Ministério Público, ao argumento de que apenas a 12ª Promotoria de Justiça possuiria competência funcional para atuar perante a 2ª Vara Criminal da comarca de Lages/SC, não comporta acolhida.

Como bem apontou a defesa, «a atuação da 5ª Promotoria de Justiça é restrição a duas áreas: Moralidade Administrativa e Controle de Constitucionalidade [...] (fl. 7712).

Ocorre que o Ato n. 528/2013/PGJ, que estabeleceu as diretrizes para a proposta de fixação de atribuições às Promotorias de Justiça e especificou as áreas de atuação especializada no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina, posteriormente revogado pelo Ato n. 0486/2017/CPJ, previa no tocante à Moralidade Administrativa:

[...]

O Ato n. 0486/2017/CPJ, atualmente em vigência, manteve atribuição quase idêntica, pois estabelece:

[...]

Como bem apontou o Juiz a quo, «até hoje, TODOS os feitos da moralidade administrativa que tramitam neste juízo, são de responsabilidade da 5ª Promotoria, não se tratando de uma exclusividade a sua atuação na presente ação penal, conforme já determinava o Ato nº 050/2000/CPJ, de 21/8/2000, Ato nº 528/2013/PGJ e Ato nº 0486/2017/CPJ, não merecendo prosperar a alegada nulidade do processo por violação ao princípio do promotor natural previsto no art. 5º, LIII, artigos 127 e 128, § 5º, I, **b**, todos da Constituição da República, e artigo 38, II, da Lei Orgânica do Ministério Público [...] (Embargos de Declaração n. 0004985-22.2018.8.24.0039).

Logo, observa-se que a atribuição específica de atuar nos feitos referentes à Moralidade Administrativa compreendia - e ainda compreende - aqueles concernentes à «prática de crimes que tenham como sujeito passivo principal ou secundário a administração pública, ainda que perpetrados fora do exercício da função, mas em razão dela [...]», de forma que não se cogita da nulidade aventada. (fls. 8.235 – 8.236).

Como se vê, a decisão combatida ressaltou que a atuação da 5ª Promotoria de Justiça da comarca de Lages restringia-se “a duas áreas: Moralidade Administrativa e Controle de Constitucionalidade”, o que compreendia os processos relativos à prática de crimes que tinham como sujeito passivo principal ou secundária a administração pública, ainda que perpetrados fora do exercício da função.

A decisão ressaltou, ainda, que “TODOS os feitos da moralidade administrativa que tramitam neste juízo, são de responsabilidade da 5ª Promotoria, não se tratando de uma exclusividade a sua atuação na presente ação penal”, pelo que não havia violação ao princípio do Promotor Natural a ser reconhecida.

Não o bastante, observa-se, ainda, que para a constatação de eventual desrespeito às atribuições da 5ª Promotoria de Justiça da comarca de Lages, seria necessária a análise dos mencionados Atos nº 528/2013/PGJ e nº 0486/2017/CPJ, ambos do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, o que não é cabível por meio de Recurso Extraordinário, nos termos do enunciado da Súmula 280 do STF, que dispõe, *in verbis*: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário”.

Nesse entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/1932. LEI DISTRITAL 7.515/1986. LEI LOCAL. SÚMULA 280. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA.

1. Nos termos da orientação sedimentada na súmula 280 do STF, não cabe recurso extraordinário quando a verificação da alegada ofensa à Constituição Federal depende de análise prévia da legislação infraconstitucional pertinente à matéria em discussão. (ARE 1127544 AgR/DF. Rel. Min. Edson Fachin. Segunda Turma. J. 14/02/2020).

Igualmente:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SÚMULA 636 DO STF. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. EXAME DE DIREITO LOCAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 280/STF. REAPRECIAÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF.

[...]

4. A solução da controvérsia depende da análise do conjunto probatório dos autos e da legislação local, o que é incabível em sede de recurso extraordinário, conforme consubstanciado nas Súmulas 279 (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) e 280 do STF (Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário). (ARE 1209499 AgR/PE. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. J. 06/09/2019).

3. Da violação aos arts. 5º, LIII, e 29, X, ambos da Constituição da República - alegada nulidade decorrente da violação ao princípio do Juiz natural

Não apenas contra a Promotoria de Justiça atuante no processo, observa-se que a defesa se insurgiu, também, contra o Juiz de Primeiro Grau responsável pela condução inicial do feito.

De acordo com a defesa, “desde o início da investigação, o Ministério Público já detinha indícios da presença inofismável do então Prefeito Elizeu Mattos no contexto dos fatos investigados, os quais foram omitidos do Juízo natural nos pedidos de diligências preliminares e incidentais”, pelo que “não resta nenhuma dúvida de que houve usurpação da competência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina” (fl. 8.740).

A preliminar de nulidade, todavia, foi assim afastada no acórdão:

1.1.3 Da violação ao princípio do Juiz Natural

1.1.3.1 A tese de que a investigação seria nula por violação ao princípio do Juiz natural por usurpação da competência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em razão da ciência, desde o início, de que os fatos envolveriam o então Prefeito do município de Lages/SC, não merece prosperar.

No ponto, de forma a elucidar a matéria, transcreve-se trecho da decisão que remeteu os autos à comarca de origem após o deferimento de pedidos de interceptações telefônicas decorrentes da então suspeita de envolvimento do Prefeito de Lages/SC em crimes contra o erário, e explicitou o desenrolar da investigação até então (30.10.2014).

[...]

Observa-se que após a constatação de efetiva existência de indícios de envolvimento do ora apelante na prática dos crimes em análise, os autos foram remetidos a este Tribunal de Justiça, diante do então foro de prerrogativa de função.

Com efeito, ainda que os investigadores porventura suspeitassem do envolvimento do Chefe do Executivo Municipal em crimes contra o erário, é cediço que ‘A mera presença de autoridade com foro por prerrogativa de função em conversas captadas por meio de procedimento de interceptação telefônica não é suficiente para determinar a imediata remessa dos autos ao foro competente em razão da pessoa. Este procedimento deve ser tomado após exame acerca da idoneidade e da suficiência dos dados colhidos para se firmar o convencimento acerca do possível envolvimento do detentor de prerrogativa de foro com a prática dos fatos apurados [...]’ (HC 482.175/GO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 08/04/2019).

No mesmo sentido, colhe-se decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça no HC 315.670/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 02/10/2018, DJe 15/10/2018: [...]

Ademais, a tese foi objeto de análise por esta Terceira Câmara Criminal em 26-02-2015, evidenciada a preclusão:

[...] ADUZIDA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. AUTOS REMETIDOS A ESTA INSTÂNCIA QUANDO CONSTATADOS INDÍCIOS DE ATUAÇÃO ILÍCITA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. DEVOLUÇÃO DO FEITO À ORIGEM APÓS NÃO IDENTIFICADOS OUTROS INDÍCIOS QUE CORROBORASSEM A ALUDIDA PARTICIPAÇÃO. POSTERIOR PRISÃO DE TRÊS DOS DENUNCIADOS E HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE COLABORAÇÃO PREMIADA QUE ATRAÍRAM A COMPETÊNCIA A ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (TJSC, Inquérito n. 2014.084958-4, de Lages, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 26-02-2015).(fls. 8.237 – 8.241).

Conforme se infere da decisão combatida, a partir da análise dos elementos de prova colhidos no início das investigações, o Órgão Colegiado concluiu que os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça a tempo, “após exame acerca da idoneidade e da suficiência dos dados colhidos para se firmar o convencimento acerca do possível envolvimento do detentor de prerrogativa de foro com a prática dos fatos apurados”, pelo que não houve afronta ao princípio do Juiz natural.

Nessa conjuntura, a alteração da compreensão alcançada demandaria o reexame das provas já analisadas por ocasião do julgamento do recurso de apelação, o que é vedado nesta via, nos termos do enunciado da Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Da jurisprudência da Suprema Corte, extrai-se:

AGRAVO REGIMENTAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS. ÓBICE DA SÚMULA 279/STF. VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REPERCUSSÃO GERAL NÃO RECONHECIDA (TEMA 182). VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO, À AMPLA DEFESA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATERIA INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 660). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Apelo defensivo desprovido para manter a sentença condenatória do recorrente pela prática do delitos de concussão e corrupção passiva. A necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório impede o acolhimento do recurso extraordinário, uma vez que incide o óbice da Súmula 279 desta Corte. (ARE nº 1249060 AgR/ES. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. J. 21/02/2020).

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. [...] REDISCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. [...]

2. Para se chegar à conclusão diversa do entendimento firmado no Tribunal de origem, demandaria o reexame de fatos e provas, a exigir o revolvimento de matéria de índole probatória, o que encontra óbice na Súmula 279 do STF. (RE nº 1111946 AgR/AM. Rel. Min. Edson Fachin. Segunda Turma. J. 19/11/2018).

Demais disso, necessário observar que o acórdão recorrido, no tocante à violação ao princípio do Juiz natural, está assentado, igualmente, em fundamento que não foi atacado pela defesa nas razões recursais, qual seja, a preclusão da matéria, que já foi discutida pela Terceira Câmara Criminal na data de 26/02/2015 (Inquérito nº 2014.084958-4).

Confira-se a ementa do julgado:

[&] ADUZIDA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. AUTOS REMETIDOS A ESTA INSTÂNCIA QUANDO CONSTATADOS INDÍCIOS DE ATUAÇÃO ILÍCITA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. DEVOUÇÃO DO FEITO À ORIGEM APÓS NÃO IDENTIFICADOS OUTROS INDÍCIOS QUE CORROBORASSEM A ALUDIDA PARTICIPAÇÃO. POSTERIOR PRISÃO DE TRÊS DOS DENUNCIADOS E HOMOLOGAÇÃO DE TERMO DE COLABORAÇÃO PREMIADA QUE ATRAÍRAM A COMPETÊNCIA A ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (TJSC, Inquérito nº 2014.084958-4, de Lages. Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida. Terceira Câmara Criminal, J. 26/02/2015).

Sendo o fundamento da preclusão o bastante para a manutenção do decisum, a pretensão recursal no tocante à violação ao princípio do Juiz natural encontra obstáculo, ainda, no enunciado da Súmula 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

4. Do malferimento ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República – alegados vícios decorrentes da cisão processual e da quebra da imparcialidade objetiva do Juiz

De início, cumpre salientar que a violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, que trata dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, foi levantada pela defesa não apenas no presente tópico, mas por diversas vezes no decorrer das razões recursais, como bem apontou a

Procuradoria de Justiça Criminal:

Inicialmente, alega violação ao art. 5º, LIV e LV, da CF, pretendendo sua absolvição do cometimento do delito de organização criminosa, ou a declaração da nulidade da sentença, diante da cisão processual. Alega que o mencionado crime é de concurso necessário e que é a única parte passiva na ação penal. Argumento que não teve acesso às provas produzidas no processo cindido e que há impedimento do Juiz, ao atuar em ambos os processos cindidos, em razão da quebra da imparcialidade objetiva. Por fim, sustenta que não teve acesso ao interrogatório/alegações finais dos réus delatores na ação penal cindida, motivo pelo qual requer que seja declarada a nulidade da sentença, com a reabertura de prazo para alegações finais.

Sustenta, ainda, violação ao art. 5º, LIV e LV, da CF, sob o argumento de que o depoimento de determinado colaborador é nulo, não podendo ser utilizado para amparar o decreto condenatório, pois ele não tinha ciência sobre os fatos envolvendo o Recorrente.

Alega, também, que o acórdão recorrido violou o art. 5º, LIV e LV, da CF, ao postular o reconhecimento da nulidade nos depoimentos dos integrantes do GAECO, pois, conforme argumenta, ocorreu a quebra de incomunicabilidade das testemunhas (fls. 9.171 e 9.172).

Sobre a suposta mácula aos referidos princípios constitucionais - devido processo legal, contraditório e ampla defesa - destaca-se que a Suprema Corte, ao apreciar a matéria no julgamento do ARE 748.371-RG/MT, reconheceu a inexistência de repercussão geral acerca do assunto, por depender de prévia análise de questões infraconstitucionais (TEMA 660/STF).

Confira-se a ementa do acórdão:

Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral. (ARE nº 748371 RG. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. J. 06/06/2013).

Extrai-se, no mesmo sentido, da recente jurisprudência de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, II, XXXV, XXXVI, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. [...] CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

2. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, II, XXXV, XXXVI, XLV, XLVI LIV e LV, da Constituição Federal, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Magna Carta. (ARE n/ 1087534 AgR/CE. Relª. Minª. Rosa Weber. Primeira Turma. J. 20/12/2019).

Igualmente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SUPOSTA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE N O R M A S INFRACONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 660). ACÓRDÃO RECORRIDO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TEMA 339 DA REPERCUSSÃO GERAL). TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. AUSÊNCIA. CONTROVÉRSIA QUE DEMANDA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 748.371-RG (Tema 660), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, rejeitou a repercussão geral da controvérsia referente à suposta ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, quando o julgamento da causa depender de prévia análise de normas infraconstitucionais, por configurar situação de ofensa indireta à Constituição Federal. (ARE nº 1207881 AgR/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 20/12/2019).

Nesse entendimento, ausente a repercussão geral das teses levantadas pela defesa com base na violação ao art. 5º, LIV e LV, da CRFB/88, incide no caso em tela, novamente, o disposto no art. 1.030, I, “a”, no CPC/15 (TEMA 660/STF), razão pela qual deve ser negado seguimento ao recurso nesse particular.

Cumprindo ainda salientar, no tocante à alegação de quebra da imparcialidade objetiva do Juiz, que a tese não foi devidamente analisada pelo Tribunal a quo por ocasião do julgamento do recurso de apelação, não tendo a defesa, igualmente, oposto Embargos de Declaração para sanar a omissão, o que evidencia a ausência de prequestionamento da matéria e atrai, consequentemente, a aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF.

Extrai-se da jurisprudência da Suprema Corte:

Cristalizada a jurisprudência desta Suprema Corte, nos termos das Súmulas nºs 282 e 356/STF: “Inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”, bem como “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 nº 1226094 AgR/RS. Rel.ª. Min.ª. Rosa Weber. Primeira Turma. J. 21/02/2020).

Igualmente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REAJUSTE DE 28,86%. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I – É inviável o recurso extraordinário cujas questões constitucionais nele arguidas não tiverem sido prequestionadas. Incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF. (ARE nº 1210658 AgR/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 14/02/2020).

5. Da violação ao art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição da República – alegação de nulidade da sentença condenatória

Ao argumento de que o “MM. Juiz de Direito Substituto [...] sequer possuía lotação ou designação para julicar na 2ª Vara Criminal de Lages ao tempo do édito condenatório” (fl. 8.755), a defesa sustentou violação aos dispositivos constitucionais em referência, porquanto a sentença condenatória foi prolatada, na sua ótica, por autoridade incompetente.

Ao analisar a nulidade aventada, o Órgão Colegiado assim concluiu:

1.1.3.2 O apelante sustentou, ainda, que a sentença seria nula por violação ao princípio do Juiz Natural ao argumento de que o Magistrado que a prolatou não estaria lotado e tampouco teria sido designado para atuar na 2ª Vara Criminal da comarca de Lages/SC à época, o que afrontaria o princípio do devido processo legal e o disposto nos arts. 5º, incs. XXXVII e LIII, da Constituição Federal e 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica.

Afirmou que na data da prolação da sentença - 08.06.2018 - o Magistrado titular, Dr. Alexandre Karazawa Takaschima, atuava regularmente na 2ª Vara Criminal da comarca de Lages/SC, enquanto o Dr. Jean Everton da Costa – Juiz que prolatou a sentença e que não teria vinculação com o processo - não teria sido designado para atuar na mesma Vara como substituto, como cooperador, ou em regime de plantão.

Alegou que os prejuízos estariam evidenciados diante da condenação a ‘pena desproporcional’ pela contratação emergencial de empresa que prestou serviços de saneamento no município de Lages/SC - sem superfaturamento, fraude em medição ou prejuízo ao erário - , em sentença que não reconheceu a nulidade do feito por usurpação da competência do Tribunal de Justiça de Santa

Catarina para autorizar e supervisionar investigação contra prefeito, supostamente baseada em interceptações telefônicas eivadas de ilegalidades e em testemunhas que teriam ‘combinado’ seu depoimento, razão pela qual deveria ser reconhecida a nulidade da decisão.

A insurgência, no entanto, não comporta acolhida.

Verifica-se que após promoção do então titular da 2ª Vara Criminal da comarca de Lages/SC, Dr. Luiz Neri Oliveira de Souza, ao cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, conforme Ato GP n. 1528, de 28.07.2017, o Dr. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva respondeu pela mesma durante o mês de agosto do ano de 2017 (Portaria GP n. 350 de 11.07.2017).

O Magistrado que posteriormente sentenciou o processo, Dr. Jean Everton da Costa, por sua vez, respondeu pela 2ª Vara Criminal da comarca de Lages/SC no período compreendido entre o mês de setembro de 2017 e 1º de maio de 2018 (Portarias GP ns. 430 de 16.08.2017, 500 de 15.09.2017, 570 de 19.10.2017, 625 de 20.11.2017, 720 de 14.12.2017, 15 de 24.01.2018, 95 de 14.02.2018, 437 de 19.03.2018 e 734 de 19.04.2018).

Durante este período, o Dr. Jean Everton da Costa instruiu e saneou o feito, conforme decisões de fls. 6150, 6154, 6178, 6213/6215 e 6217, e em 23.10.2017 presidiu audiência de instrução na qual realizou o primeiro interrogatório do réu (fl. 6314 - vol. 30).

Proferidos outros despachos e decisões pelo mesmo Magistrado (fls. 6324, 6339, 6344, 6377) foi realizada nova audiência de instrução em 16.02.2018, ocasião em que foi ouvida uma testemunha de defesa e realizado novo interrogatório do réu (fl. 6383 - vol. 30); apresentadas alegações finais, o mesmo proferiu a sentença condenatória em 08.06.2018 (fls. 7232/7326)

Observa-se que o Juiz vinha instruindo o feito, de forma que possuía competência para proferir a sentença, nos termos do disposto no art. 399, § 2º, do Código de Processo Penal: ‘O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.’

Com efeito, diversamente do apontado pela defesa, submeter o feito a análise e julgamento pelo então titular da Vara - que não instruiu o processo - caracterizaria real violação ao princípio do Juiz Natural, em especial porque o processo foi concluso para sentença em 26.04.2018, quando o Dr. Jean Everton da Costa ainda respondia pela unidade.

Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, ‘Mostra-se irrelevante o fato de que a sentença tenha sido publicada quando o togado titular já havia retornado de suas férias, já que o momento para a verificação da possibilidade de atuação de outro juiz no feito é aquele em que os autos retornam conclusos para a prolação de decisão, e não a data em que há a sua publicação em cartório [...]’ (RHC 43.403/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014).

Ademais, o Magistrado atuava à época da prolação da sentença como cooperador da 2ª Vara Criminal da comarca de Lages/SC, conforme Portaria GP n. 841, que dispõe:[...]

Referida norma foi equivocadamente publicada pelo gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina apenas em 10 de abril de 2019, no entanto ressaltou expressamente que o pedido de cooperação fora formalizado em 04.06.2018, antes portanto de proferida a sentença.

Desta forma, não restou caracterizada a aventada afronta ao princípio da identidade física do juiz.

Se não bastasse, o descontentamento do réu com a condenação a si imposta referente a temas que se confundem com o mérito recursal e serão devidamente abordados - não tem o condão de caracterizar 'prejuízo', o que obstaria o reconhecimento da alegada nulidade nos termos do disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça no HC 301.319/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018: [...] (fls. 8.241 - 8.244).

Pelo que se extrai do aresto combatido, o Tribunal estadual entendeu que o Magistrado responsável pelo édito condenatório era competente para a prolação da sentença, sobretudo porque "vinha instruindo o feito, de forma que possuía competência para proferir a sentença", e ainda atuava "como cooperador da 2ª Vara Criminal da comarca de Lages/SC, conforme Portaria GP n. 841".

Além disso, observa-se que a decisão colegiada destacou que a insurgência em relação à sentença prolatada pelo Juiz de Primeiro Grau confundia-se com o próprio mérito recursal, por demandar o exame de provas, e não evidenciava o prejuízo necessário ao reconhecimento da nulidade invocada, de modo que a alteração da conclusão alcançada pelo Órgão Fracionário esbarra, uma vez mais, no enunciado da Súmula 279 do STF, pois demanda a reanálise do contexto fático-probatório já discutido nos autos.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 25.10.2019. HORA EXTRA – REPOUSO SEMANAL REMUNERADO – SÁBADO – REFLEXO - SÚMULA 279 DO STF – PRECEDENTE DO PLENÁRIO.

1. É inadmissível o recurso extraordinário quando para se chegar à conclusão diversa daquela a que chegou o Tribunal de origem, seja necessário o reexame das provas dos autos. Incidência da Súmula 279 do STF.
2. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE nº 1235921 AgR/SC. Rel. Min. Edson Fachin. Segunda Turma. J. 14/02/2020).

No mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO. ARTIGO DE LEI MUNICIPAL DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SÚMULAS 279 E 280/STF.

1. Hipótese em que dissentir da conclusão adotada pelo Tribunal de origem exigiria o exame da legislação local pertinente e uma nova apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (incidência das Súmulas 279 e 280/STF). (RE nº 643164 AgR-segundo-ED-AgR. Rel. Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. J. 23/08/2019).

6. Da ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da CF, pela consideração do depoimento prestado pelo corréu delator

Tornou o recorrente a sustentar violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, que dispõe acerca dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, desta vez para se insurgir contra o depoimento prestado pelo corréu delator, o qual “não visualizou ou conheceu do fato por meios sensoriais próprios” e revela que “sua credibilidade na ótica do processo penal constitucional é mínima” (fl. 8.764).

Conforme já exposto no tópico nº 4, todavia, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela ausência de repercussão geral na alegação de ofensa aos dispositivos constitucionais invocados, por depender de prévia análise de questões infraconstitucionais (TEMA 660/STF).

Logo, impõe-se o não seguimento do recurso em relação à matéria alegada, nos termos do art. 1.030, I, “a”, no Código de Processo Civil.

Para mais, salienta-se que a tese de nulidade do depoimento prestado pelo corréu delator foi devidamente examinada pelo Órgão Colegiado apenas sob a ótica da violação a dispositivo de lei federal (art. 213 do CPP), decisão da qual não foram opostos Embargos de Declaração a fim de que a questão fosse debatida sob o viés constitucional. Confira-se:

O apelante aventou que a sentença seria nula por basear sua condenação em depoimento de colaborador que não tinha ciência direta acerca do seu suposto envolvimento nos atos ilícitos, tendo unicamente referido que soubera por seu genitor do envolvimento do acusado, o que afrontaria o disposto no art. 213 do Código de Processo Penal.

Ocorre que, apenas para ilustrar, ainda que esta configurasse a única prova embasadora da condenação do ora apelante, o Código de Processo Penal ressalva a possibilidade de a testemunha manifestar suas apreciações pessoais ‘quando inseparáveis da narrativa do fato’ (art. 213, parte final), o que é condizente com o caso dos autos.

Ademais, a matéria confunde-se com o mérito recursal, razão pela qual será oportunamente apreciada.

Logo, afasta-se a pretensão no ponto (fl. 8.246).

Desse modo, não discutida pela via constitucional, a pretensão recursal no tocante às declarações prestadas pelo corréu delator encontra óbice nas Súmulas 282 e 356 do STF, que dispõem, respectivamente: “É 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 questionamento”.

Colhe-se da jurisprudência de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

5. O Juízo 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 e 356 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (RE nº 1247137 AgR/SC. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. J. 21/02/2020).

Igualmente:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPOSTA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 660). TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I – É inviável o recurso extraordinário cujas questões constitucionais nele arguidas não tiverem sido prequestionadas. Incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF. (ARE nº 1212579 AgR/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 14/02/2020).

7. Do malferimento ao art. 5º, XII, da Constituição da República, em razão do não reconhecimento da nulidade das interceptações telefônicas procedidas sem mandado judicial

Ao alegar violação ao art. 5º, XII, da Constituição Federal, o recorrente almeja o reconhecimento da nulidade das interceptações telefônicas, as quais alegou que foram procedidas “por períodos sem cobertura de mandado judicial” (fl. 8.765).

Ao refutar a nulidade aventada, o Órgão Colegiado assim se manifestou:

No tocante à alegação de que as interceptações telefônicas teriam compreendido períodos não acobertados por autorizações judiciais, é cediço que referida irregularidade não tem o condão de tornar nula toda a prova colhida, em especial porque a defesa não indicou eventuais diálogos ocorridos nos períodos aventados que tenham sido relevantes para a apuração dos crimes em comento ou outras provas deles derivadas, inexistindo assim prejuízo.

Logo, não se cogita da aventada violação à Súmula n. 14 do Supremo Tribunal Federal ou de nulidade das interceptações telefônicas e dos atos processuais dela advindos. (fl. 8.248).

Por meio da análise do conteúdo relativo às interceptações telefônicas procedidas durante as investigações, percebe-se que o Tribunal estadual entendeu não pela nulidade, mas pela mera irregularidade das interceptações procedidas fora do período judicialmente autorizado, o que não tinha o condão “de tornar nula toda a prova colhida”.

O acórdão recorrido assentou, igualmente, que “a defesa não indicou eventuais diálogos ocorridos nos períodos aventados que tenham sido relevantes para a apuração dos crime em comento ou outras provas deles derivadas, inexistindo assim prejuízo”, de modo que a alteração das conclusões alcançadas pelo Órgão Fracionário, por demandarem a reanálise das provas produzidas no decorrer das interceptações telefônicas, encontra óbice, novamente, no enunciado da Súmula 279 do STF (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”).

Em caso semelhante, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MATÉRIA CRIMINAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. POSSIBILIDADE. ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. REVISÃO DA MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...]

2. É inviável o processamento do apelo extremo quando sua análise implica rever a interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentaram a decisão a quo. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta. 3. O recurso extraordinário esbarra no óbice previsto na Súmula 279 do STF, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório. 4. Agravo regimental desprovido. (ARE nº 1134682 AgR/SP. Rel. Min. Edson Fachin. Segunda Turma. J. 23/08/2019).

No mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE EXTORSÃO. ARTIGO 158, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. PRORROGAÇÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. COMPLEXIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS CONVERSAS CAPTADAS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILICITUDE DA PROVA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IRREGULARIDADES NO CURSO DO INQUÉRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. AFERIÇÃO. PRORROGAÇÃO DE PRAZO PARA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (ARE nº 1127868 AgR/RN. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. J. 29/06/2018).

8. Da violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República, em razão da quebra da incomunicabilidade das testemunhas integrantes do GAECO

Repetidamente, a defesa sustentou violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, diante da suposta quebra de incomunicabilidade das testemunhas integrantes do GAECO - Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado.

Para a defesa, as referidas testemunhas devem ter “seu crédito esvaziado, sob pena de violação ao devido processo legal” (fl. 8.769), já que se comunicaram anteriormente à oitiva em Juízo.

Não obstante a argumentação defensiva, verifica-se que, além da ausência de repercussão geral da matéria, o que já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE nº 748.371-RG/MT (TEMA 660) e implica a negativa de seguimento do recurso nesse particular (art. 1.030, I, “a”, no Código de Processo Civil), a Corte estadual entendeu pela ausência de quebra da incomunicabilidade das testemunhas, “que unicamente relembroum datas de fatos ocorridos no curso da apuração, sem adentrar no seu mérito, antes da sua oitiva independente e sem ter acesso aos depoimentos dos demais” (fl. 8.249).

Assim foi consignado no acórdão combatido:

1.1.7 Da nulidade dos depoimentos dos integrantes do GAECO

O apelante sustentou, ainda, a nulidade dos depoimentos dos integrantes do GAECO (Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas) por ofensa ao disposto no art. 210, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

No ponto, alegou que uma testemunha teria relatado que ‘os policiais responsáveis pela investigação [&] estavam lembrando, entre si, os pontos importantes das investigações que precisavam constar nos depoimentos [...]’ (fl. 7790).

Entretanto, não se cogita da quebra de comunilidade, pois conforme apontou a sentença: ‘Colhe-se da manifestação do Procurador de Justiça presente ao ato, constante no termo de audiência (fls. 4.820):

Basta rever o depoimento de Aldo que se perceberá claramente que não houve quebra do sigilo, apenas referenciou que os policiais falaram no sentido de precisar as datas, não adentrando no conteúdo do depoimento de cada um e nem trocando informações a esse respeito como bem salientado pela testemunha.

O simples fato de algumas testemunhas de acusação aguardarem o chamamento à audiência no mesmo recinto não é capaz de macular a regra da incomunicabilidade.

Gize-se que referidos testigos exercem suas funções perante o GAECO e caso tivessem a intenção de dialogar sobre o presente processo, assim o fariam, inclusive em seu local de trabalho. Tal incomunicabilidade não possui natureza absoluta, ainda mais se considerada a impossibilidade de se manter número elevado de testemunhas ‘como ocorre nos autos’ em ambientes reservados.

Ademais, não há notícias acerca do acesso dos testigos aos depoimentos uns dos outros e, aliás, todos prestaram compromisso de dizer a verdade, sendo advertidos acerca das penas do falso testemunho (art. 210, caput, do CPP). [...] (fl. 7251).

Com efeito, não há nulidade no depoimento das testemunhas policiais que, juntos, participaram da investigação 'que unicamente lembraram datas de fatos ocorridos no curso da apuração, sem adentrar no seu mérito, antes da sua oitiva independente e sem ter acesso aos depoimentos dos demais.

Rejeita-se, assim, a tese. (fls. 8.248 e 8.249).

Através da análise dos depoimentos testemunhais prestados, percebe-se, portanto, que o Órgão Colegiado entendeu pela ausência de mácula na oitiva dos integrantes do GAECO, conclusão cuja alteração, inevitavelmente, demandaria o revolvimento das provas já examinadas por ocasião do julgamento do recurso de apelação e esbarra na Súmula 279 do STF.

9. Da violação aos arts. 155 e 386, II e VII, do Código de Processo Penal, pela manutenção da condenação quanto ao crime de participação em organização criminosa

Tendo em vista que a insurgência relativa à condenação pelo crime de participação em organização criminosa foi sustentada exclusivamente sob a ótica da violação a dispositivos de ordem infraconstitucional, o Recurso Extraordinário não comporta admissão nesse particular, como já observado preliminarmente, em razão da impropriedade da via eleita.

Veja-se as razões recursais oferecidas pelo recorrente no tocante

ao crime previsto no art. 2º, caput e §§ 3º e 4º, da Lei nº 12.850/2013:

Segundo a acusação, a vinda da empresa Viaplan para operar em Lags teria sido fruto de um acerto em Florianópolis, ainda quando o Réu Elizeu Mattos era Deputado Estadual e o hipotético acordo teria acontecido no momento entre o resultado das urnas (Vitória na eleição) e o instante da posse do mesmo como Prefeito, e que, posteriormente, o delator Sr. Arnaldo dos Santos (Diretor-presidente da Viaplan), já quando estava em Lages prestando serviços, trouxe o Sr. Vilson Rodrigues (versão esta da inicial em novembro/14). [...]

Fica claro que o delator falta com a verdade em sua delação. Apresentou versões conflitantes acerca da forma como o Sr. Vilson veio a ingressar no corpo técnico da SEMASA, e, pois, são pontos vitais para se aferir a credibilidade de sua fala. Delação é meio de obtenção de prova que deve ser lida com reservas, e, por isso, como dito acima, deve estar em harmonia com os demais elementos judicializados (produzidos sob o crivo do art. 155 do CPP).

[...]

O acusador (MP) trata com total desconhecimento uma lei meritória e protetora dos direitos do ente público em proteger de maneira consistente o município e, por consequência, seus cidadãos, de empresas despreparadas, inidôneas e responsáveis por grandes prejuízos ao erário público.

Logo, diante desse quadro, em não tendo comprovado o douto Ministério Público suas alegações, é de rigor a reforma da r. Sentença, para que seja prolatada a absolvição do recorrente no tocante ao delito do art. 2º, §§ 3º e 4º, II, da Lei n. 12850/2013, e, de outro lado, em tendo a Defesa apresentado provas irrefutáveis da inoccorrência das hipóteses ventiladas na denúncia e alegações

finals ministeriais, a absolvição deve fulcrar-se no art. 386, II, do CPP; subsidiariamente, que se reconheça a insuficiência probatória elenvada pela Acusação, nos termos do art. 386, VII, do CPP (fl. 8.814 – grifou-se)

Pelo que se extrai do trecho em destaque, a tese absolutória relativa ao crime de organização criminosa foi fundada unicamente sob o prisma da ofensa aos arts. 155 e 386, II e VII, ambos do Código de Processo Penal, o que revela que a via escolhida pelo recorrente é imprópria para a discussão da matéria alegada.

10. Da ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição da República, pela manutenção da condenação quanto a prática do crime de corrupção passiva e dos delitos licitatórios

No tocante à prática do crime de corrupção passiva e dos delitos previstos na Lei nº 8.666/93, o recorrente sustentou que a manutenção do édito condenatório teria violado o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição.

Na perspectiva da defesa, “Chancelar uma condenação com a moldura fática revelada no presente caso – visualizável pela mera leitura da r. sentença e do v. acórdão impugnado, sem necessitar revolver prova alguma – bem demonstra a violação à presunção de inocência, pois o texto da r. sentença e v. acórdão condenatórios não revelaram prova judicial exigida pelos art. 5º, LVII, da CF/88; art. 155, 156 e 386, VII, do CPP para sancionamento do acusado” (fl. 8.857).

Em resumo, o recorrente alega que as declarações prestadas pelos delatores não encontram respaldo nas demais provas produzidas nos autos, sustenta que as condutas atribuídas ao crime de corrupção passiva são atípicas, já que “não são inerentes à função e ofício do Prefeito Municipal” (fl. 8.815), e que não houve dolo, tampouco o efetivo prejuízo ao erário municipal, capazes de ensejar a condenação pelos delitos licitatórios.

Ao analisar o pedido de absolvição, todavia, verifica-se que o Órgão Colegiado reconheceu, a partir do amplo conjunto probatório produzidos nos autos, que o recorrente efetivamente praticou os crimes de corrupção passiva e violou os arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/93. Confirma-se:

1.2.2 Do crime de corrupção passiva (art. 317, caput c/c art. 327, § 2º, ambos do Código Penal [por 22 vezes])

A defesa pugna pela absolvição por insuficiência probatória ou, ainda, por atipicidade da conduta, ao argumento de que os atos de ofício pelos quais teria solicitado/recebido vantagem indevida não eram inerentes à função por ele ocupada (Prefeito Municipal).

A materialidade delitativa restou comprovada por meio do auto de exibição e apreensão (fls. 23 e 26 [vol. 1]), relatórios de investigação policial (fls. 321/400 [vol. 2], 1279/1306 [vol. 7], 1529/1568 [vol. 8], 1590/1634 [vol. 8 e 9], 1660/1720 [vol. 9], 1746/1777 [vol. 9], 1832/1872 [vol. 10] e 1897/1967 [vol. 10]), termos de apreensão (fls. 2007/2009, 2020/2023, 2033, 2038, 2053/2056 [vol. 11]), auto circunstanciado de interceptação telefônica (fls. 2480/2485 [vol.13]), cópia do registro no livro diário da empresa Viaplan (fls. 4019/4030 [vol. 19]), laudos periciais (especialmente aquele de

fls. 4390/4626 [vol. 21 e 22]) e da prova oral colhida ao longo das etapas investigativa e judicial, bem como nos demais elementos juntados nos autos em apenso.

A autoria, outrossim, encontra-se amplamente demonstrada nos autos, especialmente pelos depoimentos colhidos ao longo da persecução criminal.

Da análise do conjunto probatório angariado durante as etapas investigativa e judicial, verifica-se que, consoante minuciosamente explicitado anteriormente, o apelante Elizeu Mattos, aproveitando-se de sua condição de Prefeito Municipal, constituiu e liderou extensa organização criminosa, integrada por empresários (Arnaldo Scherer dos Santos e Julian Scherer Santos) e agentes públicos (Antonio Carlos Simas [vulgo “Toninho”], Vilson Rodrigues da Silva e Jaison Luis Mendes Ouriques), visando receber indevidas vantagens pecuniárias mediante a implantação de extenso e complexo esquema delituoso na SEMASA e na Prefeitura Municipal de Lages.

Nessa perspectiva, a prova oral colhida (vide depoimentos transcritos alhures) evidenciou que Elizeu Mattos passou a solicitar, a partir do mês de maio de 2013, a entrega mensal de vultosas quantias em dinheiro - que variaram entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais) mensais - a Arnaldo Scherer dos Santos, assegurando, assim, a manutenção/renovação dos contratos emergenciais firmados entre a SEMASA e a Viaplan, bem como orquestrou os ajustes que deveriam ser realizados no procedimento licitatório em trâmite, frustrando o caráter competitivo e assegurando a futura vitória da citada empresa no certame.

As vantagens indevidas destinadas ao Chefe do Executivo Municipal eram entregues (tanto por Arnaldo Scherer dos Santos quanto por Julian Scherer Santos) a Antonio Carlos Simas (vulgo “Toninho”), de modo que as transferências ilícitas eram sempre planejadas/concretizadas mediante *modus operandi* semelhante, isto é, depois de perfectibilizado o procedimento administrativo denominado “medição” e realizado o empenho/pagamento pela Administração Pública à empresa Viaplan, os integrantes do grupo criminoso intensificavam as tratativas (por meio de ligações telefônicas e encontros pessoais) visando efetivar a entrega espúria, assegurando o pronto pagamento ao apelante Elizeu Mattos.

Após a instauração de Procedimento de Investigação Criminal (PIC n. 0001/LAG) pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina no dia 26 de fevereiro de 2014 (fls. 132/134, vol. 1) e posterior deferimento do pedido de interceptação telefônica (fls. 154/157, vol. 1), os integrantes do GAECO (Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas) constataram, durante o ano de 2014, o momento em que 6 (seis) pagamentos espúrios foram realizados pelos empresários a Antonio Carlos Simas (vulgo “Toninho”).

Necessário destacar que, muito embora as provas colacionadas aos autos sejam firmes em demonstrar que os pagamentos ilícitos (propinas) destinados ao Prefeito Municipal ocorreram mensalmente desde o mês maio de 2013 até o dia 12 de novembro de 2014 (data em que Arnaldo, Julian e “Toninho” restaram presos em flagrante), convém expor, na sequência, as transações espúrias que restaram flagradas pelos integrantes do GAECO, enfatizando o *modus operandi* utilizado pela organização criminosa liderada por Elizeu Mattos durante o mencionado período e eliminando qualquer dúvida acerca do efetivo recebimento de vantagens indevidas pelo ora apelante.

De início, relativamente à transferência espúria realizada no dia 11.04.2014, constata-se que, após a realização do procedimento administrativo denominado “medição” - aferição do serviço prestado pela empresa Viaplan no período compreendido entre 09.02.2014 e 08.03.2014 -, a Administração Pública emitiu a nota de empenho n. 202/2014 (no dia 19.03.2014) no valor de R\$ 894.140,55 (oitocentos e noventa e quatro mil cento e quarenta reais e cinquenta e cinco centavos), cujo pagamento restou perfectibilizado para a mencionada empresa no dia 25.03.2014.

Nesse cenário, observa-se que funcionários da empresa Viaplan e Julian Scherer Santos mantiveram contatos frequentes com os agentes públicos Jaison Luis Mendes Ouriques e Vilson Rodrigues da Silva nesse período, visando, dessa forma, acelerar a realização do procedimento denominado “medição”, consoante se extrai do relatório de investigação policial de fls. 321/400 (vol. 2), in verbis:

[...]

Além disso, Julian Scherer Santos manteve contatos telefônicos com Antonio Carlos Simas (vulgo “Toninho”) visando agendar um encontro entre Arnaldo Scherer dos Santos e Elizeu Mattos, reunião que restou realizada no pátio da Prefeitura Municipal de Lages no dia 03.04.2014 (quinta-feira) às 12h24min (vide fotografia de fl. 381, vol. 2). Nesse sentido, extrai-se do relatório de investigação policial (fls. 348/350 e 378/383, vol. 2):

[...]

Alguns dias depois dos supracitados encontros, Julian Scherer Santos e Arnaldo Scherer dos Santos mantiveram diversos contatos telefônicos entre si, restando evidente que aquele estava sendo pressionado pelos demais integrantes da organização criminosa para realizar a entrega imediata do numerário (propina) prometido ao Chefe do Executivo Municipal, levando a dupla empresária a acelerar o planejamento referente ao provisionamento e efetivo saque de dinheiro em instituição bancária.

Dessa forma, Julian Scherer Santos se deslocou até Curitiba/PR para buscar o montante em espécie, realizando dois saques nos valores de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), e agendou, na sequência, encontro pessoal com Antonio Carlos Simas (vulgo “Toninho”), mais especificamente na residência deste, situada no Município de Lages.

Ademais, as conversas interceptadas denotam a inquietação/preocupação de Antonio Carlos Simas (vulgo “Toninho”) com o retorno de Julian a Lages, os quais agendam um encontro imediatamente após o regresso deste empresário ao mencionado município.

Nesta oportunidade, os policiais integrantes do GAECO visualizaram e fotografaram o momento em que Julian Scherer Santos adentrou na residência de “Toninho” portando uma mochila e, poucos instantes depois (aproximadamente nove minutos), saiu do local sem o referido objeto, restando evidente - conforme confirmado pela prova oral colhida - de que ocorrera a entrega de vultosa quantia em dinheiro na ocasião. Nessa lógica, extrai-se do relatório de investigação policial (fls. 304/395, vol. 2):

[...]

Importante registrar que os saques realizados por Julian Scherer dos Santos na conta corrente da empresa Viaplan do Banco do Brasil nos dias 10.04.2014 e 11.04.2014 em Curitiba/PR, nos valores de R\$ 90.000,00 e R\$ 80.000,00 - respectivamente -, restaram devidamente comprovados por meio dos extratos bancários (fls. 178/178, vol. 17, do apenso), da planilha elaborada pelos colaboradores (“despesas de obras” - fl. 71, vol. 11, do apenso) e da prova oral angariada ao longo da persecução penal.

Se não bastasse, constata-se que alguns dias após a entrega da vantagem pecuniária - destinada ao apelante Elizeu Mattos - a Antonio Carlos Simas (vulgo “Toninho”), este voltou a manter contato telefônico com Julian Scherer dos Santos e relatou - novamente de forma dissimulada que faltaram R\$ 6.000,00 (seis mil reais), restando evidente que “Toninho” não era o destinatário final da maior parte da propina (mero intermediário), conforme sintetizado pelo Promotor de Justiça em suas alegações finais, *in litteris*:

[...]

Além disso, outras 5 (cinco) transações espúrias restaram flagradas pelos policiais integrantes do GAECO, oportunidades em que os membros da organização criminosa agiram com idêntico *modus operandi* (contatos telefônicos e encontros pessoais frequentes, especialmente após o pagamento à empresa Viaplan pela Administração Pública), de modo que os agentes públicos constatarem as entregas de indevidas vantagens pecuniárias.

Dessa forma, objetivando evitar desnecessária repetição, passa-se a expor, de forma resumida, 4 (quatro) destas transações ilícitas atestadas pelos agentes públicos, isto é:

1) Julian Scherer Santos retornou (no dia 22.07.2014) de Curitiba/PR ao Município de Lages e prontamente se deslocou até a casa de Antonio Carlos Simas, oportunidade em que realizou a entrega de uma mala/mochila contendo cerca de R\$ 166.000,00 - a “Toninho” (vide relatório de investigação policial de fls. 1537/1547 [vol. 8], fotografias de fls. 1548/1552 [vol. 8], registro no livro diário da Viaplan de fl. 4022 [vol. 19] e planilha de fl. 71, vol 11, do apenso);

2) Arnaldo Scherer dos Santos se deslocou (no dia 19.08.2014) de Curitiba/PR ao Município de Lages e, na companhia de seu filho (Julian Scherer Santos), foram até a SEMASA, ocasião em que adentraram na sede da Autarquia Municipal e entregaram vultosa quantia em dinheiro a Wilson Rodrigues da Silva. Neste mesmo dia, Wilson agendou um encontro com “Toninho” (para ‘deixar um pedaço do projeto para você - fl. 1677, vol. 9) e repassou a propina - destinada ao ora apelante - para Antonio Carlos Simas. Por fim, os policiais integrantes do GAECO lograram êxito em fotografar (por volta das 19h46min desse mesmo dia) Arnaldo, Wilson, Jaison e “Toninho” no interior da Prefeitura Municipal, mais precisamente na antessala do Gabinete de Elizeu Mattos (vide relatório de investigação policial de fls. 1623/1627 e 1664/1681 [vol. 9], e-mail’s [referentes ao provisionamento de dinheiro] de fls. 4474/4475 [vol. 21], registro no livro diário da Viaplan de fl. 4024 [vol. 19] e planilha de fl. 71, vol 11, do apenso);

3) Apesar de não terem conseguido presenciar o momento da entrega ora analisada em razão do lapso temporal em que a investigação ficou desprovida de interceptações telefônicas (entre os dias 31.08.2014 e 09.09.2014), os policiais integrantes do GAECO visualizaram o momento em que Antonio Carlos Simas encontrou pessoalmente com Julian Scherer Santos no Município de Lages no dia 09.09.2014 (fotografias de fl. 1838, vol. 10). Ademais, os agentes públicos apuraram, por meio da análise da quebra de dados das linhas telefônicas (bilhetagem - fls. 1842/1844, vol. 10), que nesta mesma data (09.09.2014, um dia após o efetivo pagamento da SEMASA à empresa Viaplan), “Toninho” e Arnaldo Scherer dos Santos se encontraram no Estado do Paraná, quando, certamente, a transferência espúria ocorreu (vide relatório de investigação policial de fls. 1834/1845 e 1846/1849 [vol. 10], e-mail [referentes ao provisionamento de dinheiro no Bradesco] de fl. 4499 [vol. 21], planilha e cheques [Bradesco e Itaú] de fls. 71 e 74/75, vol 11, do apenso);

4) Julian Scherer Santos passou a realizar, mediante prévio provisionamento com funcionários (Diogo Hara e Sabrina Pucci) da empresa Viaplan (conversas telefônicas de fls. 1926/1930, 1932/1933, 1938/1940 e 1945/1947 [vol. 10] e e-mails de fls. 4560 e 4564 [vol. 21]), a retirada de dinheiro (propina) de forma fracionada em instituição financeira situada no Município de Lages - diversos saques de quantias menores (fotografias de fls. 1933/1934).

[...]

Feitas essas considerações, reitera-se que a prova oral e documental angariada aos autos é uníssona em demonstrar que o apelante Elizeu Mattos, em razão de seu cargo eletivo (Prefeito Municipal de Lages) e se valendo de audacioso plano criminoso, solicitou e recebeu (mensalmente) vantagens indevidas (vultosos montantes em espécie) dos empresários da Viaplan durante longo período de tempo (entre maio de 2013 e novembro de 2014).

Como visto, além de parte destas transações espúrias ter sido flagrada pelos integrantes do GAECO, os colaboradores Arnaldo Scherer dos Santos e Julian Scherer Santos descreveram minuciosamente a metodologia utilizada para concretizar a entrega das indevidas vantagens pecuniárias destinadas a Elizeu Mattos - sempre por intermédio de seu assessor/motorista, Antonio Carlos Simas (vulgo “Toninho”) -, bem como especificaram os valores mensais que restaram entregues ao Prefeito Municipal durante 1 (um) ano e 8 (oito) meses, totalizando a quantia aproximada de R\$ 2.695.000,00 (dois milhões e seiscentos e noventa e cinco mil reais).

A retirada mensal de valores pela dupla empresária em instituições financeiras situadas no Município de Lages e Curitiba/PR e a forma enganosa como tais quantias (propina) - destinadas ao apelante - eram contabilizada na Viaplan (“despesas de obras”) restaram amplamente comprovadas pelos funcionários da mencionada empresa (Sabrina Granzotto Pucci e Diogo Fernando Hara), pelas diversas conversas (telefônicas e via e-mail – laudo pericial de fls. 4390/4626, vol. 21 e 22) mantidas entre estes com Arnaldo e Julian, pela planilha elaborada pelos colaboradores (fl. 71, vol. 11, do apenso) e pelo registro no livro diário da Viaplan (fls. 4019/4030 [vol. 19]).

Se não bastasse, a maioria dos saques em dinheiro efetivados pelos empresários encontram amparo nos extratos bancários da empresa Viaplan, conforme apontado pelo Ministério Público em suas alegações finais (vide fls. 6484/6486, vol. 30).

Insta ressaltar que os relatórios de investigação confeccionados pelo GAECO revelaram os inúmeros contatos telefônicos e encontros pessoais mantidos entre os integrantes da organização criminosa - que haviam sido nomeados para desempenhar funções estratégicas no seio da Administração Pública Municipal - liderada por Elizeu Mattos, os quais agiam em perfeita coordenação, evitando que a participação direta do Prefeito Municipal fosse necessária e garantindo a rápida entrega dos valores (propinas) a ele destinados.

Repisa-se, por oportuno, que o repasse mensal de vultosa quantia em espécie pela dupla empresária ao apelante se mostrava como condição indispensável para que o Chefe do Executivo Municipal mantivesse a contratação emergencial (por dispensa de licitação) da empresa Viaplan pela Administração Pública e frustrasse o caráter competitivo do procedimento licitatório que estava sendo elaborado.

[...]

Dessa forma, não restam dúvidas de que o apelante se aproveitou de sua função pública (Prefeito Municipal) - considerando que detinha competência para contratação de empresa prestadora de serviços em caráter emergencial ao Município de Lages, bem como possuía grande ingerência (direta e indiretamente) na elaboração do edital da licitação - para obter indevida vantagem pecuniária, razão pela qual não há que falar em absolvição por suposta atipicidade da conduta.

De qualquer forma, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que “o crime de corrupção passiva possui natureza formal e independe de resultado, razão pela qual não exige a prática de ato de ofício, o que afasta a alegação quanto à necessidade de que o agente detenha competência funcional específica para a prática do ato” (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1301024/SP, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 21.03.2019).

Inclusive, muito embora o apelante tente justificar a sua conduta alegando que assinava diversos documentos diariamente na condição de Chefe do Executivo Municipal e não detinha conhecimento técnico acerca dos procedimentos licitatórios, as provas produzidas ao longo das etapas investigativa e judicial apontam em sentido contrário, isto é, que Elizeu Mattos, de forma premeditada e elaborada, desfrutou de seu cargo eletivo visando enriquecer indevidamente às custas do dinheiro público.

À vista do exposto, conclui-se, em apertada síntese, que as provas colhidas no decorrer da persecução penal demonstram, de maneira farta e indubitável, que o apelante praticou o crime de corrupção passiva por, ao menos, 22 (vinte e duas vezes).

1.2.3 Dos crimes de dispensa indevida de licitação (arts. 89, caput [por duas vezes] da Lei n. 8.666/93)

A defesa almeja a absolvição dos crimes de dispensa indevida de licitação (por duas vezes) por ausência de dano ao erário e/ou dolo específico, ao argumento de que as dispensas foram amparadas em parecer da procuradoria jurídica municipal, bem como pelas decisões do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e da Câmara de Vereadores de Lages que atestaram a inexistência de prejuízo ao erário, dolo e/ou má-fé.

Nesse ponto, visando evitar futura alegação de omissão, insta registrar que, muito embora a defesa

tenha indicado no título do subitem "II.13" (fl. 7882, vol. 37) que as alegações pretenderiam buscar a absolvição tanto dos crimes de dispensa indevida de licitação quanto do delito de fraude à licitação, limitou-se a apresentar argumentos relacionados àqueles crimes, nada mencionando acerca deste último, razão pela qual, em respeito ao princípio da dialeticidade, a análise dos pleitos absolutórios será limitada aos delitos previstos no art. 89, caput (por duas vezes), da Lei n. 8.666/93.

A materialidade e a autoria delitivas, embora incontroversas, restaram devidamente comprovadas pelas provas angariadas aos autos, em especial pela documentação acostada às fls. 656/1035 (vol. 4/6), nos relatórios de investigação policial (fls. 321/400 [vol. 2], 1279/1306 [vol. 7], 1529/1568 [vol. 8], 1590/1634 [vol. 8 e 9], 1660/1720 [vol. 9], 1746/1777 [vol. 9], 1832/1872 [vol.

10] e 1897/1967 [vol. 10]) e na prova oral colhida nas etapas investigativa e judicial, consoante acertadamente assinalado pelo Magistrado a quo, in litteris:

[...]

Feitas essas considerações, no que se refere ao elemento subjetivo do tipo e à necessidade (ou não) de comprovação do efetivo dano ao erário, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que "o delito do artigo 89 da Lei 8.666/93 exige, além do dolo genérico - representado pela vontade consciente de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais -, a configuração do especial fim de agir, consistente no dolo específico de causar dano ao erário. Desnecessário o efetivo prejuízo patrimonial à administração pública" (Ação Penal 580, Primeira Turma, rel. Min. Rosa Weber, j. 13.12.2016).

A jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça tem caminhado no mesmo sentido no tocante ao elemento subjetivo do tipo, embora tenha entendido ser necessário, ao contrário do entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, a constatação de prejuízo ao erário. Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

No entanto, filio-me ao entendimento de que o dolo específico e a comprovação de dano ao erário são prescindíveis à configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93. Essas questões foram, inclusive, bem pontuadas na apelação criminal 0900144-40.2016.8.24.0067, de relatoria do Des. Carlos Alberto Civinski, julgada pela Primeira Câmara Criminal, no dia 21 de março de 2019, de onde extrai-se que: [...]

Nesse cenário, visando prolongar o recebimento de indevidas vantagens pecuniárias, o Chefe do Executivo Municipal e os demais integrantes da organização criminosa por ele capitaneada, contando com o auxílio eventual de outros funcionários públicos, instauraram o procedimento de dispensa de licitação n. 02/2013 - objetivando, novamente, fornecer fictícia regularidade à contratação e celebraram o contrato de prestação de serviços 41/2013 (prorrogado até o mês de dezembro de 2014), estendendo o vínculo desta empresa com a Administração Pública por tempo superior ao legalmente permitido (180 dias art. 24, inciso IV, da Lei n. 8.666/93).

Dessa forma, percebe-se que Elizeu Mattos, de forma premeditada e afrontando os princípio

da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal), inobservou as formalidades legais nas supracitadas contratações emergenciais visando - e logrando êxito - obter indevida vantagem econômica da empresa Viaplan.

[...]

Destarte, o pleito absolutório formulado pela defesa não merece acolhimento, sendo a manutenção da condenação medida de rigor. (fls. 8.376 – 8.418).

Como se observa, a partir da análise do contexto fático-probatório existente nos autos, “especialmente pelos depoimentos colhidos ao longo da persecução criminal”, o Órgão Colegiado entendeu pela comprovação da materialidade e da autoria dos crimes pelos quais o recorrente foi denunciado.

Bem esclarecido no acórdão, “a prova oral e documental angariada aos autos é uníssona em demonstrar que o apelante Elizeu Mattos, em razão de seu cargo eletivo (Prefeito Municipal de Lages) e se valendo de audacioso plano criminoso, solicitou e recebeu (mensalmente) vantagens indevidas (vultosos montantes em espécie) dos empresários da Viaplan durante longo período de tempo (entre maio de 2013 e novembro de 2014)”.

Além disso, a decisão recorrida esclareceu que “o dolo específico e a comprovação de dano ao erário são prescindíveis à configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93”, de modo que, demonstradas as dispensas e a fraude à licitação praticadas pelo recorrente enquanto exercia o cargo de Prefeito Municipal de Lages, a manutenção da condenação era medida de rigor.

Nessa conjuntura, compreender de maneira diversa, a fim de acolher o pleito absolutório sustentado em favor do recorrente, demandaria o reexame das provas já analisadas por ocasião do julgamento do recurso de apelação, o que é vedado nesta via, nos termos do enunciado da Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.

Extrai-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS.

ÓBICE DA SÚMULA 279/STF. VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REPERCUSSÃO GERAL NÃO RECONHECIDA (TEMA 182). VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO, À AMPLA DEFESA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATERIA INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 660). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Apelo defensivo desprovido para manter a sentença condenatória do recorrente pela prática do delitos de concussão e corrupção passiva. A necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório impede o acolhimento do recurso extraordinário, uma vez que incide o óbice da Súmula 279 desta Corte. (ARE nº 1249060 AgR/ES. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. J. 21/02/2020).

No mesmo sentido:

Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Penal e Processo Penal.

3. Operação “Ouro Verde”. 4. Corrupção passiva. 5. Suposta violação aos arts. 5º, XXXV, LIV, e 93, IX, da CF. Acórdão recorrido suficientemente motivado. Revolvimento do acervo fático-probatório. Impossibilidade em sede de recurso extraordinário. Incidência do Enunciado 279 da Súmula desta Corte. Precedentes. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI nº 859990 AgR/PA. Rel. Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. DJe: 31/012014).

Igualmente:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/1993. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, XXXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PREJUÍZO E DOLO ESPECÍFICO COMPROVADOS. MATÉRIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (ARE nº 1108494 AgR/PB. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. J. 31/08/2018).

Não fosse o bastante, ao ter reconhecido que “o crime de corrupção passiva possui natureza formal e independe de resultado, razão pela qual não exige a prática de ato de ofício, o que afasta a alegação quanto à necessidade de que o agente detenha competência funcional específica para a prática do ato” (fl. 8.399), verifica-se que a decisão colegiada exarou entendimento em sintonia com a Suprema Corte:

PENAL E PROCESSO PENAL. DENÚNCIA DE CORRUPÇÃO PASSIVA EM FACE DE DEPUTADO ESTADUAL. MAIS DA METADE DOS MEMBROS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE IMPEDIDOS. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CF, ART. 102, I, “N”. PROVA ILÍCITA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DESENTRANHAMENTO. OBEDIÊNCIA À AUTORIDADE DA COISA JULGADA. PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO. INEXISTÊNCIA. FALTA DE NEXO DE CAUSALIDADE. FONTE INDEPENDENTE DE PROVA. DOUTRINA. DESENTRANHAMENTO DOS ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO JUNTADOS AOS AUTOS APÓS A RESPOSTA À ACUSAÇÃO. DESNECESSIDADE. FALTA DE PREJUÍZO À DEFESA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DENÚNCIA RECEBIDA.

[...]

13. Conforme a jurisprudência do STF, para a consumação do crime de corrupção passiva, basta a solicitação ou recebimento de vantagem ilícita em razão da função pública. Em consequência, ressoa irrelevante, para a configuração da figura típica prevista no caput do art. 317 do CP, a ulterior prática de atos de ofício. De qualquer forma, houve, no caso em tela, descrição pormenorizada dos atos de ofício que, segundos os indícios de prova colhidos, prometeu o denunciado praticar como contrapartida à vantagem indevida solicitada, consubstanciados em intercedência junto a colegas Deputados visando à tramitação célere e aprovação do projeto de lei, mormente a partir tráfico de influência junto ao Colégio de Líderes para o fim de que o projeto fosse submetido a regime de urgência. A fortiori, a participação ou não do Deputado denunciado na votação do projeto de lei é questão que não prejudica a prática anterior do crime de corrupção passiva. (AO nº 2057/RN. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. J. 02/10/2018).

No mesmo viés:

EMENTA DEPUTADO FEDERAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. QUADRILHA E CRIMES LICITATÓRIOS. PRESCRIÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ATIPICIDADE. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. COLABORAÇÃO PREMIADA. CORROBORAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO.

[...]

3. Corrupção passiva. Desimportante seja a vantagem indevida contraparte à prática de ato funcional lícito ou ilícito. O ato de ofício não é elementar do tipo (artigo 317 do CP), apenas causa de aumento da pena (§ 1º do mesmo dispositivo legal). Necessário o nexos causal entre a oferta (ou promessa) de vantagem indevida e a função pública do agente. Corrupção passiva evidenciada diante do recebimento direto e indireto de vantagens financeiras sem explicação causal razoável. (AP nº 694/MT . Relª. Minª. Rosa Weber. Primeira Turma. J. 02/05/2017).

De igual modo, observa-se que o Órgão Colegiado entendeu que “o dolo específico e a comprovação de dano ao erário são prescindíveis à configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93”. (fl. 8.410), o que também se alinha ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

PENAL. PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. APELAÇÃO. EX-PREFEITO MUNICIPAL. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA. INOCORRÊNCIA. CONFORMIDADE COM O ART. 41 DO CPP. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. IMPROCEDÊNCIA. MATÉRIA DE MÉRITO. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/93. DELITO FORMAL QUE DISPENSA PROVA DE DANO AO ERÁRIO PARA CONFIGURAÇÃO. DOLO. NECESSIDADE DE INTENÇÃO ESPECÍFICA DE LESAR O ERÁRIO. CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. INSERÇÃO DE TEXTO NÃO APROVADO PELO PODER LEGISLATIVO LOCAL EM LEI MUNICIPAL. DOLO CONFIGURADO. MATERIALIDADE, AUTORIA, TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA PROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA REDUZIDA. BIS IN IDEM.

[...]

4. O crime do art. 89 da Lei 8.666/90 é formal, consumando-se tão somente com a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais. Não se exige, para sua configuração, prova de prejuízo financeiro ao erário, uma vez que o bem jurídico tutelado não se resume ao patrimônio público, mas coincide com os fins buscados pela Constituição da República, ao exigir em seu art. 37, XXI, “licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Tutela-se, igualmente, a moralidade administrativa, a probidade, a impessoalidade e a isonomia. (AP nº 971/RJ. Rel. Min. Edson Fachin. Primeira Turma. J. 28/062016).

No mais, constata-se que o acórdão recorrido deixou de analisar o pleito absolutório relativo ao crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, pela ofensa ao princípio da dialeticidade, fundamento que foi mantido por ocasião da análise dos Embargos de Declaração (fls. 8.525 - 8.530) e não foi atacado nas razões do reclamo extraordinário.

Assim consignou a Corte estadual:

[...] visando evitar futura alegação de omissão, insta registrar que, muito embora a defesa tenha indicado no título do subitem “II.13” (fl. 7882, vol. 37) que as alegações pretenderiam buscar a absolvição tanto dos crimes de dispensa indevida de licitação quanto do delito de fraude à licitação, limitou-se a apresentar argumentos relacionados àqueles crimes, nada mencionando acerca deste último, razão pela qual, em respeito ao princípio da dialeticidade, a análise dos pleitos absolutórios será limitada aos delitos previstos no art. 89, caput (por duas vezes), da Lei n. 8.666/93 (fl. 8.402).

Daí porque, no tocante ao crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, aplica-se, ainda, o enunciado das Súmulas 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. RAZÕES DO ACÓRDÃO RECORRIDO INATACADAS. SÚMULAS 283 E 284, AMBAS DO STF.

[...]

3. As razões recursais não atacam todos os fundamentos aptos por si só a sustentar o julgado. Assim, emergem como óbices ao apelo extremo as Súmulas 283 (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles) e 284 (É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia) do STF. (ARE nº 1249205 AgR/RS. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. J. 21/02/2020).

Em reforço:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. Súmula nº 283/STF. 1. É inadmissível o recurso extraordinário que não ataca todos os fundamentos suficientes à manutenção do acórdão recorrido. Incidência da orientação do enunciado da Súmula 283/STF. 2. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). 3. Não se aplica ao caso dos autos a majoração dos honorários prevista no art. 85, § 11, do novo Código de Processo Civil, uma vez que não houve o arbitramento de honorários sucumbenciais pela Corte de origem. (ARE nº 1075688 AgR/SP. Rel. Min Dias Toffoli. Segunda Turma. J. 07/11/2017).

Ao arremate, importa observar que o Pretório Excelso já firmou entendimento no sentido de que a violação ao princípio da presunção de inocência representa, em regra, ofensa reflexa à Constituição da República, porquanto dependente de análise da legislação infraconstitucional.

Assim já decidiu o STF:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR OUTRAS PROVAS. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.

1.O exame da alegada ofensa ao art. 5º, caput, LVII, da Constituição Federal, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, além da reelaboração da moldura fática delineada no acórdão de origem, o que foge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Magna Carta.

2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, principalmente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República.

3. Agravo interno conhecido e não provido. (ARE nº 1216238 AgR/DF. Relª. Minª. Rosa Weber. Primeira Turma. J. 13/09/2019).

Extrai-se, ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. DEFICIÊNCIA NA ELABORAÇÃO DA PEÇA RECURSAL. SÚMULA 284/STF. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. SÚMULA 279/STF. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O MANEJO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - Nega-se provimento ao agravo quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. Incidência da Súmula 284/STF.

II - O entendimento adotado na decisão agravada reproduz a jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, LVII, da Lei Maior, observada a estreita moldura com que devolvida a matéria à apreciação desta Suprema Corte, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, bem como do revolvimento do quadro fático delineado na origem, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária prevista no art. 102 da Magna Carta.

III - As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE nº 1122497 AgR/CE. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 30/11/2018).

Nesse cenário, inviável a admissão recursal no que se refere ao pedido de absolvição pela prática do crime de corrupção passiva e dos delitos previstos na Lei nº 8.666/93.

11. Do malferimento ao art. 327, § 2º, do Código Penal, pela manutenção da majoração da pena em função do cargo de prefeito municipal

Voltando-se à reprimenda aplicada ao recorrente, a defesa insurgiu-se, primeiramente, quanto

à aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal, que dispõe, in verbis: “A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.

Para sustentar o pretense afastamento da majorante, a defesa, todavia, tornou a sustentar violação somente a dispositivo de ordem infraconstitucional, qual seja, o próprio art. 327, § 2º, do CP, de modo que o Recurso Extraordinário, mais uma vez em razão da impropriedade da via eleita, não deve ser admitido nesse particular.

Confira-se as razões recursais oferecidas pelo recorrente no tocante à causa especial de aumento de pena em epígrafe:

Tese eventual - ‘A não incidência do art. 327, § 2º, do Código Penal’

Na hipótese – que a defesa não acredita – da procedência de algum dos pedidos insertos na ação penal, não tem o Ministério Público razão ao postular a incidência da causa de aumento de pena do artigo 327, § 2º, do Código Penal, por se tratar o Réu, à época dos fatos, de Prefeito Municipal, conforme pacífica jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Portanto, é de rigor a não incidência da causa prevista 327, § 2º, do Código Penal, uma vez que flagrantemente contrária ao entendimento do e. STJ acerca do tema, cujo sentido determina a impossibilidade da sua aplicação em caso de agente político (fls. 8.880 – 8.881).

Pelo que se observa, tendo a defesa fundamentado a necessidade de afastamento da majorante relativa ao exercício de função de direção sob o prisma da ofensa ao art. 327, § 2º, do Código Penal, evidencia-se que a via eleita pelo recorrente é imprópria para a discussão da matéria, o que obsta a ascensão do reclamo.

12. Da violação ao art. 5º, XLVI, da Constituição – alegada necessidade de reforma da dosimetria da pena

Sob a tese de violação ao art. 5º, XLVI, da Constituição da República, que trata do princípio da individualização das penas, a defesa formulou diversos pedidos em relação à dosimetria das reprimendas aplicadas ao recorrente, como bem resumido pelo Ministério Público nas contrarrazões recursais:

Sob a ótica do dispositivo citado, o Recorrente pleiteia o afastamento da circunstâncias judicial de culpabilidade, valorada no crime de corrupção passiva e nos delitos licitatórios, argumento que a fundamentação para o citado aumento é inidônea. Argumento que ‘pela suposta prática de crime em concurso de agentes já restou penalizado na ótica da Lei n. 12.850/2013. Na ótica da denúncia, registre-se, o crime só concretizou pela hipotética participação de outros agentes, sem os quais, para

o MPSC, não haveria crime. Assim, o concurso de agentes não pode ensejar majoração da pena-base, sob pena de nulidade. Do mesmo modo, o fato de ser ele prefeito é dado inerente ao tipo. Por fim, flagrante o *is in idem* quanto ao número de crimes. O número de crimes enseja a continuidade delitiva e não há previsão legal para seu deslocamento para o campo da culpabilidade' (fl. 8.882).

Ainda, sustenta que não existem provas suficientes para o reconhecimento da agravante prevista no art. 62, I, do CP.

Por outro lado, no tocante ao delito de organização criminosa, o recorrente também alega que os fundamentos para o aumento na primeira, na segunda e na terceira fase da dosimetria são inidôneos. Sustenta que 'a primeira fase dosimétrica não contou com fundamentação idônea, de modo que deve ser reduzida ao mínimo legal. Agravou-se na 2ª fase em 1/3 por supostamente liderar a organização criminosa. Só que a fundamentação do v. Acórdão não logrou separar o que era ato normal e inerente à função de prefeito e o que afastou disso, para que pudesse evidenciar ato de liderança fora do contexto do cargo de Prefeito então exercido. Logo, não pode agravar a pena. Na terceira fase, majorou-se a sanção por supostamente valer-se de funcionário público para o cometimento de delitos. Ora, tal aumento se dá no contexto de agentes sem vínculos com a administração pública que dependem de servidor para o cometimento, e não no caso de servidor + servidor, sob pena de sempre incidir automaticamente o aumento, com violação à individualização da pena. Logo não pode agravar a pena' (fl. 8.883, grifo original).

Por fim, no que tange ao delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/93, pleiteia o reconhecimento da continuidade delitiva entre os dois delitos reconhecidos e o consequente afastamento do concurso material. (fls. 9.178 e 9.179)

Em que pese a defesa tenha se debruçado em relação aos cálculos dosimétricos, verifica-se que todas as insurgências relativas às penas impostas ao recorrente foram baseadas no art. 5º, XLVI, da CRFB/88, dispositivo sobre o qual o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a violação representa, em regra, ofensa reflexa à Carta Magna, por depender de exame das normas infraconstitucionais aplicadas ao caso.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/2015. ALEGAÇÃO DE AOS ARTS. 5º, XXXV E XLVI, E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO QUE APLICA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. EVENTUAL VIOLAÇÃO REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.

[...]

3. Não há falar em afronta ao art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, a tornar oblíqua

e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário. Desatendida a exigência do art. 102, III, “a”, da Lei Maior, nos termos da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte. (ARE nº 1231550 AgR/MG. Rel^a. Min^a. Rosa Weber. Primeira Turma. J. 11/11/2019).

Da Segunda Turma, igualmente:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – MATÉRIA PENAL – ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRECEITO INSCRITO NO ART 5º, XLVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 279/STF – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. (ARE nº 1228794 AgR/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. J. 29/11/2019).

Daí porque, de plano, verifica-se que os pedidos relativos à dosimetria das reprimendas impostas já encontram óbice na ausência de violação direta à Constituição Federal, uma vez sustentados sob a ótica da ofensa ao princípio da individualização da pena.

Ainda assim, a título argumentativo, cumpre salientar que outros obstáculos impedem a ascensão do reclamo extraordinário no que se refere à revisão dosimétrica. Vejamos:

12.1 Primeira fase dosimétrica

No que pertine à insurgência relativa às penas-base aplicadas ao recorrente, a defesa alegou que a circunstância judicial relativa à culpabilidade dos crimes de corrupção passiva e dos delitos licitatórios foi valorada negativamente sem a devida fundamentação idônea, já que “O número de crimes enseja a continuidade delitiva e não há previsão legal para seu deslocamento para o campo da culpabilidade” (fl. 8.882).

A defesa alegou, igualmente, que no tocante ao crime de participação em organização criminosa, “A primeira fase dosimétrica não contou com fundamentação idônea, de modo que deve ser reduzida ao mínimo legal” (fl. 8.883).

Não obstante a argumentação defensiva, cumpre salientar que a discussão acerca da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o AI nº 742.460 (TEMA 182/STF), entendeu que a questão não se reveste da necessária repercussão geral, por não se tratar de matéria constitucional.

Transcreve-se a ementa do decisum:

“RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Fixação da pena-base. Fundamentação. Questão da ofensa aos princípios constitucionais da individualização da pena e da fundamentação das decisões judiciais. Inocorrência. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. Agravo de instrumento não conhecido.

Não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, na fundamentação da fixação da pena-base pelo juízo sentenciante, porque se trata de matéria infraconstitucional.” (STF, AI nº 742460 RG, rel. Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 27-8-2009).

Da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, colhe-se da Primeira Turma:

AGRAVO REGIMENTAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS. ÓBICE DA SÚMULA 279/STF. VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REPERCUSSÃO GERAL NÃO RECONHECIDA (TEMA 182). VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO, À AMPLA DEFESA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATERIA INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 660). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. O STF já assentou que não apresenta repercussão geral o recurso extraordinário que verse sobre a questão da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal (Tema 182). (ARE nº 1249060 AgR/ES. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. J. 21/02/2020).

Da Segunda Turma, no mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. REITERAÇÃO DA TESE DO RECURSO INADMITIDO. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 182-RG. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 636/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos.

II – Esta Corte, no exame do AI 742.460-RG/RJ (Tema 182), da relatoria do Ministro Cezar Peluso, firmou entendimento de que a questão alusiva à ofensa aos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da Constituição, relativamente à fixação da pena-base, não possui repercussão geral, por tratar-se de matéria infraconstitucional.

III – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que é inviável o recurso extraordinário com alegação de contrariedade ao princípio da legalidade quando a verificação da ofensa envolva a reapreciação de interpretação dada a normas infraconstitucionais pelo tribunal de origem (Súmula 636/STF).

IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE nº 1233987 AgR/DF. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 06/12/2019).

Deve ser negado seguimento ao recurso, portanto, no que se refere à insurgência em relação às circunstâncias judiciais consideradas negativas na primeira fase da dosimetria (TEMA 182).

12.2 Segunda fase dosimétrica

Na segunda etapa de aplicação da pena, em que foi reconhecida a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal em relação ao delitos licitatórios, e a agravante do art. 2º, § 3º, da Lei nº 12.850/2013 quanto ao crime de participação em organização criminosa, a defesa alegou, respectivamente, que o “o réu está sendo penalizado por ser à época prefeito municipal, líder do executivo municipal, o que não autoriza confundir com exercício de papel de liderança para fins escusos” (fl. 8.882) e que “a fundamentação do v. acórdão não logrou separar o que era ato normal e inerente à função de prefeito e o que se afastou disso, para que pudesse evidenciar ato de liderança fora do contexto do cargo de Prefeito então exercido” (fl. 8.883).

Ao analisar a incidência das referidas agravantes, assim consignou o Órgão Colegiado:

1.3.1 Do crime de organização criminosa (art. 2º, §§ 3º e 4º, inciso II, da Lei n. 12.850/13)

1.3.1.2 Da pena intermediária

A defesa almeja a exclusão da agravante prevista no § 3º do art. 2º da Lei n. 12.850/13, ao argumento de que inexistem provas da liderança exercida por Elizeu Mattos.

Adianta-se que o pleito defensivo não comporta acolhida, contudo, visando evitar desnecessária tautologia, deixa-se para apresentar as razões que legitimam a incidência da referida agravante quando da análise do apelo interposto pelo Ministério Público, uma vez que, como se verá, dar-se-á provimento ao referido recurso para aumentar a fração de aumento aplicada pelo reconhecimento desta circunstância.

[...]

2. Do recurso do Ministério Público

2.1 Do crime de organização criminosa (art. 2º, §§ 3º e 4º, inciso II, da Lei n. 12.850/13)

[...]

2.1.2 Da pena intermediária

O Ministério Público pleiteia a majoração da fração de aumento aplicada pelo reconhecimento da agravante prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 12.850/13.

Razão lhe assiste.

Sabe-se que o Código Penal não estabeleceu frações de aumento ou diminuição específicas pelo reconhecimento de circunstâncias agravantes ou atenuantes, respectivamente.

Não se pode olvidar, por outro lado, que a orientação jurisprudencial é no sentido de que o aumento da pena pelo reconhecimento de circunstância agravante deve se dar, preferencialmente, na fração de 1/6 (um sexto).

Assim, cabe ao Magistrado, dentro da sua discricionariedade motivada, respeitando as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito, a eleição de quantum diverso ao usualmente aplicado pelas Cortes Superiores e por este Tribunal, desde que fundamente sua decisão nas particularidades fáticas do caso concreto e/ou subjetivas do agente, em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No caso dos autos, há justificativa suficiente para elevação da reprimenda intermediária em patamar superior ao comumente operado por esta Corte de Justiça.

Isso porque, conforme pormenorizadamente analisado (item 1.2.1), Elizeu Mattos foi o responsável por constituir e liderar o grupo criminoso, arregimentando agentes e nomeando-lhes

para ocupar funções específicas e fundamentais - para o sucesso do plano ilícito na Administração Pública Municipal, determinando as atribuições de cada um dos comparsas.

Além disso, as provas colhidas ao longo da persecução criminal demonstram que o próprio modus operandi da organização criminosa - elaborado e implementado por determinação de Elizeu Mattos - revelou a superioridade hierárquica do apelado perante os comparsas.

Embora a participação direta de Elizeu Mattos fosse, por vezes, imprescindível para a manutenção do sucesso dos interesses da organização criminosa - quando, por exemplo, se fazia necessária a realização de encontro pessoal com Arnaldo Scherer dos Santos ou, ainda, a elaboração de decreto executivo com o intuito de reduzir a competitividade do procedimento licitatório em trâmite -, o apelado também se aproveitou da condição de líder para, na grande maioria das vezes, ordenar que os comparsas praticassem os atos essenciais à consecução de seus anseios espúrios, evitando o nascimento de qualquer suspeita quanto à atuação do então Prefeito Municipal de Lages.

Nesse particular, como visto, alguns dos integrantes do grupo criminoso (“Toninho”, Vilson e Jaison) eram responsáveis por acelerar a entrega das vultosas quantias em espécie destinadas ao Chefe do Executivo Municipal, mantendo diversos encontros pessoais e contatos telefônicos com a dupla empresária. A própria entrega das vantagens indevidas (propinas) não era feita diretamente a Elizeu Mattos, mas sim por intermédio de seu assessor Antonio Carlos Simas (vulgo “Toninho”).

Desse modo, percebe-se que Elizeu Mattos exerceu individualmente a liderança da organização criminosa e se valeu da superioridade hierárquica para elaborar complexo esquema delituoso, determinando que os comparsas praticassem a maior parte dos atos necessários à obtenção das vantagens indevidas, fornecendo-lhe, assim, maior proteção e impedindo o surgimento de qualquer desconfiança da população Lageana ou dos órgãos de fiscalização em relação a sua atuação como Prefeito Municipal de Lages, conduta de elevada gravidade e merecedora de maior sanção penal.

Por esse motivo, o recurso interposto pelo Ministério Público merece provimento nesse ponto para elevar a fração de aumento aplicada pelo reconhecimento da agravante descrita no art. 2º, § 3º, da Lei n. 12.850/13 para o patamar de 1/3 (um terço)

[...]

2.3 Dos crimes de dispensa indevida de licitação e fraude à licitação (arts. 89, caput [por duas vezes], e 90, ambos da Lei n. 8.666/93):

[...]

2.3.2 Da pena intermediária

No que se refere à segunda etapa da dosimetria, o Ministério Público requer o reconhecimento da agravante prevista no art. 62, inciso I, do Código Penal, alegando, para tanto, que o apelado exercia nítido papel de liderança.

De início, necessário registrar que a ausência de descrição da supracitada agravante na

denúncia não é óbice ao seu reconhecimento, porquanto há expressa autorização, nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, para que o Magistrado aplique tais circunstâncias nessa situação. Extrai-se do referido dispositivo: [...]

No caso dos autos, a prova oral e documental colacionada demonstram que o apelado não se limitou a liderar a organização criminosa, mas também organizou e dirigiu a atividade de outros funcionários públicos ligados à Prefeitura Municipal de Lages visando assegurar, dessa forma, que a Viaplan seria - indevidamente - contratada no início de sua gestão (dispensa de licitação n. 10/2013 e contrato emergencial 01/2013) e que o vínculo entre esta empresa e a Administração Pública seria mantido por longo período de tempo (dispensa licitação n. 02/2013 e contrato de prestação de serviços n. 41/2013), gerenciando, nesse ínterim, a atuação dos comparsas objetivando frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório em trâmite (Concorrência n. 01/2013/SEMASA) e certificar a vitória da Viaplan no certame. Nesse sentido, restou corretamente asseverado pelo Promotor de Justiça em suas razões recursais, in verbis: [...]

Além disso, as diversas ligações telefônicas interceptadas também evidenciam o papel de liderança exercido por Elizeu Mattos, de modo que os demais agentes procuravam o apelado em momentos fundamentais, como, por exemplo, para assegurar a vitória da empresa Viaplan no processo licitatório em trâmite (Concorrência n. 01/2013/SEMASA). Nesse sentido, extrai-se do relatório de investigação policial (fls. 1910/1918, vol. 10): [...]

Assim, o apelo manejado pelo Ministério Público deve ser provido também nesse particular. (fls. 8.446 - 8.452).

Dessume-se do acórdão recorrido que o Tribunal estadual concluiu que “Elizeu Mattos foi o responsável por constituir e liderar o grupo criminoso, arregimentando agentes e nomeando-lhes para ocupar funções específicas e fundamentais - para o sucesso do plano ilícito - na Administração Pública Municipal, determinando as atribuições de cada um dos comparsas” (fl. 8.441).

A decisão recorrida ressaltou, ainda, que “as provas colhidas ao longo da persecução criminal demonstram que o próprio modus operandi da organização criminosa - elaborado e implementado por determinação de Elizeu Mattos - revelou a superioridade hierárquica do apelado perante os comparsas (fl. 8.441), o que justificou a incidência da agravante prevista no art. 2º, § 3º, da Lei nº 12.850/2013.

Da mesma forma, não deixou o Órgão Fracionário de observar que “a prova oral e documental colacionada demonstram que o apelado não se limitou a liderar a organização criminosa, mas também organizou e dirigiu a atividade de outros funcionários públicos ligados à Prefeitura Municipal de Lages” (fl. 8.448), circunstância que ensejava o recrudescimento da pena pela função de liderança, também, em relação aos crimes previstos na Lei nº 8.666/93.

A decisão colegiada deu destaque ao fato de que, quanto aos delitos licitatórios, “as diversas ligações telefônicas interceptadas também evidenciam o papel de liderança exercido por Elizeu Mattos” (fl. 8.449), de modo que a revisão da conclusão alcançada no aresto, a fim de afastar as

agravantes relativas à função de liderança, “esbarra no óbice previsto na Súmula 279 do STF, por demandar o reexame de fatos e provas” (ARE nº 1175560 AgR/MS. Rel. Min. Edson Fachin. Segunda Turma. J. 03/03/2020).

12.3 Terceira fase dosimétrica

Por último, na derradeira etapa de aplicação da pena, o recorrente voltou-se, primeiramente, à causa de aumento de pena prevista no art. 2º, § 4º, II, da Lei nº 12.850/2013, ao argumento de que “tal aumento se dá no contexto de agentes sem vínculo com a administração pública que dependem de servidor público para o cometimento, e não no caso de servidor + servidor, sob pena de sempre incidir automaticamente o aumento, com violação à individualização da pena” (fl. 8.883).

A alegação defensiva, no entanto, foi rebatida nos seguintes termos:

1.3.1.2 Da terceira fase do cálculo dosimétrico

Por outro lado, a defesa pleiteia o afastamento da causa de aumento descrita no inciso II do § 4º do art. 2º da Lei n. 12.850/13, porquanto não encontraria amparo no acervo probatório angariado aos autos.

Novamente, sem razão.

Nesse cenário, conforme amplamente analisado anteriormente, a prova oral e documental colhidas ao longo da persecução criminal demonstraram que o apelante Elizeu Mattos, valendo-se do cargo de Prefeito Municipal de Lages, constituiu e liderou organização criminosa, utilizando, para tanto, da Administração Pública Municipal para alcançar seus propósitos ilícitos.

Assim, imediatamente após iniciar o seu mandato na chefia do executivo local, o apelante pôs em prática o plano delituoso, perfectibilizando a contratação emergencial - inobservando as formalidades legais da empresa Viaplan, bem como nomeando dois integrantes do grupo criminoso (Vilson Rodrigues da Silva e Jaison Luis Mendes Ouriques) para ocuparem cargos comissionados na SEMASA e um terceiro (Antonio Carlos Simas, vulgo “Toninho”) para ocupar cargo comissionado junto à Prefeitura Municipal de Lages, bem como contou com o auxílio de outros funcionários públicos e editou o Decreto Executivo n. 14.536/2014 com o intuito de reduzir a competitividade do procedimento licitatório em trâmite.

Ora, é evidente que Elizeu Mattos utilizou do Cargo de Prefeito Municipal - na verdade, de toda a máquina pública para concretizar o seu plano espúrio, nomeando comparsas para ocuparem funções estratégicas no bojo da Administração Pública Municipal, os quais se utilizaram desta condição (funcionário público) para perpetuar o esquema criminoso implantado pelo apelante, razão pela qual a majorante descrita no inciso II do § 4º do art. 2º da Lei n. 12.850/13 deve ser mantida. (fls. 8.421 - 8.422).

Com a ressalva de que “a prova oral e documental colhidas ao longo da persecução criminal demonstraram que o apelante Elizeu Mattos, valendo-se do cargo de Prefeito Municipal de Lages, constituiu e liderou organização criminosa, utilizando, para tanto, da Administração Pública Municipal para alcançar seus propósitos ilícitos”, observa-se que o Órgão Colegiado entendeu pela configuração da majorante

prevista no art. 2º, § 4º, II, da Lei nº 12.850/2013, especialmente porque o recorrente se “utilizou do Cargo de Prefeito Municipal - na verdade, de toda a máquina pública para concretizar o seu plano espúrio, nomeando comparsas para ocuparem funções estratégicas no bojo da Administração Pública Municipal, os quais se utilizaram desta condição (funcionário público) para perpetuar o esquema criminoso” (fl. 8.422).

Sendo assim, “A reversão do aresto passa necessariamente pela revisão das provas. Incidem, portanto, os óbices das Súmulas 279 (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) desta CORTE” (RE nº1240467 AgR/PR. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. J. 21/02/2020).

Na sequência, a defesa sustentou a “necessidade de se reconhecer ao menos a continuidade delitiva” (fl. 8.883) em relação ao delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93.

Para tanto, argumentou que “o delito não seria passível de repetição mensal ou dentro do período de 30 dias fixado pela jurisprudência como regra geral para fins e aplicação do art. 71, caput, do CP” (fl. 8.883).

Nesse ponto, não obstante o acórdão tenha reconhecido que, entre a primeira e a segunda dispensa de licitação, transcorreu o período de 180 (cento e oitenta) dias (fls. 247 e 248), o que justificou a incidência do concurso material entre os crimes previstos no art. 89 da Lei nº 8.666/93, verifica-se que não houve a análise do pedido específico de afastamento da continuidade delitiva por ocasião do julgamento do recurso de apelação. Veja-se:

2.4.5 Do concurso de crimes e do regime inicial

Nesse cenário, considerando o reconhecimento do concurso material (art. 69, caput, do Código Penal) entre os delitos de organização criminosa (art. 2º,

§§ 3º e 4º, inciso II, da Lei n. 12.850/13), corrupção passiva (art. 317, caput c/c art. 327, § 2º, ambos do Código Penal [por 22 vezes]), dispensa indevida licitação (art. 89, caput [por duas vezes], da Lei n. 8.666/93) e fraude à licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/93), soma-se as reprimendas aplicadas, perfazendo a pena definitiva em 18 (dezoito) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão e 13 (treze) anos e 6 (seis) meses de detenção, bem como aos pagamentos de 71 (setenta e um) dias-multa, cada qual no valor unitário correspondente à totalidade do salário mínimo vigente à época dos fatos, de 107,9% (cento e sete vírgula nove por cento) do valor da vantagem efetivamente obtida por Elizeu Mattos durante o período compreendido entre os meses de janeiro e julho de 2013 (ou seja, R\$ 190.590,24), de 22% (vinte e dois por cento) do valor da vantagem auferida/auferível por Elizeu Mattos durante o período compreendido entre agosto de 2013 e dezembro de 2014 (ou seja, R\$ 590.370,00) e de 75% (setenta e cinco por cento) da vantagem auferível por Elizeu Mattos no período restante de seu mandato como Prefeito Municipal (2015/2016) decorrente da pretendida adjudicação do objeto da Concorrência Pública n. 01/2013/SEMASA pela empresa Viaplan (ou seja, R\$ 2.970.000,00). (fl. 8.460).

Não obstante a oposição de Embargos de Declaração (fls. 8.522 – 8.556), a matéria também não foi examinada pelo Órgão Colegiado, porquanto não ventilada nas razões recursais, o que evidencia a ausência do questionamento necessário à análise da admissão recursal, pelo óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

Nesse entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPOSTA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 660). TRIBUTÁRIO. ICMS. PRODUTOS FARMACÊUTICOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I – É inviável o recurso extraordinário cujas questões constitucionais nele arguidas não tiverem sido prequestionadas. Incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF. (ARE nº 1212579 AgR/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. J. 14/02/2020).

No mesmo viés:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. INSTITUTO CANDANGO DE SOLIDARIEDADE. PECULATO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RAZÕES DE DECIDIR EXPLICITADAS PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL. ART. 5º, X, XII, E LVI, DA LEI MAIOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, II, XXXV, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. EVENTUAL OFENSA REFLEXA NÃO VIABILIZA O RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 102 DA LEI MAIOR. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/XXXX.

[...]

2. Artigo 5º, X, XII, e LVI, da Lei Maior. Prequestionamento. Ausência. Cristalizada a jurisprudência desta Suprema Corte, a teor das Súmulas 282 e 356/STF: “Inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”, bem como “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. (ARE nº 1048461 AgR-terceiro/DF. Relª. Minª. Rosa Weber. Primeira Turma. J. 21/02/2020).

13. Conclusão

À vista do exposto:

- a) em relação aos TEMAS 182, 339 e 660, todos do STF, nega-se seguimento ao Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 1.030, I, “a”, do Código de Processo Civil;
- b) não se admite o reclamo quanto às demais alegações. Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 30 de julho de 2020

Desembargador Volnei Celso Tomazini
2º Vice-Presidente

Recurso Especial n. 0000311-64.2018.8.24.0018/50000, de Chapecó

Recorrente: Jefferson Luiz dos Santos Pacheco

Advogado: Alexandre Santos Correia de Amorim (OAB: 11253/SC)

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Proc. de Just.: Abel Antunes de Mello (Procurador de Justiça)

Interessado: Alafan Daniel Delalibre Vailon

Advogado: Celito Damo Gastaldo (OAB: 10523/SC)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Jefferson Luiz dos Santos Pacheco, com fulcro no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição da República Federativa do Brasil, interpôs Recurso Especial contra o acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal, que decidiu, por unanimidade, negar provimento à Apelação interposta contra a sentença: que julgou parcialmente procedente a denúncia para:

A) Condenar o acusado JEFFERSON LUIZ DOS SANTOS PACHECO, qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 e do artigo 14, caput, da Lei 10.826/03, e em consequência condená-lo ao cumprimento de 9 (nove) anos, 04 (meses) e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e ao pagamento de 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos; (fls. 434 – 452 dos autos principais).

Em síntese, alegou violação ao art. 386, VII, do Código de Processo Penal, diante da insuficiência de provas para a manutenção do édito condenatório.

Sustentou, igualmente, violação e dissídio jurisprudencial em relação ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porque mantido o afastamento do tráfico privilegiado, e ao final, pugnou pela concessão de regime mais brando para o resgate inicial da reprimenda, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fl. 1 – 18).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 51 – 62), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

De plano, adianta-se que o Recurso Especial não reúne as condições de ascender à Corte de destino.

1. Alínea “a” do art. 105, III, da Constituição da República

1.1 Da violação ao art. 386, VII, do Código de Processo Penal

Alegou a defesa, primeiramente, que “Não há indícios que apontem que o acusado tenha cometido o

delito a ele imputado" (fl. 5), especialmente porque "a cognição produzida não permite a conclusão de que a droga apreendida era de propriedade do acusado" (fl. 7), de modo que a manutenção da condenação pelo tráfico de drogas violou os ditames do art. 386, VIII, do Código de Processo Penal.

Veja-se como o pleito absolutório foi analisado no acórdão recorrido:

Do pleito de absolvição por ausência de provas

Os acusados buscam com o manejo do presente recurso a absolvição dos apelantes ao argumento de que não há provas suficientes para amparar a condenação.

O recorrente Alafan sustenta que o crime deve ser desclassificado para a conduta prevista no art. 28 da Lei de Drogas, uma vez que não há prova de que ele exercia a traficância. Aduz que somado a negativa de autoria, nenhuma testemunha confirmou que o apelante comercializava drogas, ressaltando que o apelante não residia no local onde fora apreendida a droga, assim como nenhuma substância fora apreendida em seu poder.

O apelante Jefferson também negou a prática do delito. A defesa argumenta que não há nada nos autos que comprove ser o apelante traficante de drogas, salientando que verdadeiro proprietário do entorpecente é o menor Wellington Vitor Ferreira.

No entanto, ao contrário do alegado, tenho que subsistem provas bastantes para confirmar a condenação imposta em primeiro grau.

A materialidade vem demonstrada por meio do Boletim de Ocorrência de fls. 2/7, auto de exibição e apreensão de fl. 10, laudo de constatação de droga de fls. 27/33, laudo pericial de fls. 100/103.

Da mesma forma, a autoria é certa e recai sob os acusados.

Depreende-se dos depoimentos dos policiais militares envolvidos na ocorrência, detalhes acerca do fato e da dinâmica do evento que culminou com a apreensão da droga. Ouvidos em ambas as fases procedimentais, os agentes públicos relataram, com a firmeza necessária, os fatos trazidos na denúncia, sendo suficientes para a formação de um juízo seguro de convicção quanto à prática do delito previsto no art. 33, caput, do Código Penal, vejamos.

O policial militar André Alves dos Santos relatou ao juízo que "sua guarnição estava em rondas no bairro efapi; que já tinham conhecimento de que na casa de Alafan era ponto de tráfico; que passaram em frente ao local e visualizaram dois masculinos em atitude suspeita; que haviam duas casas no local; que a casa do acusado Alafan era a dos fundos; que havia um corredor que levava a casa dos fundos; que ao avistarem os masculinos, eles empreenderam fuga, por esse corredor; que acompanharam os masculinos; que quando chegaram na área da casa de Alafan, se depararam com o acusado Jefferson sentado em um sofá, fracionando drogas com uma lâmina de barbear, sendo que já haviam pedras embaladas para o comércio; que abordou os acusados; que efetuaram a revista localizando com o Jefferson uma arma de fogo e uma quantia em dinheiro; que embaixo do sofá que Jefferson estava sentado, havia cerca de R\$ 2.000,00 em espécie; que já tinham informações da comunidade que a casa era de Alafan; que Alafan confirmou que a casa era sua, autorizando a revista no local; salientou que tinham conhecimento que a casa de Alafan era

ponto de tráfico; que Alefan já é bem conhecido pela guarnição, tendo sido abordado outras vezes; que em frente a residência em que Alafan e Jefferson foram abordados seria outro ponto de tráfico; que enquanto estavam em diligências no local, chegou esta informação através da central; afirmou que a guarnição efetuou a abordagem nesta outra residência e lá também encontrou drogas, no entanto, tal diligência resultou em outra apuração diversa da tratada nestes autos.”.

No mesmo sentido seguiu as declarações do seu colega de farda, Elton Pich Cavanha, que também participou das diligências.

Ao juízo, Elton narrou que “estavam em rondas na região do bairro Efapi, em local conhecido pelo tráfico; que visualizaram dois masculinos em atitudes suspeita; que quando perceberam a presença policial, tentaram se evadir; que perseguiram os masculinos; que em frente a casa de Alafan, havia um masculino fracionando drogas (Jefferson); que Jefferson estava com uma arma de fogo e certa quantia em dinheiro; que embaixo do sofá que Jefferson estava havia mais dinheiro; que a casa era de Alafan; que não se recorda, mas acha que Alafan confirmou que morava no local com a esposa; que foram apreendidos outros apetrechos usados para o tráfico; que tem conhecimento de outras ocorrências envolvendo os acusados; que haviam mais duas mulheres no local, e crianças.”.

Os recorrentes, a seu turno, negaram a autoria do fato.

O acusado Jefferson relatou que no dia em questão, a mulher de Alafan tinha ligado, mandado uma mensagem para a sua esposa dizendo que estava passando mal; que colocaram as roupas nas crianças e desceram até a residência; que mora na Rua Luiz Damarem Filho, 402, bairro Efapi, no Elias Galon; que a distância de sua casa até a residência dos fatos é em torno de sete quadras; que quem ligou, mandou mensagem foi a esposa do Alafan; que ela mandou para a sua esposa, falando que estava passando mal se podiam levar ela no pronto atendimento, no AMU; que ela que dizia que estava passando mal; que a esposa do interrogado é conhecida dela, amiga; que foram até lá o interrogado, sua esposa e suas duas filhas; que foram até lá com um carro, Uno; que chegando lá a viatura estava um pouco pra cima, no que foram entrar dois policiais o abordaram na casa da frente e já saiu mais dois da casa de trás; [...] que ali o algemaram e o levaram para dentro da viatura; que não tinha arma de fogo, não tinha nada; que pelo que sabe mora a esposa de Alafan lá na casa; que não sabe se ele mora lá; que pelo que viu tinha umas piazada com a Polícia; que não deu pra ver direito quem era, estavam em uns quatro rapazes e nisso daí já algemaram o interrogado e o levaram para dentro da viatura; que o rapaz que prestou declarações hoje era um deles e o outro não deu pra ver na verdade; que esse aí estava apanhando; que em nenhum momento tentou fugir da Polícia; que estava com sua filha no colo; que no que chegou foi abordado; que a viatura estava um pouquinho pra cima dessa casa aí; que no que entrou ali já foi abordado; que não viu nada lá, se tinha droga, porque só chegou ali e já foi algemado e levado para dentro da viatura; que o cabo André conhece eles; que não tinha nenhum porção de droga consigo; que não deu pra ver se o Alafan estava na casa naquele dia; que não viu ele lá; que ele não tem carro, moto ou algo assim; que estão acusando o interrogado disso por causa que foi em dezembro, começo de dezembro ali, os documentos do interrogado estavam dentro de um carro, um corsinha; que daí começou a fugir da Polícia no Bairro; que foi pego dentro daquele corsa uma pistola .40 e daí ali estavam os documentos

do interrogado; que era seu carro; que depois disso não teve mais sossego; que em janeiro estava no seu Posto de lavação trabalhando era todo dia ali; que sempre quando era o plantão deles eles enquadravam lá no Posto do interrogado; [...]; que não sabe onde Alafan morava.”

O menor Wellington Victor Ferreira, narrou:

“Que estava presente no momento da abordagem; que estava na casa; que a mulher do Alafan começou a passar mal; que eles só namoravam; que ela começou a passar mal; que morava ali perto, na frente e ela morava atrás; que ela começou a passar mal e daí ligaram pra ele; que nisso ele chegou lá e ligou para o Jefferson pra ir buscar a mulher pra ir levar pro hospital; que nisso ele chegou lá e o declarante estava picando as pedras, fracionando elas ali; que quando viu a Polícia chegou junto; que quem estava passando mal era a Gabriele Prestes; que é namorada de Alafan; que ela estava grávida; que quem ligou foi sua esposa, Andressa de Fátima Rodrigues; que ela ligou para Alafan e daí o Alafan ligou para Jeferson; que ele ligou porque ninguém deles tinha carro; que conhecia Alafan porque a mulher dele é amiga de sua mulher; que viu a hora que Jefferson chegou; que no momento o declarante estava picando as pedras e fracionando elas; que a Polícia chegou e pegou eles no lugar do declarante; que Jefferson chegou um pouco antes da Polícia; que Jefferson estava no lado de fora da casa e daí a Polícia pegou e trouxe ele pra dentro; que ali morava o declarante, a mulher de Alafan e sua mulher; que a arma era do declarante, calibre .22, estava sem munição; que essa arma estava no bolso do declarante; que tinha picado mais ou menos umas duzentas, e daí tinha mais uma e mais um pouco de pó; que teve dinheiro apreendido; que só foi apresentado um pouco, mas tinha mais de seis mil reais; que esse dinheiro estava com o declarante, e só apresentaram três mil e pouco; que quando viu a Polícia eles falaram “perdeu”; que estava com o revólver no bolso e as pedras no colo; que pegou e jogou pra trás o dinheiro; que não foi levado pela Polícia; que eles só bateram no declarante e levaram só os de maior; que estavam lá o declarante, outro piá de menor; [...]; que ele estava lá ajudando a picar as pedras; [...]; que era o Cabo André que estava lá aquele dia; que o Alafan morava lá embaixo, que ele tem uma casinha; [...]; que quando a Polícia chegou o Alafan estava chegando na casa a pé; que foi essa hora que falaram que tinham corrido, mas ninguém correu; que esperou seis meses para contar isso para autoridade porque estava preso.

O acusado Alafan, por sua vez, silente na fase extrajudicial, relatou ao juízo: “Que no dia dos fatos a amiga de sua esposa ligou para o interrogado falando

que ela estava mal; que pediu se podia ir lá e arrumar alguém para levar ela para o hospital; que mandou mensagem para o Jefferson se ele podia fazer uma carona, uma corrida para levar sua namorada para o hospital; [...]; que no dia quando chegou lá estava sua namorada e a amiga dela na frente de casa e quando o Jefferson chegou lá e a Polícia também já chegou; [...]; que mora do lado da casa de seu avô; que tem uma “meia água” que fez do lado da casa de seu avô e mora sozinho; que Gabriela é sua namorada; que foi até lá a pé, correndo; que quando chegou lá viu ela, estavam na frente; que a Polícia chegou e o Jefferson já; que eles já mandaram deitar no chão e colocar a mão na cabeça e apreenderam eles; que chamaram a canil e acharam droga dentro da casa; que é duas casas, sua namorada morava atrás e o piá morava na frente; que quem morava na frente era o Wellington; que o interrogado não morava ali, morava do lado da casa do seu avô em uma “meia água”; que não

é ali; que dá umas cinco quadras longe; que nenhuma dessas duas casas era do interrogado; que o senhor mesmo viu que os policiais falaram que não pegaram droga nenhuma com o interrogado; que só chegou lá, policial chegou e abordaram e não acharam droga nenhuma; que não sabe quem mora na frente da casa; que não ia lá muito; que os policiais apreenderam droga lá na casa da frente; que não tem nada a ver com essa droga nem com o dinheiro; que mesmo assim os policiais mesmo falam que não pegaram nada com o interrogado; [...]; que não sabe o porquê de estar sendo acusado disso; que acha que é porque é de maior; que chegou lá eles o abordaram e levaram preso; que na verdade a droga era do menor lá e querem colocar em suas costas; que acha que os policiais fizeram isso porque já tem passagem, já teve uma passagem por usuário, ficou um dia preso; que saiu, mudou, estava trabalhando, tentando construir sua família; [...]; que não tinha nada; que estava de calção, camiseta e chinelo.”.

A esposa do réu Jefferson, Luciana Aparecida Fênix, relatou ao juízo que a esposa do réu Alafan telefonou para irem até sua residência pois ela estava passando mal e precisava de carona até o hospital; que deslocavam-se ao centro da cidade quando receberam a ligação; que foram ela, seu esposo e suas filhas até a residência; que quando chegaram no local, a polícia já se fazia presente, e ao se aproximarem da residência, que fica nos fundos do terreno, a polícia mandou todos colocarem as mãos na cabeça; que não sabe muito bem o que ocorreu, mas que logo algemaram o seu marido; aduziu haver algum tipo de perseguição dos policiais contra sua pessoa e de seu esposo, pois sempre que os encontravam, acabavam por abordá-los; que em dezembro do ano anterior alguém efetuou disparos de arma de fogo em frente a casa de sua mãe, e ao saírem para verificar, uma pessoa havia levado o veículo do seu marido; que o carro foi abandonado posteriormente, e quando ela chegou para buscar, a polícia o repreendeu e pediu onde estava o seu marido, alegando que seu marido era quem estava no carro e teria efetuado os disparos; que depois deste episódio, a polícia foi algumas vezes em sua casa, inclusive estourando janelas, revirando seus pertences, sem deixar de efetuar rondas no posto de lavação que trabalhavam.”.

Pois bem.

Verifica-se que a narrativa apresentada pelos acusados com relação a dinâmica do fato é totalmente oposta a versão narrada pelos policiais.

Os agentes públicos foram uníssonos em seus relatos, esclarecendo que o local onde fora encontrada a droga era conhecido como ponto de tráfico. Referiram que estavam em rondas pelo bairro Efapi, quando avistaram dois masculinos em atitude suspeita, os quais se evadiram após perceberem a aproximação policial. Na sequência, narraram que perseguiram os masculinos, chegando em uma residência, salientando que no local, Jefferson fora flagrado fracionando drogas para o comércio e estava em posse de uma arma de fogo.

Ademais, os policiais informaram que tinham conhecimento de que o acusado Alafan era a pessoa que residia naquele local, tendo o policial André relatado ao juízo, inclusive, que no momento da abordagem, Alafan confirmou que havia alugado o imóvel, permitindo a revista no interior do local.

Vale frisar que, tocante ao testemunho dos policiais militares, é assente na jurisprudência que quando prestados de forma firme e coerente, são dotados de relevante valor probatório, prestando-se a comprovação dos fatos narrados na denúncia, desde em harmonia com o conjunto probatório apresentado, tal como se verifica nos autos.

Por essa razão, há que se dar a devida credibilidade aos testemunhos dos agentes públicos, os quais afirmam de forma categórica que ao chegarem no local, flagraram o acusado Jefferson fracionando drogas que seriam posteriormente destinadas ao comércio ilícito, bem como a quantia de R\$ 3.466,00 reais em espécie, parte em posse do acusado Jefferson e parte escondida embaixo do sofá onde ele estava sentado. Ressalta-se, ainda, que os atos de comércio, consistente no fracionamento de substâncias entorpecentes, estavam sendo realizados na residência do acusado Alafan.

No ponto, friso que os policiais foram categóricos ao afirmar que tinham conhecimento de que era o acusado Alafan quem residia naquele local, tendo o próprio apelante referido essa informação aos agentes públicos, conforme relatou o policial André. Aliás, o próprio réu à fl. 17 assinou uma autorização para a entrada da guarnição no local, permitindo que os policiais realizassem as diligências, o que certamente não permitiria caso não estivesse estabelecido naquela residência.

De outro turno, o adolescente Wellington relatou que estava no local no momento da abordagem e toda a droga encontrada, inclusive a arma de fogo, seriam de sua propriedade.

A alegação do menor, convenientemente ofertada para beneficiar os réus, não encontra respaldo nos autos.

Na verdade, causa certa estranheza o fato de que o adolescente não procurou nenhuma autoridade para relatar essa versão, vindo somente em juízo assumir a autoria das imputações. Aliás, os acusados Alafan e Jefferson sequer mencionaram o nome do menor quando ouvidos na fase extrajudicial, o que era de se esperar caso ele estivesse no local no dia dos fatos e fosse sua a droga apreendida.

Ademais, embora não tenha sido localizado nenhum entorpecente na posse direta de Alafan, tem-se que as circunstâncias do caso concreto, especialmente o fato de a droga estar sendo fracionada na sua residência, local que era conhecido como ponto de tráfico, como visto, confirmam sua participação no mercadejo de entorpecentes e evidenciam seu nexos com todo material encontrado.

Diante desse contexto, tenho que ao contrário do alegado pela Defesa dos réus, as provas são suficientes para manutenção da condenação pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da lei n. 11.343/06, não havendo espaço para a absolvição pretendida.

A rigor, as provas são contundentes e, apontam, seguramente, a autoria das imputações contida na denúncia aos apelantes.

Da desclassificação do crime de tráfico de drogas para a conduta prevista no art. 28, da Lei n. 11.343/06

Com relação ao pleito de desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28, da Lei n. 11.343/06, merece ser afastado.

No caso, não há dúvidas de que a droga apreendida (fl. 10) era destinada à mercancia ilícita, o que torna inviável a desclassificação da conduta como requer a Defesa dos apelantes.

Conforme visto no tópico anterior, os policiais militares narraram que o local onde foi apreendida a droga, é conhecido no meio policial como ponto de tráfico, assim como foram enfáticos ao afirmar que o acusado Jefferson fora flagrado na residência do apelante Alafan, fracionando drogas, mencionando que já haviam entorpecentes devidamente embalados para o comércio, além de considerável quantia em dinheiro, parte com o acusado Jefferson, parte escondia em um sofá.

Essas circunstâncias, tipicamente verificadas no comércio de drogas, revelam, sem dúvidas, a real destinação do entorpecente encontrado.

Logo, afasto o pleito de desclassificação para a conduta prevista no art. 28, da Lei de Drogas. (fls. 439 – 447 dos autos principais).

Como se vê, a partir da análise do contexto fático-probatório existente nos autos, o Órgão Colegiado entendeu comprovada a prática do narcotráfico por parte do recorrente, com destaque aos depoimentos colhidos durante a instrução criminal, sobretudo dos agentes públicos responsáveis pelo flagrante, pelo que, "A rigor, as provas são contundentes e, apontam, seguramente, a autoria das imputações contida na denúncia aos apelantes".

Assim, compreender de maneira diversa, a fim de acolher o pedido de absolvição, demandaria o reexame das provas já analisadas por ocasião do julgamento do recurso de apelação, o que é vedado nesta via, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO EXTRAÍDOS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ.

1. O Tribunal de origem, após a análise dos elementos colhidos no curso da ação penal, concluiu que o caderno processual ostenta provas aptas para condenar a ré pelo crime de tráfico de drogas que lhe foi imputado pela denúncia, destacando que a materialidade e a autoria da denunciada ficaram demonstradas pelas provas orais, periciais e outras constantes dos autos.
2. O recurso especial não é via adequada para se veicular pretensão de amplo revolvimento fático-probatório, procedimento de análise exclusiva das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor do óbice constante da Súmula n. 7/STJ. (AgRg no REsp 1705141 / SC. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. J. 24/09/2019).

No mesmo viés:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO MONOCRÁTICA. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. INEXISTÊNCIA. ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE EM ÂMBITO DE RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. INCIDÊNCIA. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO E DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI DE DROGAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO DE 1/5. FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. MOTIVAÇÃO VÁLIDA QUANTO AO RECRUESCIMENTO DO REGIME.

[...]

4. No caso, para que fosse possível a análise dos pleitos de absolvição ou de desclassificação para o art. 28 da Lei de Drogas, seria imprescindível o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é defeso em âmbito de recurso especial, em virtude do disposto na Súmula 7 desta Corte. (AgRg no AREsp 1226545 / MG. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro. Sexta Turma. J. 11/12/2018).

Soma-se, ainda, que o entendimento adotado no acórdão, em conferir relevância aos depoimentos dos agentes públicos, os quais “são dotados de relevante valor probatório, prestando-se a comprovação dos fatos narrados na denúncia, desde em harmonia com o conjunto probatório apresentado”, encontra-se em sintonia com a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos seguintes julgados:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

2. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que 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 (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016).

Igualmente:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Corte de origem, soberana na apreciação da matéria fático-probatória, concluiu pela existência de provas suficientes para a condenação pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, notadamente em razão dos depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a revisão do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ.

2. O depoimento policial prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova.
3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 597972/DF. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Sexta Turma. J. 25/10/2016).

Logo, o entendimento exposto no acórdão impugnado está em harmonia com a jurisprudência da Corte Superior, pelo que também deve incidir como óbice à admissão recursal o enunciado da Súmula 83 do STJ (“Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”), também aplicável, consoante iterativa jurisprudência da Corte Superior, ao recurso especial fundado na alínea “a” do permissivo constitucional (AgRg no AREsp 1.140.040/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 16/08/2018).

1.2 Da ofensa ao art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06

Na sequência, em referência à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sustentou a defesa que “merece ser reformada a douta sentença e conseqüentemente o ven. Acórdão, para que seja aplicado ao acusado a redução da pena, pois preenche todos os requisitos para tal benesse” (fl. 15).

A matéria foi discutida no acórdão nos seguintes termos:

Da redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas

Os apelantes pleiteiam, ainda, o reconhecimento do tráfico privilegiado por entenderem preenchidos os requisitos para sua concessão.

Como é consabido, os requisitos estabelecidos pela Lei devem ser cumulativamente preenchidos, sem o que se torna inviável a concessão da benesse.

Acerca do tema, colhe-se da lição de Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini, Rogério Sanches Cunha e Willian Terra de Oliveira:

No delito de tráfico (art. 33, caput) e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles inviável a benesse legal (Nova lei de drogas comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 165).

No caso, tocante ao acusado Jefferson, o togado consignou que deixaria de aplicar a redutora em virtude da reincidência do réu. Já com relação ao acusado Alafan, apesar de não ser reincidente, observo que Magistrado deixou de conceder a benesse em virtude de o réu ostentar condenação, naquele juízo, pelo mesmo delito (fls. 273), o que evidencia que não foi um fato isolado em sua

vida. Consignou, ainda, que não há qualquer tipo de comprovação de atividade laborativa lícita e habitual realizada pelo réu, podendo-se concluir pela sua dedicação à atividades criminosas.

De fato, o acusado Jefferson ostenta a condição de reincidente específico (fls. 43), o que constitui entrave legal ao deferimento da referida benesse. Da mesma forma, o recorrente Alafan, apesar de não ser reincidente, possui uma condenação definitiva também pela prática do crime de tráfico de drogas (fl. 273).

Por conta disso, tenho que resta demonstrado que os Recorrentes não preenchem os requisitos necessários para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não havendo falar, portanto, em redução da pena imposta. (fls. 450 e 451 dos autos principais).

Pelo que se observa, em atenção ao fato de que “o acusado Jefferson ostenta a condição de reincidente específico (fls. 43)” a Corte estadual concluiu pela manutenção do afastamento do tráfico privilegiado, porquanto não preenchido o requisito relativo à primariedade.

Colhe-se, nesse sentido, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MAJORAÇÃO NA SEGUNDA FASE. REINICIDÊNCIA ESPECÍFICA. PERÍODO DEPURADOR. INOCORRÊNCIA. CONTAGEM DO QUINQUÍDIO DA DATA DA EXTINÇÃO DA PENA ANTERIOR ATÉ A DATA DO COMETIMENTO DO NOVO DELITO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. APENADO REINCENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA “B”, DO CÓDIGO PENAL - CP. INOCORRÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A causa redutora de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei n. 11.343/06 poderá ser aplicada quando cumpridos os seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não dedicar-se a atividades criminosas e não integrar organização criminosas. No caso em apreço, o acórdão impugnado destacou que o paciente ostenta a condição de reincidente específico, o que afasta, de plano, a concessão da causa especial de redução da pena pretendida, estando esse fundamento em consonância com o entendimento desta Corte. (HC 460088 / SP. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma. J. 23/10/2018).

No mesmo viés:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE AFASTADA DO MÍNIMO LEGAL. ESPÉCIE DA DROGA APREENDIDA (CRACK). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCENTE ESPECÍFICO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. CABIMENTO. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA VALORAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REFORMATIO IN PEJUS. SUBSTITUIÇÃO DA

PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

[...]

4. Sendo o réu reincidente, conforme atestado pelas instâncias originárias, fica inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois um dos requisitos para a concessão da benesse é a primariedade. (HC 300176 / RS. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. Sexta Turma. J. 21/10/2014).

Destarte, deve incidir como óbice ao pretendido reconhecimento do tráfico privilegiado, mais uma vez, o enunciado da Súmula 83 do STJ.

1.3 Do pedido de aplicação de regime inicial mais brando e da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

No tocante ao pleito de aplicação de regime inicial mais brando e da substituição da pena corporal, cumpre observar, primeiramente, que o recorrente deixou de apontar qual(is) o(s) dispositivo(s) de lei federal entendeu violado(s) pela decisão recorrida e, como se sabe, a admissão do reclamo especial exige, quer pela alínea 'a' em análise, quanto pelas alíneas 'b' e 'c' do permissivo constitucional, além da indicação dos artigos de lei federal, a impugnação dos fundamentos da decisão recorrida ao interpretá-los, requisito imprescindível para a compreensão da controvérsia jurídica.

A admissão do Recurso Especial, desse modo, logo esbarra no enunciado da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicável ao apelo especial por similitude: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

Nesse norte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. NULIDADES. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS VIOLADOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA 284 DO STF.

1. Nas razões do apelo nobre, a defesa acusou a ocorrência de diversos vícios que, supostamente, ensejariam a nulidade do feito, deixando, contudo, de indicar os dispositivos infraconstitucionais que teriam sido violados.

2. A falta de indicação dos dispositivos legais infringidos pela decisão recorrida demonstra a patente deficiência na fundamentação do apelo extremo, o que impossibilita a exata compreensão da controvérsia, fazendo incidir, na espécie, o óbice previsto na Súmula n. 284/STF.

[...] 4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1.581.633/PR. Rel.

Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. J. 04/10/2018)

Igualmente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. OFENSA AO JUIZ NATURAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONEXÃO. IMPOSSIBILIDADE. VINCULAÇÃO RECONHECIDA COM BASE EM PROVAS OBTIDAS DURANTE AS INVESTIGAÇÕES. REEXAME PROBATÓRIO VEDADO NA VIA ELEITA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUPERVENIÊNCIA. QUESTÃO PREJUDICADA. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS FUNDAMENTADO. CARÁTER PROTETATÓRIO. DESCONSTITUIÇÃO DO ENTENDIMENTO DO JUÍZO PROCESSANTE. SÚMULA N.º 7/STJ. PEDIDO GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO. SÚMULA N.º 284/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

4. No tocante a tese de ausência de prova para a condenação, a ausência da indicação clara, precisa e direta dos dispositivos de lei federal supostamente violados e da forma como ocorreu a correspondente violação, tal como ocorre na espécie, consubstancia óbice à análise do apelo nobre por deficiência na fundamentação, incidindo na hipótese o disposto no enunciado n.º 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. (AgRg no AREsp n.º 1404678/SP. Rel.ª. Min.ª. Laurita Vaz. Sexta Turma. J. 26/02/2019).

Não fosse isso, ao analisar os requerimentos defensivos, assim foi consignado no acórdão recorrido:

Da substituição da reprimenda por restritivas de direitos

Considerando que não houve alteração na reprimenda imposta em face dos recorrentes e que ambas suplantam o patamar de 4 (quatro) anos, inviável a substituição da reprimenda por restritivas de direitos.

Do regime inicial para o resgate da reprimenda

Da mesma forma, uma vez inalterada a sanção corporal imposta ao Apelante Jefferson - 9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão - inviável, igualmente, a fixação do regime inicial mais brando, devendo ser mantido o regime fechado ora fixado.

Quanto ao acusado Alafan, apesar de o quantum de reprimenda imposto permitir a fixação do regime semiaberto, verifica-se que o apelante possui antecedentes criminais, circunstância que justifica a necessidade de cumprimento da pena em regime mais gravoso, tal como fixado na sentença – fechado.

Assim, mantém-se inalterado os regimes para o início do resgate das reprimendas (fl. 451).

Dessume do decisor, o Tribunal consignou que “não houve alteração na reprimenda imposta em face dos recorrentes e que ambas suplantam o patamar de 4 (quatro) anos, inviável a substituição da reprimenda por restritivas de direitos”.

De igual forma, pelo quantum de reprimenda fixada (9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão), o Órgão Colegiado entendeu pela manutenção do regime fechado ao resgate inicial da pena, o que atrai, outra vez, o enunciado da Súmula 83 do STJ, porquanto o entendimento encontra-se em consonância com a Corte Superior.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/06). PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DE ENTORPECENTES (ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). 194KG DE COCAÍNA. CULPABILIDADE. ORGANIZAÇÃO. PLANEJAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI

N. 11.343/06). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME DE PROVAS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ART. 33 DO CÓDIGO PENAL - CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL - CP. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Mantida a pena fixada pelas instâncias ordinárias (superior a 8 anos), os pleitos de abrandamento do regime e de substituição da reprimenda corporal por restritivas de direito restam prejudicados, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos previstos no art. 33, § 2º, e no art. 44, ambos do Código Penal. (HC 517096 / MS. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Quinta Turma. J. 13/08/2019).

No mesmo norte:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. [...] APLICAÇÃO DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRESENÇA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM ATIVIDADE CRIMINOSA. PLEITOS DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO E DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA RECLUSIVA SUPERIOR A 8 ANOS. PRETENSÃO DE ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

8. A quantidade de pena fixada, superior a 8 anos, não permite a fixação de regime diverso do fechado, nem tampouco a concessão do benefício da substituição das penas. Inteligência dos arts. 33, § 2º, “a”, e 44, I, do Código Penal. (HC 298169 / RS. Rel. Min. Nefi Cordeiro. Sexta Turma. J. 11/10/2016).

2. Alínea “c” do art., 105, III, da Constituição da República

Por fim, em que pese a defesa tenha tentado rediscutir a aplicação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 sob a alegação de dissídio jurisprudencial, tem-se que o óbice da Súmula 83 do STJ à admissão recursal pela alínea “a” do art. 105, III, da Constituição Federal, por si só, implica a inadmissibilidade do reclamo pela alínea “c” do permissivo constitucional.

Nesse sentido: “Estando a orientação adotada pelo acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte, incabível se mostra o acolhimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional, a teor do enunciado 83 da Súmula do STJ” (AgRg no REsp 1849196 / SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Quinta Turma. J. 05/03/2020)

Ademais, verifica-se que o recorrente se absteve de proceder ao necessário cotejo analítico, requisito essencial que pressupõe a satisfatória ilustração do dissenso, nos exatos termos do art.

1.029, § 1º, do CPC/2015, reproduzido integralmente pelo art. 255, §1º, do RISTJ, segundo o qual deve-se “em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça é uníssono:

[...] III - Na parcela recursal referente a alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição Federal, conforme a previsão do art. 255, §1º, do RISTJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se o constante da Súmula n. 284 do STF.

IV - Da análise do recurso especial, observa-se que o recorrente não aponta qual o dispositivo infraconstitucional teria sido objeto de interpretação divergente pelos julgados em confronto, o que impede a apreciação do tema pelo Superior Tribunal de Justiça (AgInt no AREsp 1039209, rel. Min. Ministro Francisco Falcão, j. em 05/12/2017).

No mesmo sentido:

[...] Para a caracterização do alegado dissídio jurisprudencial, não basta a simples transcrição de ementas; devem ser mencionadas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como indicada a lei federal a que foi atribuída interpretação divergente, sob pena de não serem atendidos os requisitos previstos nos arts. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e 255, § 1º, do RISTJ (AgInt no REsp 1.697.425, rel. Min. Lázaro Guimarães, DJe 16/02/2018).

Desse modo, mostra-se igualmente inviável a admissão do reclamo especial interposto com fundamento na divergência jurisprudencial, diante do óbice da Súmulas 83 do STJ, bem como do descumprimento dos requisitos estampados no art. 1.029, § 1º, do Código de Processo Civil, c/c. art. 255, § 1º, do RISTJ.

3. Conclusão

À vista do exposto, não se admite o Recurso Especial. Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 21 de julho de 2020.

Desembargador Volnei Celso Tomazini
2º Vice-Presidente

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso Especial n. 0300099-74.2017.8.24.0124/50001, Itá

Rectes.: Sadi Hermes e outro

Advogado: Michell Zanoello (OAB: 21439/SC)

Recorrido: Cooperativa de Crédito Rural de Seara CREDISEARA

Advogada: Gabrieli Fontana (OAB: 99401/SC)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Dirce Maria Gossler Hermes e Sadi Hermes, com base no artigo 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, interpuseram o presente recurso especial alegando violação ao artigo 833, inciso VIII, do Código de Processo Civil; além de divergência jurisprudencial no que diz respeito ao enquadramento do imóvel no conceito de pequena propriedade rural, e a sua impenhorabilidade.

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

Presentes os requisitos extrínsecos, passo à admissibilidade O reclamo não merece ascender pelas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, no que se refere à alegada afronta ao artigo 833, inciso VIII, do Código de Processo Civil e ao suscitado dissídio pretoriano, ante o obstáculo das Súmulas 283 do Supremo Tribunal Federal, por analogia, e 126 do Superior Tribunal de Justiça.

Com o intuito de evidenciar a incidência dos referidos enunciados sumulares ao caso em tela, destaca-se trecho do acórdão objurgado:

A impenhorabilidade, que tem por objetivo a tutela da família e das atividades rurais, tem amparo no art. 5º, XXVI, da Constituição da República, segundo a qual “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento”.

Para que incida a referida proteção constitucional, faz-se necessário o preenchimento concomitante dos seguintes requisitos: a) tratar-se de pequena propriedade rural, na forma definida em lei; b) exploração desta mediante o trabalho do agricultor e/ou de sua família; c) vinculação entre o débito e a atividade produtiva.

[...]

Em relação ao primeiro requisito, a jurisprudência pátria controverte acerca de qual a definição

espacial para pequena propriedade rural, se um módulo fiscal, nos termos do art. 4º, II e III, e do art. 50, da Lei n. 4.504/1964 (Estatuto da Terra); ou se até 4 (quatro) módulos fiscais, conforme art. 4º, II, 'a', da Lei n. 8.629/1993, que se refere expressamente à pequena propriedade rural para fins de reforma agrária.

Malgrado a profusão de argumentos que poderiam ser levantados a favor de uma e outra posição, este Órgão Julgador tem se orientado no sentido de adotar o segundo critério acima referido, qual seja, de considerar pequena propriedade rural, também para os fins do art. 5º, XXVI, da Carta Magna, aquela que conte com até 4 (quatro) módulos fiscais, sendo a medida nominal de cada módulo definida atualmente na Instrução Especial n. 20, de 1980, do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, disponível em www.incra.gov.br, conforme o município a que pertencer a terra rural:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA RURAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE ACOLHEU O INCIDENTE ANTE A PRESENÇA DE PROVA ACERCA DA IMPENHORABILIDADE DE BEM IMÓVEL RURAL. IRRESIGNAÇÃO DO EXCEPTO. TESE DE NÃO INCIDÊNCIA DA PROTEÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE DOIS DOS EXECUTADOS RECEBEM PROVENTOS DE APOSENTADORIA. IRRELEVÂNCIA. EXISTÊNCIA DE OUTRA FONTE DE RENDA NÃO OBSTA A UTILIZAÇÃO DA TERRA PARA COMPLEMENTAÇÃO DA SUBSISTÊNCIA. TESE DE QUE OS PROPRIETÁRIOS MANTÊM DOMICÍLIO EM LOCAL DIVERSO E POSSUEM OUTROS BENS IMÓVEIS, O QUE TORNA A ÁREA RURAL PASSÍVEL DE CONSTRUÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. REQUISITOS CONSTANTES NO INCISO VIII DO ARTIGO 833 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PREENCHIDOS. IMÓVEL COMPREENDIDO EM UM MÓDULO FISCAL. RECONHECIMENTO DE PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DE QUE O BEM É EXPLORADO PELA FAMÍLIA. MANUTENÇÃO DA GARANTIA DE IMPENHORABILIDADE DA ÁREA RURAL.

“Para declarar-se a impenhorabilidade de propriedade rural, necessário tratar-se o imóvel de pequena propriedade, assim, definida em lei, e que seja trabalhada pela família, sendo que, como no caso concreto, preenchidas estas características nos termos da Constituição Federal, do Código de Processo Civil, da Lei do Bem de Família, da Lei 8.629/93 e Instrução Normativa n. 20/80, do INCRA, a impenhorabilidade é medida que se impõe” (Agravado de Instrumento n. 2014.024269-4, Rel. Des. Edegar Gruber, j. 27-10-2014). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 4014889-86.2016.8.24.0000, de Abelardo Luz, rel. Des. Rejane Andersen, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 11-06-2019) (em grifos no Original)

[...]

Quanto ao segundo requisito, denota-se que a pequena propriedade rural gozará da garantia constitucional referida desde que explorada pela família. O objetivo, aqui, é duplice: de um lado, preservar a produção agrícola necessária ao sustento do núcleo familiar rural, a fim de não reduzi-lo à miséria; e, de outro, evitar que o aproveitamento inadequado da propriedade seja oposto aos credores como forma de fraudar as dívidas do proprietário do bem.

No tocante ao terceiro e último requisito, finalmente, o texto constitucional exige que a impenhorabilidade prevalece em face de débito contraído em razão da atividade produtiva da

terra, ou seja, para aquele devedor que, buscando um fomento econômico para seu trabalho rural, experimenta uma frustração anormal do crédito tomado.

Em adição àquele preceito constitucional, o art. 833, VIII, do Código de Processo Civil, declara como absolutamente impenhorável “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família”, o que é complementado pelo art. 4º, § 2º, da Lei n. 8.009/1990, [...]

“In casu”, quanto ao primeiro requisito constitucional, verifica-se que um módulo fiscal no Município de Itá/SC, no qual encontra-se o imóvel constricto, equivale a 20 ha (vinte hectares), correspondendo a área de 200.000 m² (duzentos mil metros quadrados), consoante instrução Especial do INCRA N. 20, de 28 de maio de 1980.

Logo, na mencionada cidade, considera-se pequena propriedade rural a área com até 80 ha (oitenta hectares), correspondente a 800.000 m² (oitocentos mil metros quadrados).

Nos presentes autos, o bem penhorado possui área total de 100.405 m² (cem mil e quatrocentos e cinco metros quadrados), conforme denotase das matrículas imobiliárias de fls. 106/123 (ns. 518 e 1680), isto é, possuem a condição de pequena propriedade rural.

Quanto ao segundo e ao terceiro requisitos, que exige a produtividade da terra mediante o trabalho do agricultor ou de sua família na propriedade e que o débito tenha sido contraído em razão da atividade produtiva da terra, entende-se que estes também se encontram caracterizados na hipótese em apreço.

A demonstração de produtividade da terra mediante o trabalho do agricultor ou de sua família na propriedade, sobeja caracterizada, pois dos documentos intitulados “nota fiscal emitida produtor”, referente a venda de milho, laticínios e gado de corte (fls. 184/215 dos autos principais), demonstra satisfatoriamente a condição de produtora rural.

Ainda, o parecer de Engenheiro Ambiental do Crea às fls. 176/182 apresenta dados e imagens das localizações, a fim de, mais uma vez, comprovar a situação de pequena propriedade rural.

Resta incontroverso, portanto, que da área constricta os recorrentes retiram o seu sustento, explorando-a nesse sentido, uma vez que na própria qualificação dos embargantes, aparecem como agricultores, conforme se extrai da exordial da ação principal, bem como as notas de produtores rurais acima mencionadas.

Inconteste, pois, o preenchimento de todos os requisitos configuradores da pequena propriedade rural, para os fins da proteção prevista no art. 5º, XXVI, da CRFB/1988, em relação ao imóvel dos apelantes.

Em vista dessas circunstâncias, é de ser reconhecida a ocorrência de julgamento “*citra petita*” e, com fulcro no art. 1.013, § 3º, III, do CPC, deve ser acolhido o pleito dos embargantes a fim de declarar a impenhorabilidade dos imóveis matriculados sob n. 518 e 1.680 do Cartório de Registro Imobiliário de Itá/SC.

Revela-se, portanto, que a decisão impugnada adotou, além da legislação federal, fundamentos constitucionais que permanecem hígidos, haja vista que a parte insurgente manejou apenas recurso especial, embora a matéria haveria de ter sido discutida em recurso extraordinário, que no caso concreto não foi interposto (Súmula 126 do STJ).

A propósito, deliberou Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. IMPENHORABILIDADE. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 283/STF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 126/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não sendo impugnados todos os fundamentos do acórdão recorrido no recurso especial, tem incidência o óbice da Súmula 283/STF.

2. Embasando-se o acórdão estadual também em fundamentos constitucionais, e não tendo o recorrente interposto recurso extraordinário, aplica-se o disposto na Súmula 126/STJ (STJ, AgRg no AREsp 782.919/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 18/02/2016, DJe 25/02/2016, grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO SIMULTÂNEA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. CARACTERIZAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. GARANTIA HIPOTECÁRIA. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA E HIPOTECÁRIA. FINANCIAMENTO DA ATIVIDADE PRODUTIVA. IMPENHORABILIDADE. ARTS. 649, INCISO VIII, DO CPC DE 1973, E 5º, INCISO XXVI, DA CF/88. PROVIMENTO.

1. É inviável o recurso especial se a parte deixa de impugnar, pela via processual adequada, fundamento constitucional do acórdão recorrido (Súmula 126 do STJ).

2. Recurso especial cuja pretensão demanda reexame de matéria fática da lide, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.

3. A pequena propriedade rural, trabalhada pela família, é impenhorável, ainda que dada pelos proprietários em garantia hipotecária para financiamento da atividade produtiva. Artigos 649, inciso VIII, do Código de Processo Civi anterior, e 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal.

4. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no AREsp 1176108/PR, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018, grifou-se).

Além disso, registra-se que descortinar as premissas utilizadas pela Câmara julgadora para afastar a alegação de impenhorabilidade do imóvel demandaria a incursão no arcabouço fático-probatório encartado nos autos, o que é sabidamente vedado na via recursal excepcional (STJ, Súmula n. 7).

Ante o exposto, não admito o recurso especial. Intimem-se.

Florianópolis, 22 de julho de 2020.

Desembargador Salim Schead dos Santos
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial n. 0048000-70.2010.8.24.0023/50001, Capital

Recorrente: Viterra Comércio e Serviços de Terraplenagem e Entulhos Ltda

Advogados : Francisco Rangel Effting (OAB: 15232/SC) e outro

Recorrida: Hantei Construções e Incorporações Ltda.

Advogados : Gilbran Soncini da Rosa (OAB: 13070/SC) e outro

DECISÃO MONOCRÁTICA

Viterra Comércio e Serviços de Terraplenagem e Entulhos Ltda, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação aos arts. 186 e 927 do Código Civil; 373, I e II, e 489, II, do Código de Ritos de 2015; 5º da Constituição da República; e divergência jurisprudencial.

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

Inicialmente, no que diz respeito à violação ao art. 5º da Constituição Federal, o reclamo não merece ascender, pois a matéria deve ser objeto de recurso extraordinário, ante a competência conferida exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal para a análise de violação a dispositivo constitucional (art. 102, III, da CF/88).

A propósito:

Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para o fim de prequestionamento, **sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal** (STJ, Segunda Seção, AgInt nos EREsp 1082463/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18/12/2018, DJe 01/02/2019 – grifou-se).

“Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, motivo pelo qual se revela inviável invocar, nesta seara, a violação de dispositivos constitucionais, porquanto matéria afeta à competência do STF (art. 102, inciso III, da Constituição Federal)” (AgRg no AREsp n. 359.463/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/2/2015, DJe 3/3/2015) (STJ - Terceira Turma, AgInt no AREsp 1.027.835/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 02/05/2017, DJe 29/05/2017 – grifou-se).

O recurso não reúne condições de ascender pela alínea “a” do permissivo constitucional, no tocante à suscitada violação ao art. 489, II, do atual Diploma Processual Civil, pois as razões recursais não indicam diretamente em que consistiram as supostas máculas contidas no acórdão recorrido, o que atrai, por analogia, a incidência da Súmula nº 284 do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o tema:

É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa aos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 **se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão tornou-se omissivo, contraditório ou obscuro**. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF (STJ - Terceira Turma, AgInt no REsp 1808154/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 09/12/2019, DJe 12/12/2019 – grifou-se).

É deficiente a **alegação genérica** de violação dos arts. 489 e 1.022, I e II, do CPC/2015, configurada quando o **jurisdicionado não expõe objetivamente os pontos supostamente omitidos pelo Tribunal local** e não comprova ter questionado as apontadas falhas nos embargos de declaração. Incidência da Súmula 284/STF (STJ - Segunda Turma, AgInt no AREsp 1089706/MT, Rel. Ministro Og Fernandes, j. 19/10/2017, DJe 25/10/2017 – grifou-se).

Por fim, não se abre a via especial à insurgência pelas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, no que diz respeito aos arts. 186 e 927 do Código Civil, 373, I e II, do Código de Ritos de 2015 e ao correspondente dissenso pretoriano, por óbice da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que as conclusões do Colegiado julgador, no que se refere à excludente de responsabilidade civil (força maior), foram obtidas pela análise do substrato fático-probatório produzido no caderno processual, consoante demonstra o seguinte excerto do acórdão recorrido:

De pronto, é necessário esclarecer que a Ré firmou contrato com a empresa Carterra Serviços de Terraplanagem e Incorporações Ltda., o qual teve por objeto a locação de equipamentos e a execução de serviços de terraplanagem na obra descrita na petição inicial (pp. 124-126).

A Carterra, por sua vez, contratou a Autora para executar o re referido trabalho, mediante a utilização de escavadeira hidráulica, o que contou com a anuência da Requerida, conforme se depreende da nota fiscal de p. 180, que comprova o pagamento de valores diretamente à Requerente.

Contudo, inexistente estipulação do dever de guarda e conservação da escavadeira à Ré, seja no instrumento entabulado com a Carterra ou outro perante a Autora. Isso porque, ao contrário do que afirmou a Requerente (p. 512), a cláusula terceira do contrato, que estabeleceu as obrigações da Adversa, não incluiu dever de guarda dos equipamentos e máquinas que estavam sendo utilizados para prestar serviços na obra. A Contratante (Requerida) apenas deveria “fornecer os projetos e especificações atualizados e esclarecimentos necessários para o bom andamento dos serviços” (p. 124).

Portanto, conclui-se que a Requerida não tinha responsabilidade pela guarda da máquina da Demandante.

Adiante, no que atine à culpa pelo evento, foram colhidos depoimentos na audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que foram ouvidas duas testemunhas da Requerente e três da Ré, por meio de sistema audiovisual.

A testemunha Alequis Heitor Zirke, arrolada pela Autor, declarou, em resumo: que chegou no local para levar óleo da máquina e a escavadeira estava debaixo d'água; que choveu bastante no dia anterior; que o comentário era de que houve rompimento de uma galeria pluvial e a água da chuva foi desviada para a obra, inundando completamente a máquina do Requerente e outras duas de propriedade de outros prestadores de serviços; que não sabia da existência da galeria e que também não sabe quando a Ré tomou ciência do sinistro, mas que alguns funcionários e o Advogado desta estavam presentes naquela manhã; que a máquina permaneceu cerca de uma semana submersa, mas não tem exata certeza de quantos dias; que a Hantei contratou bombas para sugar a água e providenciou a retirada da máquina da Demandante com um guincho; que as pessoas comentaram que a obra tinha seguro e que os prejuízos seriam pagos, mas depois a seguradora negou; que o Representante da Autora disse que a Ré só pagou o guincho; que das três máquinas inundadas, uma saiu "andando", pois era mecânica, enquanto que a escavadeira da Requerente, por ter motor eletrônico, foi totalmente avariada (pp. 375-376).

Já a testemunha Henri Horst, declarou, em síntese: que se recorda dos fatos; que haviam três máquinas no local, pois estavam fazendo serviço de perfuração e concretagem dos blocos de fundação; que na madrugada do dia 19 choveu muito e que, em razão disso, a galeria pluvial se rompeu inundando o terreno da obra; que ninguém imaginava que a galeria poderia se romper; que acredita ter sido o sinistro ocasionado pelo grande volume de chuva; que chegou na obra seis e trinta da manhã e nesse momento tomou conhecimento do fato; que a Ré iniciou a retirada da água nesse dia e que a seguradora foi acionada, porém no contrato não havia cobertura para as máquinas; que é comum as máquinas ficarem no local durante à noite, sendo que a retirada ficava a critério dos proprietários; que havia a possibilidade da retirada diária das máquinas, mas que as sete horas do dia seguinte deveria iniciar os trabalhos; que ligaram para a Carterra, empresa que terceirizou o serviço para a Autora, avisando sobre o sinistro (pp. 372 e 376).

A testemunha Ivan Alves Pereira, arrolado pela Ré, declarou em Juízo: que uma das máquinas que ficaram submersas era de sua propriedade; sabe que na noite anterior caiu uma chuva forte e que ao chegar no local pela manhã as três máquinas estavam embaixo d'água; que sua seguradora negou o pagamento, assim como a seguradora da Requerida; que esperou a água baixar e depois de três dias retirou sua máquina e encaminhou-a para o conserto, avaliado em torno de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais); que providenciou as peças e o custo do conserto ficou por R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil); que é engenheiro civil e foi à obra para saber qual tinha sido a causa da inundação e realizado o levantamento, concluiu que não era problema da obra, por isso imaginou que a Ré não iria pagar, então realizou o conserto com seus próprios recursos; que não havia água nenhuma no dia anterior; que a inundação foi causada pelo rompimento da galeria, não podendo ser imputada culpa à Hantei; que trabalha com perfurações, então sabe que o problema não foi causado pela Requerida; que não era comum ter alagamentos no local e que caso fosse, não teria deixado sua máquina lá embaixo (pp. 373 e 376).

A testemunha José Carlos Rauem, arrolada pela Ré, declarou em seu depoimento: que esteve no local na qualidade de funcionário da prefeitura; que houve alagamento no local e havia duas máquinas bem avariadas; que não tem opinião formada, mas acha que o sinistro ocorreu por causa da chuva; que não teve conhecimento do rompimento da galeria pluvial (pp. 371 e 376).

A testemunha Lacildo Ercides Simão declarou: que era motorista da Autora; que quando chegou lá a máquina estava embaixo d'água; que choveu na noite anterior, mas que não sabe o que aconteceu; que esteve lá no dia anterior e não havia água, pois não tinha chovido ainda; que não ouviu falar sobre rompimento de galeria; que não sabe ao certo quantos dias a máquina ficou embaixo da água e quem pagou o conserto; que foi trabalhar em outra obra, por isso não sabe informar mais sobre os fatos.

Pelos depoimentos acima transcritos, observa-se que nenhuma testemunha imputou a culpa pela inundação à Ré. Porém, foram unânimes quanto a ocorrência de muita chuva na madrugada anterior

Ademais, a maior parte dos testigos afirmou acreditar que o rompimento da galeria pluvial foi provocado por excesso de chuvas no dia que antecedeu os fatos danosos, sem cogitar, contudo, irregularidades nas escavações ou nas paredes da contenção já edificada pela Requerida.

Destarte, não havendo provas de que o sinistro foi causado por imprudência ou negligência da Ré, mas, possivelmente, por força maior (abundância de chuvas), inviável imputar-lhe responsabilidade sobre os danos.

Nesse passo, não se pode ignorar que a modificação do julgado não pressupõe interpretação de texto de lei federal, mas sim de matéria fática, providência defesa na via eleita.

Sobre a incidência do prefalado enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se do acervo jurisprudencial daquela Corte:

O acolhimento do apelo extremo, no sentido de verificar a ocorrência ou não de **excludente de responsabilidade civil**, a fim de desconstituir as conclusões a que chegou o órgão julgador, **demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na estreita via do recurso especial, consoante o enunciado da Súmula 7 do STJ**. Precedentes (STJ - Quarta Turma, AgInt no AREsp 1327475/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 27/11/2018, DJe 06/12/2018 – grifou-se).

O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível (STJ - Terceira Turma, AgInt no REsp 1393787/SP, Rel^a. Ministra Nancy Andrighi, j. 25/10/2016, DJe 10/11/2016).

Inviável o recurso especial cuja análise impõe reexame do contexto fático-probatório da lide (Súmula 7 do STJ) (STJ - Quarta Turma, AgInt no AREsp 914.532/SP, Rel^a. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 16/03/2017, DJe 22/03/2017).

Inviável a análise do recurso especial se a matéria nele contida depende de reexame reflexo de questões fáticas da lide, vedado nos termos da Súmula 7 do STJ. Precedentes: AgRg no Ag 1238260/MT, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 07/10/2015; AgRg no AREsp n. 240.320/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 4/3/2013; AgRg no AREsp n. 64.876/PR, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 5/3/2015; AgRg no Ag

n. 1.283.971/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 21/11/2012 (STJ - Quarta Turma, AgInt no REsp 1043674/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 16/03/2017, DJe 22/03/2017 – grifou-se).

Ademais, vale ressaltar que, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “ante a aplicação da Súmula 7 do STJ, resta prejudicada a eventual análise do dissídio jurisprudencial, tendo em vista que não haveria similitude fática entre o acórdão recorrido e o aresto paradigma, já que as suas conclusões díspares ocorreram em razão de fundamentações baseadas em fatos, provas e circunstâncias específicas de cada processo”. (Quinta Turma, AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1.074.188/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, j. 20/08/2015).

No mesmo sentido:

STJ - Segunda Turma, AgRg no REsp 1423382/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 17/03/2016, DJe 22/03/2016; STJ - Terceira Turma, AgInt no AREsp 724.933/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 25/10/2016, DJe 04/11/2016; STJ - Quarta Turma, AgInt no AREsp 927.444/SP, Rel^a. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 15/12/2016, DJe 02/02/2017.

Pelo exposto, não admito o recurso especial.

Intimem-se. Florianópolis, 20 de janeiro de 2020.

Desembargador Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial n. 0308103-35.2014.8.24.0018/50000, Chapecó

Recorrente: Ivo Klessner

Advogados: Milton Jose Dalla Valle (OAB: 19648/SC) e outros

Recorrido: Bradesco Vida e Previdência S/A

Advogado: Angelino Luiz Ramalho Tagliari (OAB: 21502/SC)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Ivo Klessner, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, interpôs o presente recurso especial alegando violação aos arts. 3º, § 2º, 6º, inciso III, 14, 39, 46, 47, 51, inciso III, e 54, § 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor; 19, 20 e 21 da Lei n. 8.213/1991; 355, inciso I, e 370 do Código de Processo Civil; 330 do Código Civil; 5º, incisos LIV e LV, da Carta Magna; e divergência jurisprudencial no que diz respeito (1) à equiparação de doença ocupacional a acidente de trabalho para fins securitários;

(2) à nulidade de cláusulas restritivas/limitativas de direito; e (3) à obrigação da seguradora informar o segurado quanto às condições da apólice.

Cumprida a fase do art. 1.030, caput, do Código de Processo Civil. De início, no que diz respeito à violação ao art. 5º, incisos LIV e LV,

da Constituição Federal, o reclamo não merece ascender, pois a matéria deve ser objeto de recurso extraordinário, ante a competência conferida exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal para a análise de violação a dispositivo constitucional (art. 102, III, da CF/88).

A propósito:

“[...] 2. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. [...]” (STJ - Quinta Turma, EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 900.606/GO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, j. 07/11/2019, DJe 18/11/2019 grifou-se).

“Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, a análise da interpretação da legislação federal, motivo pelo qual se revela inviável invocar, nesta seara, a violação de dispositivos constitucionais, porquanto matéria afeta à competência do STF (art. 102, inciso III, da Constituição Federal)” (AgRg no AREsp n. 359.463/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 24/2/2015, DJe 3/3/2015) (STJ - Terceira Turma, AgInt no AREsp 1.027.835/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 02/05/2017, DJe 29/05/2017 grifou-se).

Sob outro enfoque, a admissão da insurgência encontra óbice no enunciado das Súmulas ns. 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis por analogia, e 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Em primeiro lugar, denota-se que o arrazoado recursal contém argumentação genérica, olvidando-se de combater, expressa e diretamente, os fundamentos do acórdão recorrido, suficientes à manutenção do julgado, sobretudo aqueles contidos nos seguintes trechos do julgado:

“Segundo a apólice securitária (fl. 119/141), contrato de seguro coletivo (fls. 142/153) e proposta de adesão assinada pelo segurado (fl. 225), foram contratadas as coberturas para o caso de morte, morte acidental, invalidez permanente por acidente (IPA) e invalidez funcional permanente e total por doença (IFPD), além de coberturas extensivas ao cônjuge e filhos.

Veja-se que existem duas formas de indenização em razão da invalidez do segurado: uma em caso de incapacidade permanente total ou parcial decorrente de acidente; e outra em caso de invalidez funcional permanente total por doença. O autor, entretanto, não faz jus a nenhuma delas, como se verá adiante.

[...]

Da narrativa inicial, observa-se que o demandante diz-se portador de lesões que o incapacitam para o exercício da atividade remuneratória habitual, não havendo invalidez para os atos da vida comum.

O postulante reafirma na manifestação à contestação que ‘a invalidez da parte Autora diz respeito à profissão que exercia no momento da contratação do seguro. Logo, estando incapaz permanentemente de exercer a atividade de que fora contratada, amplamente demonstrado nos presentes autos, devido o benefício securitário’ (fl. 235).

Tal condição, todavia, não está coberta pela avença securitária.

Conforme as normas supramencionadas, a cobertura para invalidez funcional e permanente por doença (IFPD) exige, para sua configuração, a perda da existência independente do segurado, estabelecida quando o quadro clínico incapacitante inviabiliza de forma irreversível o pleno exercício das relações autonômicas da pessoa, ou quando ela é portadora de doença em fase terminal (SUSEP, Circular n. 302/2005, art. 17).

A condição incapacitante, repita-se, não foi sequer alegada pelo demandante, de molde a obstar a indenização securitária.

[...]

A parte autora fundamenta o pedido de indenização do seguro de vida na existência da incapacidade laboral, a qual, no seu entender, verifica-se quando constatada a invalidez para o

exercício da atividade profissional que desempenhava. Mas, segundo as normas de regência, a indenização somente é devida se a condição incapacitante ocasionar a perda da existência independente do segurado, quando o quadro clínico inviabilizar de modo irreversível o pleno exercício das relações autonômicas do segurado. À míngua de alegação neste sentido, revela-se desnecessária a realização de perícia médica no caso em apreço.

[...]

Dessarte, a enfermidade apontada pelo demandante não implica na sua incapacidade e também não lhe compromete uma vida independente. Por conseguinte, está ao arrepio da cobertura securitária, contratada para o caso de Invalidez Funcional Permanente Total por Doença (IFPD).

Sob outro vértice, também descabe a indenização por Invalidez Permanente por Acidente (IPA), porquanto a doença ocupacional, ainda que fosse incapacitante, não se equipara a acidente, de acordo com o art. 5º da Resolução n. 117/2004 do CNSP

[...]

Nessa toada, evidenciado que o autor não está incapacitado para os atos do cotidiano, resulta incogitável a obrigação do ressarcimento securitário, devendo ser preservada a sentença de improcedência.” (fls. 31/316, grifou-se).

Nesse passo, a deficiência na fundamentação e a subsistência de fundamentos não impugnados pela parte insurgente, aptos a manter o acórdão invectivado, impedem a admissão do recurso especial, a teor do disposto nas supracitadas Súmulas ns. 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“[...] 5. A subsistência de fundamento inatacado, apto a manter a conclusão do aresto impugnado, e a apresentação de razões dissociadas desse fundamento, impõe o reconhecimento da incidência das Súmulas 283 e 284 do STF, por analogia. Precedentes. 6. Agravo interno desprovido.” (STJ - Quarta Turma, AgInt no REsp 1656284/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 11/11/2019, DJe 19/11/2019 grifou-se).

“[...] 3. Quanto ao mais, em relação aos temas acima mencionados, o recurso especial não pode ser conhecido, pois a parte recorrente apresentou razões recursais dissociadas dos fundamentos do acórdão recorrido de que tais temas restaram prejudicados, suficientes por si sós para a sua manutenção. Incidência das Súmulas 284 e 283 do STF. [...]” (STJ - Segunda Turma, AREsp 1490432/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 22/10/2019, DJe 28/10/2019 grifou-se).

“[...] 2. A ausência de impugnação de um fundamento suficiente do acórdão recorrido, no caso, a legitimidade ativa do Ministério Público, enseja o não conhecimento do recurso, incidindo os enunciados das Súmulas nºs 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal. [...]” (STJ - Terceira Turma, AgInt no REsp 1593852/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14/10/2019, DJe 17/10/2019 grifou-se).

Em complemento, não ascende o recurso especial, diante dos enunciados das Súmulas ns. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Isso porque o acolhimento da pretensão recursal exigiria o revolvimento dos elementos fático- probatórios dos autos e a análise de cláusulas contratuais, providências vedadas na via excepcional.

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. DESCABIMENTO. PREVISÃO DE COBERTURA PARA INVALIDEZ POR ACIDENTE PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO COM DOENÇA OCUPACIONAL. INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

[...]

2. Tendo a Corte local, com base nas provas e na interpretação de cláusula contratual, concluído pela impossibilidade de equiparar a doença ocupacional sofrida pela recorrente com o conceito de acidente pessoal coberto pela apólice, não há como alterar tal entendimento, em sede de recurso especial, em razão dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ. 3. Agravo interno não provido.” (STJ - Terceira Turma, AgInt no AREsp 1290026/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 01/07/2019, DJe 02/08/2019 grifou-se).

“AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. 1. COBERTURA DE INVALIDEZ FUNCIONAL PERMANENTE TOTAL POR DOENÇA - IFPD. NÃO ABRANGÊNCIA DA INVALIDEZ TÃO SOMENTE PARA O TRABALHO. CLÁUSULA NÃO ABUSIVA. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA INDEVIDA. DEMANDA JULGADA IMPROCEDENTE. 2. NÃO OCORRÊNCIA DA PERDA DA CAPACIDADE AUTÔNOMICA DO SEGURADO. MODIFICAÇÃO DA CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 3. HONORÁRIOS RECURSAIS NO AGRAVO INTERNO. DESCABIMENTO. 4. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte orienta que, ‘para fins de cobertura contratual, há clara diferenciação entre cobertura por invalidez funcional (Invalidez Funcional Permanente Total por Doença - IFPD) e invalidez laboral (Invalidez Laborativa Permanente Total por Doença - ILPD)’, não havendo nenhuma ‘ilegalidade na cláusula que condiciona o pagamento da indenização securitária, em caso de invalidez por doença, à incapacidade permanente total do segurado’ (AgInt no AREsp 952.515/SC, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 2/6/2017).

2. A modificação da conclusão delineada no acórdão recorrido - acerca da não ocorrência da incapacidade autonômica do segurado - demandaria necessariamente o revolvimento dos fatos e das provas dos autos, atraindo, assim, o óbice disposto na Súmula 7 do STJ.

3. Não cabe a condenação ao pagamento de honorários advocatícios recursais no âmbito do agravo interno, conforme os critérios definidos pela Terceira Turma deste Tribunal Superior - nos EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ, desta relatoria, julgado em 4/4/2017, DJe de 8/5/2017. 4. Agravo interno desprovido.” (STJ - Terceira Turma, AgInt no REsp 1719742/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 13/05/2019, DJe 16/05/2019 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 nºs 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).

Por derradeiro, a abertura da via especial, no que se refere ao suscitado desrespeito aos arts. 6º, inciso III, 14 e 46 do Código de Defesa do Consumidor (tese relacionada a quem cabe o dever de prestar informação sobre o contrato de seguro), e ao dissídio pretoriano correlato, colide com as Súmulas ns. 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis à espécie por analogia, uma vez que o acórdão recorrido não emitiu juízo de valor acerca da referida tese e, portanto, ausente está o necessário requisito do prequestionamento.

Como é cediço, “o prequestionamento não emerge da comprovada manifestação dos temas de direito federal nas razões ou contrarrazões dos recursos ordinários, mas da sua efetiva apreciação pelo acórdão recorrido” (STJ - Terceira Turma, AgRg no AgRg no AREsp 623.981/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 03/02/2016 grifou-se).

E, na mesma vereda, segundo orientação da Corte Superior, “ainda que a suposta violação de lei federal tenha surgido no julgamento do acórdão recorrido, é indispensável a oposição de embargos de declaração para que o Tribunal de origem manifeste-se sobre a questão, sob pena de não se ter por satisfeito o requisito do prequestionamento” (STJ - Sexta Turma, REsp 1408529/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Rel. p/ Acórdão Ministro Nefi Cordeiro, j. 10/05/2016, DJe 20/05/2016 – grifou-se).

Pelo exposto, não admito o recurso especial. Intimem-se.

Florianópolis, 28 de janeiro de 2020.

Desembargador Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS

Conflito de Competência n. 0002669-22.2019.8.24.0000, de Itajaí

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE INSTAURADO ENTRE O JUÍZO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ANEXOS E O JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL, AMBOS DA COMARCA DE ITAJAÍ. PEDIDO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO BASEADO NA LEI N. 13.431/2017 (SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA). REQUERIMENTO LASTREADO EM FATO TEORICAMENTE DELITUOSO. REFLEXOS CIRCUNSCRITOS AOS LINDES DA SEARA CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO ENTRE AS GRANDES ÁREAS DO DIREITO. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS ISOLADAS. REDISTRIBUIÇÃO A UMA DAS CÂMARAS DE DIREITO CRIMINAL. CONFLITO NÃO CONHECIDO.

O art. 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, na edição vigente desde 1º de fevereiro de 2019, delegou para esta Câmara de Recursos Delegados o julgamento dos conflitos de competência outrora cometidos ao Órgão Especial.

Nesse contexto, em reverência à inteligência firmada por aquele Colegiado, somente se justifica a competência desta Câmara “*para o processamento e julgamento de conflitos de competência quando o fundamento do conflito se fundar em controvérsia sobre a natureza da matéria de fundo discutida na ação e, diante disso, houver confronto entre as grandes áreas do Direito atribuídas a cada um dos Grupos de Câmaras desta Corte, a saber: Direito Civil, Direito Comercial, Direito Público e Direito Penal*”. Desse modo, “[...] se o fundamento do conflito refoge à definição da natureza da questão de fundo discutida na ação, de forma a implicar confronto entre as grandes áreas do Direito supracitadas, a competência para o processamento e julgamento do conflito de competência é de uma das câmaras isoladas que detenha competência na área do Direito coincidente com aquela em que se insere a ação”. (TJSC - Conflito de competência n. 0159221-88.2014.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Salim Schead dos Santos, Órgão Especial, j. 6.7.2016).

Vistos, relatados e discutidos estes autos Conflito de Competência n. 0002669-22.2019.8.24.0000, da comarca de Itajaí (Vara da Infância e da Juventude e Anexos) em que é Suscitante Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude e Anexos da Comarca de Itajaí e Suscitado Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da mesma Comarca.

A Câmara de Recursos Delegados decidiu, por votação unânime, não conhecer do incidente e determinar a sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Criminal. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado na data de 27 de maio de 2020, os Exmos. Srs. Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Salim Schead dos Santos. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Abel Antunes de Mello.

Florianópolis, 29 de maio de 2020.

Desembargador João Henrique Blasi
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Tem-se conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo da Vara da Infância, da Juventude e Anexos da comarca de Itajaí, à vista de prévia declinação, por parte do Juízo da 1ª Vara Criminal da mesma comarca, do processamento de medida protetiva baseada na Lei n. 13.431/2017, decorrente de relato potencialmente tipificador de prática delituosa contra vítima menor de dezoito anos.

Da manifeção declinatória exarada pelo Juízo suscitado consta (SAJ/PG, autos eletrônicos n. 0009753-72.2019.8.24.0033, fl. 7):

Considerando que o pleito é formulado com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, DECLINO da competência para o processamento do presente procedimento à Vara da Infância e Juventude desta Comarca.

Na sequência o Juízo da Vara da Infância, da Juventude e Anexos da mesma comarca suscitou o presente incidente, argumentando, axialmente, que (SAJ/PG, autos eletrônicos n. 0009753-72.2019.8.24.0033, fls. 14/17):

Dentre as medidas previstas [na Lei n. 13.431/2017], inclui-se por exemplo o requerimento de prisão preventiva e representar ao Ministério Público que proponha ação cautelar de produção antecipada de provas, o que evidencia a competência do Juízo criminal para aplicar as medidas previstas no referido artigo. Desse modo, havendo necessidade de aplicação das medidas protetivas referidas na Lei n. 11.340/06, independentemente da idade da vítima, cabe ao Juízo criminal analisar a necessidade daquelas.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pelo Procurador Mário Gemin, opinou pela procedência do conflito (SAJ/SG, fls. 14/17).

Vieram os autos a esta Câmara de Recursos Delegados, nos termos dispostos pelo art. 75, inc. II, do Regimento Interno deste Tribunal.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Cuida-se de conflito negativo de competência estabelecido entre o Juízo da Vara da Infância, da Juventude e Anexos e o Juízo da 1ª Vara Criminal, ambos da comarca de Itajaí, no contexto de pedido de medida protetiva defluente da Lei n. 13.431/2017, formulado por autoridade policial à vista de registro de ocorrência indicativa de situação de risco dimanada de fato delituoso levado a efeito em desfavor da adolescente M. V. F (SAJ/PG, autos eletrônicos n. 0009753- 72.2019.8.24.0033, fls. 1/6).

De plano, calha sublinhar que a competência desta Câmara de Recursos Delegados acha-se disciplinada pelo art. 75 do Regimento Interno deste Sodalício, com a dicção que segue:

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;

[...].

O atual Regimento Interno manteve o critério funcional fixado pelo Ato Regimental TJ n. 160/2018, preservando a delegação a esta Câmara do julgamento dos conflitos de competência antes cometidos ao Órgão Especial.

A propósito dessa atribuição delegada, quadra salientar entendimento de há muito sufragado pelo Órgão Especial no sentido de que, quando a matéria de fundo situar-se no contexto de apenas uma das grandes áreas de especialização do Direito (Civil, Comercial, Público e Criminal), compete às Câmaras isoladas da respectiva especialidade dirimi-los.

Nesse sentido, invoco acórdão paradigma que porta a seguinte ementa:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E VARA CÍVEL. INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ESPECIAL. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS ISOLADAS DE DIREITO CIVIL. REDISTRIBUIÇÃO.

Só se justifica a competência do Órgão Especial para o processamento e julgamento de conflitos de competência quando o fundamento do conflito se fundar em controvérsia sobre a natureza da matéria de fundo discutida na ação e, diante disso, houver confronto entre as grandes áreas do Direito atribuídas a cada um dos Grupos de Câmaras desta Corte, a saber: Direito Civil, Direito Comercial, Direito Público e Direito Penal.

Dessa forma, ainda que o incidente tenha sido instaurado entre juizado especial cível e vara cível, se o fundamento do conflito refoge à definição da natureza da questão de fundo discutida na ação, de forma a implicar confronto entre as grandes áreas do Direito supracitadas, a competência para o processamento e julgamento do conflito de competência é de uma das câmaras isoladas que detenha competência na

área do Direito coincidente com aquela em que se insere a ação. (Conflito de Competência n. 0159221-88.2014.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Salim Schead dos Santos, Órgão Especial, j. 6/7/2016 – grifei).

Do acórdão acima ementado cumpre transcrever excerto. Ei-lo:

Certo é que a interpretação da expressão unidades jurisdicionais com competência diferente tem se mostrado bastante controversa no Tribunal, tanto no âmbito do Órgão Especial quanto no âmbito das Câmaras Isoladas, o que dificulta inclusive o serviço de distribuição dos feitos, razão pela qual é preciso definir a questão.

Para tanto, é importante anotar que o dispositivo supramencionado deve ser interpretado em conjunto com o parágrafo único do artigo 1º do Ato Regimental n. 119/2011:

Os conflitos de competência instaurados entre Câmaras Isoladas com idêntica competência continuam afetos ao respectivo Grupo de Câmaras ou à Seção Criminal, conforme o caso, bem como os conflitos de competência instaurados entre juízes de unidades jurisdicionais com idêntica competência material ou funcional continuam afetos às Câmaras Isoladas, observada a competência destas na distribuição dos feitos.

Da análise conjunta das regras, nota-se que a intenção da normativa era conferir ao Órgão Especial a competência para o julgamento do incidente apenas quando a origem do conflito estivesse na definição da natureza da matéria de fundo da ação e quando, a depender dessa definição, a ação estivesse submetida hipoteticamente em grau recursal a câmaras isoladas com competências distintas. Em outras palavras, seria como projetar no primeiro grau de jurisdição a regra já existente para o julgamento dos conflitos entre câmaras isoladas: o Órgão Especial só é competente para o julgamento de conflitos instaurados entre câmaras de grupos distintos.

Didaticamente, a adequada incidência da regra é de fácil percepção quando se imagina um conflito entre juiz da vara da fazenda e juiz da vara cível em ação de interdição, em que o primeiro defende que a ação é de natureza civil e o segundo entende que pela presença de um ente estatal no polo passivo a ação deva se processar na vara fazendária; neste caso, a depender da definição da natureza da ação, ela estaria submetida hipoteticamente em grau recursal a câmaras isoladas pertencentes a grupos distintos, câmara de Direito Público e câmara de Direito Civil, o que justificaria a competência do Órgão Especial para o julgamento do conflito. Por outro lado, se o conflito se verificasse entre juiz da vara da infância e juventude e juiz da vara cível em ação de indenização por danos morais ajuizada por uma criança, em que o primeiro juiz defende que a causa é eminentemente civil e o segundo defende que a presença da criança no polo ativo determina a competência da vara especializada, o conflito deveria ser julgado por uma câmara isolada de Direito Civil, pois, embora aparentemente os juízos detenham competência diferente, estariam submetidos hipoteticamente em grau recursal a uma das câmaras do Grupo de Câmaras de Direito Civil – grifou-se.

A grande questão controvertida, entretanto, surge quando se colocam em conflito um juizado especial cível e uma vara cível com competência residual, pois, nestes casos, há uma corrente que entende que, pelo fato de os juizados não estarem submetidos hipoteticamente em grau recursal a nenhuma das câmaras do Tribunal de Justiça, mas sim à Turma de Recursos respectiva, estaria caracterizada a hipótese de conflito de competência entre unidades jurisdicionais com competência diferente.

Entretanto, com todo respeito aos que entendem de modo diverso, é plenamente possível aplicar a mesma *ratio essendi* da regra de distribuição interna de competência prevista no artigo 3º, I, “o”, do Ato Regimental n. 101/2010 (com a redação dada pelo Ato Regimental n. 119/2011). Assim, se o juizado especial cível e a vara cível não aceitam suas respectivas competências por questões que refogem à definição da natureza da

questão de fundo discutida na ação, não há controvérsia quanto ao fato de que a ação se insere inteiramente no âmbito do Direito Civil ou do Direito Comercial, por exemplo, e, portanto, inexistindo conflito entre as áreas do Direito separadas na competência interna do Tribunal de Justiça, não há razão para que o incidente seja submetido ao Órgão Especial. Neste caso, o conflito deve ser submetido à Câmara Isolada com competência na área do Direito que coincida com a área do Direito em que se insere a ação.

Cabe anotar que a divergência que aqui se pretende dissipar existia também no âmbito das Câmaras de Direito Civil; algumas delas aceitando a competência para o julgamento do conflito e outras determinando a redistribuição ao Órgão Especial, como se deu no presente caso. Entretanto, recentemente, o Grupo de Câmaras de Direito Civil dirimiu a divergência em sede de incidente de assunção de competência, nos autos do Conflito de Competência n. 0139226-55.2015.8.24.0000, que recebeu a seguinte ementa:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE INSTAURADO ENTRE A 3ª VARA CÍVEL, COM COMPETÊNCIA DE JUIZADO ESPECIAL, E A 2ª VARA CÍVEL, AMBAS DA COMARCA DE PALHOÇA. DPVAT. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA AVALIAR E QUANTIFICAR O GRAU DE INVALIDEZ, COM O OBJETIVO DE ENQUADRAR A LESÃO DO SEGURADO NA TABELA PREVISTA NAS LEIS NS. 6.194/74 E 11.945/2009. JULGAMENTO AFETADO AO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL PARA COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA NAS CÂMARAS ISOLADAS COMPONENTES DO GRUPO (CPC/1973 ART. 555, § 1º, CPC/2015 ART. 947, § 1º). PRELIMINAR. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL E NÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL PARA DIRIMIR O CONFLITO. COINCIDÊNCIA ENTRE AS COMPETÊNCIAS MATERIAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E DAS VARAS CÍVEIS COMUNS. DIFERENÇA EXCLUSIVAMENTE QUANTO AO VALOR DE ALÇADA. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NA PREVISÃO DO ART. 3º, INC. I, ALÍNEA “O”, DO ATO REGIMENTAL N. 101/2010-TJ, COM A REDAÇÃO DADA PELO ATO REGIMENTAL N. 119/2011” (CC n. 0139226-55.2015.8.24.0000 rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 8/6/2016).

[...]

Assim, por todo o exposto, deve-se firmar o entendimento de que os conflitos de natureza como a do presente inserem-se na competência das Câmaras Isoladas, observada a matéria de fundo da ação, e, no caso concreto, não conhecer do incidente e devolver os autos à Primeira Câmara de Direito Civil, pois competente para o seu julgamento.

[...]. (Conflito de Competência n. 0159221-88.2014.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 6/7/2016 – grifei).

Logo, a análise dos conflitos de competência apenas desborda da atribuição das Câmaras Isoladas deste Sodalício quando, em face da natureza do direito subjacente, houver confronto entre as áreas de atuação de cada qual dos Grupos de especialização que compõem este Tribunal.

E como assim o é, do ponto de vista hermenêutico desvela-se que a expressão “juízes de unidades jurisdicionais com competência diferente” deve ser interpretada de forma restrita, com o fito de não vulgarizar a excepcional competência atribuída pelo Regimento Interno a esta Câmara de Recursos Delegados.

Fixadas tais premissas, constata-se que, no caso em apreço, o objeto da controvérsia é a competência para apreciar requerimento de medida de protetiva lardeada na Lei n. 13.431/2017,

que dispõe sobre o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Tal requerimento originou-se de manifestação de autoridade policial a partir do registro de ocorrência indicativa de situação de risco por conta de fato delituoso teoricamente levado a efeito em desfavor da adolescente M. V. F (SAJ/PG, autos eletrônicos n. 0009753-72.2019.8.24.0033, fls. 1/6).

Inicialmente distribuído à 1ª Vara Criminal da comarca de Itajaí, seu titular declinou da competência e determinou a redistribuição do feito à unidade suscitante, por entender que o pleito deflagrado pela Polícia Judiciária assenta-se no Estatuto da Criança e do Adolescente (SAJ/PG, autos eletrônicos n. 0009753-72.2019.8.24.0033, fl. 7).

Na sequência, tendo os autos aportado na Vara da Infância, da Juventude e Anexos da mesma comarca, sobreveio a manifestação que segue transcrita (SAJ/PG, autos eletrônicos n. 0009753-72.2019.8.24.0033, fls. 14/17):

Dentre as medidas previstas [na Lei n. 13.431/2017], inclui-se por exemplo o requerimento de prisão preventiva e representar ao Ministério Público que proponha ação cautelar de produção antecipada de provas, o que evidencia a competência do Juízo criminal para aplicar as medidas previstas no referido artigo.

Desse modo, havendo necessidade de aplicação das medidas protetivas referidas na Lei n. 11.340/06, independentemente da idade da vítima, cabe ao Juízo criminal analisar a necessidade daquelas.

Compulsando o caderno processual extrata-se que o fato objeto da deflagração do procedimento matriz traz consigo reflexos notadamente criminais.

Com efeito, do registro de ocorrência policial consta que (SAJ/SG, fl. 2):

M. P. F., pai de M. V. F, que é menor de idade (12 anos), ainda ela tem problemas de coordenação motora, o pai dela foi até a Escola Aníbal César, com outro suspeito, se passando por advogado, para buscar a menina, sendo que ele é viciado e alcoólatra. A menina, assustada, disse que não o conhecia, então não foi liberada para ir com eles embora. Então o professor disse que ia chamar a polícia, e eles foram embora.

Diante disso, a autoridade policial deflagrou “*pedido de medida de proteção de urgência [...] em razão do cometimento de delito, a ser mais bem apurado pela Polícia Judiciária*” (SAJ/PG, fl. 5).

Como se percebe, o procedimento referenciado tem por objetivo, de um lado, acautelar menor em situação de risco, e, paralelamente, instruir as investigações penais concernentes ao delito, em tese, praticado.

Conforme bem anotou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, ratificando o parecer ministerial

proferido na origem, o procedimento disciplinado na Lei n. 13.341/2017 “[...] tramita, via de regra, em âmbito criminal e acompanha os autos principais (inquérito policial/ação penal)” (SAJ/SG, fl. 17).

Justamente por isso conflitos como esse, relativos à incidência da Lei n. 13.431/2017, têm sido, de ordinário, apreciados nesta Corte pelas Câmaras Criminais isoladas. Observe-se:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA A APURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). CRIAÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA. QUESTÃO ENVOLVENDO O INÍCIO DE VIGÊNCIA DA LEI N. 13.431/17. PREVISÃO DE CRIAÇÃO DE VARAS ESPECIALIZADAS E DISPOSIÇÃO CONTENDO REGRA DE TRANSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO IMEDIATA DA COMPETÊNCIA. CONFLITO PROCEDENTE.

A Lei n. 13.431/17, ao estabelecer a possibilidade de criação de unidades jurisdicionais especializadas para apuração de crimes contra a criança e o adolescente, bem como diretriz a ser seguida até a implementação das varas pelos tribunais, não alterou, automaticamente, a competência fixada pela Lei de Organização Judiciária. (Conflito de Jurisdição n. 0018783-70.2018.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, **Quarta Câmara Criminal**, j. 11.10.2018 - destaquei).

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO SUSCITADO PELO JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM FACE DO JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CRIMINAL, AMBOS DA COMARCA DE CHAPECÓ/SC. AÇÃO PENAL ENVOLVENDO ESTUPRO DE VULNERÁVEL, COMETIDO POR VIZINHO DA VÍTIMA. ARTIGO 23, “CAPUT” E PARÁGRAFO ÚNICO, DA 13.431/2017 QUE NÃO ALTEROU AUTOMATICAMENTE A COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO DOS FEITOS ENVOLVENDO CRIMES CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE. PODER DISCRICIONÁRIO ATRIBUÍDO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL (SUSCITADO). CONFLITO JULGADO PROCEDENTE (Conflito de Jurisdição n. 0011314-70.2018.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Norival Acácio Engel, **Segunda Câmara Criminal**, j. 17.7.2018 - destaquei).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO PARA A APURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO, SUPOSTAMENTE PRATICADO CONTRA MENOR DE 18 (DEZOITO) ANOS (ART. 213, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). CRIAÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA. QUESTÃO ENVOLVENDO O INÍCIO DE VIGÊNCIA DA LEI N. 13.431/17. PREVISÃO DE CRIAÇÃO DE VARAS ESPECIALIZADAS E DISPOSIÇÃO CONTENDO REGRA DE TRANSIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO IMEDIATA DA COMPETÊNCIA. CONFLITO PROCEDENTE. A Lei n. 13.431/17, ao estabelecer a possibilidade de criação de unidades jurisdicionais especializadas em crimes contra a criança e adolescente, bem como diretriz a ser seguida até a implementação das varas pelos tribunais, não alterou, automaticamente, a competência fixada pela Lei de Organização Judiciária (Conflito de Jurisdição n. 0017936-68.2018.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, **Quarta Câmara Criminal**, j. em 23.8.2018 - destaquei).

Enfim, como a matéria de fundo diz com o direito criminal a competência para apreciar esse conflito deve ser de uma das Câmaras Isoladas dessa especialidade.

Ante o exposto, voto por não conhecer do conflito de competência e por determinar a redistribuição dos autos a uma das Câmaras de Direito Criminal desta Corte.

Agravo Interno n. 09016557-62.2018.8.24.0038/5002, 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 DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA (ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990). PRETENSÃO DISTINÇÃO ENTRE A HIPÓTESE DOS AUTOS E O ARESTO PARADIGMA. SUPOSTA ATIPICIDADE DO COMPORTAMENTO ATRIBUÍDO AO AGRAVANTE. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS COBRADO EM OPERAÇÕES PRÓPRIAS (“ICMS PRÓPRIO”). TESE INSUBSISTENTE. RELEVÂNCIA E ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA DESCRITA NO ART. 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. 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. 0901657-62.2018.8.24.0038/50002, da comarca de Joinville 2ª Vara Criminal em que é Agravante Paulo José de Souza 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 24 de junho 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 o Exmo. Sr. Dr. Abel Antunes de Mello.

Florianópolis, 25 de junho de 2020.

Desembargador Volnei Celso Tomazini

Relator

RELATÓRIO

Paulo José de Souza, com base no art. 1.021 do Código de Processo Civil (CPC), interpôs 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 manejado pela parte ora agravante, e, no restante, não o admitiu (SAJ/SG, incidente n. 50001, fls. 40-45).

De acordo com as razões recursais, o paradigma em cotejo é inaplicável à hipótese dos autos, na medida em que, segundo alega, “*não está aqui se discutindo a constitucionalidade do art. 2º. II da Lei 8137/90, a sua natureza penal ou a possibilidade de se estabelecer a prisão, definido pelo Tema 937 do STF*” (SAJ/SG, incidente n. 50002, fls. 1-5).

Argumenta, sob tal prisma, que “*a divergência refere-se à aplicação da pena a quem não cometeu o tipo descrito no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990*”. Nesse sentido, sugere que (SAJ/SG, incidente n. 50002, fl. 5):

[...] o C. Tribunal enquadrou, ilegalmente, a conduta atípica do Agravante, de não recolhimento do ICMS PRÓPRIO, no disposto no art. 2º. II da Lei 8137/90, em manifesta afronta as garantias constitucionais (art. 5º. LXXXIX e LXVII da CF).

Frente a essas considerações, “*requer seja recebido e provido o agravo, com fundamento no art. 1.021, CPC, para ser admitido e regularmente processado o recurso extraordinário*”. Pugna, ainda, para que seja “*conferido efeito suspensivo ao recurso, para se determinar a suspensão do cumprimento de pena, até que julgado o recurso*” (SAJ/SG, incidente n. 50003, fls. 14-15).

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina argumenta, em suma, que os fundamentos articulados pelo insurgente 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, que lhe seja negado provimento para manter-se íntegra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário*” (SAJ/SG, incidente n. 50003, fls. 19-24).

Mais adiante, o provimento sob ataque resistiu incólume a juízo de retratação (SAJ/SG, incidente n. 50003, fl. 27), 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

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**), negou seguimento a recurso extraordinário interposto pela parte ora agravante, nos termos do art. 1.030, inciso I, alínea “a”, do Código de Processo Civil, mediante pronunciamento assim exarado (SAJ/SG, incidente n. 50001, fls. 40-45):

Paulo José de Souza, com fulcro no art. 102, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, interpôs recurso extraordinário Contra acórdão da Quarta Câmara Criminal, que, à unanimidade, negou provimento ao seu apelo, mantendo a sentença que o condenou às penas de 10 (dez) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 16 (dezesesseis) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, por treze vezes, em continuidade delitiva, sendo-lhe substituída a sanção corporal por 1 (uma) restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, bem como lhe foi concedido o direito de recorrer em liberdade (fls. 187-202) (fls. 271-284).

Em síntese, alegou violação ao art. 5º, LXVII e XXXIV, da CRFB/88. Por fim requereu a atribuição de efeito suspensivo ao recurso (fls. 01-22 do incidente 50001).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 34-38 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 CRFB/88:

O recorrente suscita inobservância ao art. 5º, LXVII e XXXIV, da CRFB/88, sob a assertiva de que o acórdão objurgado, ao manter sua condenação por infração ao tipo previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, sob o argumento de ser atípica a conduta do contribuinte que deixa de recolher ICMS próprio e que há vedação constitucional à prisão por dívida.

O Supremo Tribunal Federal, em 18/12/19, por meio de seu Tribunal Pleno, proferiu decisão no RHC 163.334/SC, de relatoria do Ministro Barroso, por maioria, negou provimento ao referido recurso, fixando a tese de que “*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 8.137/1990*”.

Logo, o entendimento firmado por esta Tribunal a respeito da matéria está em harmonia com o decidido pelo STF, situação que inviabiliza a admissão do presente recurso extraordinário quanto à tese de ser atípica a conduta do contribuinte que deixa de recolher ICMS próprio.

Quanto à inconstitucionalidade da prisão por dívida, no julgamento do recurso representativo da controvérsia concernente ao **TEMA 937/STF** (ARE n. 999.425 RG/SC), o STF 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, rel^a. Min^a. Cármen Lúcia (Presidente), Tribunal Pleno, j. em 07/11/2017) [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. em 09/11/2016) [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. em 06/12/2017). [grifou-se]

Conforme mencionado alhures, o paradigma utilizado como referência teve a decisão de mérito publicada em 16/03/2017, contra a qual foram manejados embargos de declaração em 23/03/2017, 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 despidendo 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 destoa 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.

2. Do pleito de concessão do efeito suspensivo:

Por fim, registra-se que muito embora tenha a defesa pleiteado a atribuição de efeito suspensivo ao recurso para evitar o cumprimento provisório da pena, verifica-se que não há determinação neste sentido no comando do acórdão ora recorrido, de modo que revela-se prejudicada a pretensão do recorrente neste ponto, ante a ausência de interesse.

À vista do exposto, nega-se seguimento ao recurso em razão do TEMA 937 do STF e não se admite o recurso extraordinário quanto à tese defensiva remanescente.

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.

A parte agravante, inconformada, alega que o Tema 937/STF não reflete a hipótese discutida no caso em apreço, sob o fundamento de que, na espécie, “*a divergência refere-se à aplicação da pena a quem não cometeu o tipo descrito no art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/1990*”.

Argumenta, assim, que (SAJ/SG, incidente n. 50002, fl. 5):

[...] o C. Tribunal enquadrou, ilegalmente, a conduta atípica do Agravante, de não recolhimento do ICMS PRÓPRIO, no disposto no art. 2º. II da Lei 8137/90, em manifesta afronta as garantias constitucionais (art. 5º. LXXXIX e LXVII da CF).

Sem razão.

De antemão, importa destacar que a adequação típica do comportamento delituoso sob enfoque foi detalhadamente examinada pela Quarta Câmara Criminal, a saber (SAJ/SG, fls. 277-281):

2 Da pretendida absolvição por atipicidade da conduta

Embora não se desconheça a existência de entendimento diverso sobre o assunto, compartilha-se da corrente, dominante neste Tribunal de Justiça, de que todo o ICMS declarado pelo contribuinte foi efetivamente cobrado e recebido do consumidor final (contribuinte de fato), cabendo ao recorrente (contribuinte de direito) apenas o repasse do valor ao Fisco, o que não foi feito.

Logo, referida conduta se alinha ao tipo previsto no inciso II do art. 2º da Lei 8.127/90, uma vez que, constituído o débito fiscal, o acusado não quitou o valor devido a título de ICMS Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, referente aos meses de janeiro a julho de 2016 e janeiro, março, abril, junho, julho e novembro de 2017 (fls. 5-6), vencidos no dia 10 (dez) de cada um dos meses imediatamente subsequentes.

Nesse sentido é o entendimento de todas as Câmaras Criminais deste Tribunal de Justiça, dentre os julgados, por economia processual, seleciono apenas um, da qual cito a ementa:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA CIRCUNSTANCIADO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS, EM CONTINUIDADE DELITIVA (LEI 8.137/90, ART. 2º, II, C/C O 12, I, NA FORMA DO 71, CAPUT, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DA ACUSAÇÃO E 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 CONDUITA 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. [...] (Apelação Criminal n. 0900566-65.2016.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 25-06-2019 grifei).

O Superior Tribunal de Justiça também pacificou idêntico entendimento, como se infere do julgado assim ementado:

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. ALEGADA ATIPICIDADE FORMAL DA CONDUITA. INOCORRÊNCIA. ABRANGÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO DOS TERMOS “DESCONTADO E COBRADO”. AUSÊNCIA DE CLANDESTINIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n.º 399.109/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, pacificou a jurisprudência desta Corte no sentido de que o delito de apropriação indébita tributária aperfeiçoa-se tanto nos casos de recolhimento em operação própria quanto nas hipóteses de responsabilidade tributária por substituição.

2. Considerando a máxima hermenêutica verba cum effectu sunt accipienda, a adoção, pela norma incriminadora, de dois vocábulos distintos na discriminação da figura típica - “descontado ou cobrado” - evidencia que o referido dispositivo legal abarca duas condutas típicas diversas, submetidas ao mesmo parâmetro de repressão por idêntico preceito secundário. Precedentes.

3. Nos tributos indiretos, embora o pagamento da exação seja efetuado diretamente pelo contribuinte de direito, o ônus econômico repercute em relação ao consumidor final, de quem o sujeito passivo tributário “cobra” o montante equivalente ao tributo retido quando do aperfeiçoamento da relação comercial. Assim, na conduta típica descrita pelo vocábulo “cobrado”, consuma-se o crime quando o autor deixa de repassar o valor “cobrado” do consumidor, apropriando-se ilícitamente de numerário que deveria ser remetido ao Fisco, portanto, hipótese de supressão de tributo em operação própria, situação idêntica ao caso vertente, no qual houve supressão de ICMS próprio. 4. O vocábulo “descontado”, por sua vez, exprime as hipóteses de supressão da exação retida por contribuinte de fato no âmbito da responsabilidade tributária por substituição.

5. A ausência de omissão ou fraude é desinfluyente na configuração da tipicidade do delito, porquanto a clandestinidade não é elementar do crime em comento. Precedentes. 6. “A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos, conforme disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal” (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em 14/06/2017, DJe de 24/08/2017).

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida apenas para, confirmando a decisão liminar, manter suspensa a execução provisória da pena restritiva de direitos até que se verifique o trânsito em julgado da ação penal originária (HC 490.057/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 01/07/2019).

Sugere a defesa, ainda, que o não recolhimento do ICMS configuraria mera dívida de valor e jamais crime

de sonegação fiscal.

Sorte também não lhe socorre.

É que a conduta narrada na exordial e praticada pela recorrente se amolda perfeitamente ao crime tributário insculpido no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, tido como apropriação indevida de tributos, pagos pelo consumidor ao Estado e que deveriam ter sido repassados, no prazo estabelecido, aos cofres públicos.

Sobre a matéria, leciona Pedro Roberto Decomain:

Ocorre que, aqui, não se está a punir, no inciso da lei de que se cuida, pura e simplesmente a inadimplência tributária, mas sim a prática de não ser recolhido ao verdadeiro destinatário o valor que o contribuinte cobrou, precisamente para esse fim, de um terceiro. A situação focada no inciso guarda semelhança com a do cobrador que recebe valores de devedores de sua empregadora e, em lugar de repassá-los a ela, os despende em benefício próprio. Comete crime de apropriação indébita e jamais se discutiu que a hipótese de sua condenação por tal prática delituosa pudesse ser obstaculizada pelo inciso constitucional referido, tal qual, artigo 5º, LXVII, [...]. Além disso, [...] aqui não se trata de prisão civil, mas sim de prisão de natureza punitiva, pela prática de um crime. O que a regra da Lei Maior proíbe é que se ameace com prisão o devedor civil, com o objetivo puro e simples de compeli-lo a pagar o que deve. Não foi, porém o que fez o inciso do art. 2º da Lei nº 8.137/90. Este em verdade considerou crime não repassar ao fisco aquilo que se cobrou de terceiro exatamente com o objetivo de destinar-se ao pagamento de um tributo. (Crimes contra a ordem tributária. 5 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 381 grifei).

No mesmo sentido é o entendimento deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90, POR 8 VEZES, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] MÉRITO. ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE. IMPOSSIBILIDADE. RECORRENTE QUE, NA CONDIÇÃO DE SÓCIO-ADMINISTRADOR DA EMPRESA, DEIXA DE RECOLHER AOS COFRES PÚBLICOS, NO PRAZO LEGAL, O VALOR DO ICMS DECLARADO. SUSTENTADO MERO INADIMPLEMENTO. TRIBUTO INDIRETO, COBRADO OU DESCONTADO DE TERCEIRO, PORQUANTO EMBUTIDO NO PREÇO FINAL DA MERCADORIA. DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO. EXCLUSÃO DE CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA, EM RAZÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. DESCABIMENTO. IMPOSTO INDIRETO (ICMS). PAGAMENTO EFETUADO PELO CONSUMIDOR FINAL E NÃO PELA EMPRESA, QUE POSSUI TÃO SOMENTE O ÔNUS DE ARRECADAR E REPASSAR O VALOR AO FISCO [...] (Apelação Criminal n. 0003081-05.2012.8.24.0062, de São João Batista, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 13-06-2019 grifei).

O Supremo Tribunal de Justiça já decidiu a esse respeito, como se observa do julgado assim ementado:

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 999425 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 02/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017).

Ad argumentandum tantum, friso que a conduta, para caracterizar o delito de sonegação fiscal, exige apenas o dolo genérico de deixar de recolher, ao Estado, no prazo legal, tributo que sabe devido, sobretudo quando, notificado pelo Fisco, não procurou corrigir o prejuízo causado ao erário.

Sendo assim, não há como acolher o argumento de atipicidade da conduta.

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*”).

Em recente julgado, 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).

Sob tais premissas, e considerando que os aspectos fáticos em torno do elemento subjetivo do agente 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, no tocante ao paradigma em referência, 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.

Em consequência, torna-se prejudicado qualquer exame acerca de eventual efeito suspensivo a ser atribuído ao gênero recursal manejado.

3. Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do agravo interno e, no mérito, negar-lhe provimento.

Agravo Interno n. 00452019-41.2011.8.24.0023/50002, da Capital

Relator: Desembargador Salim Schead dos Santos

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL, EM VIRTUDE DA CONFORMIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM DECISÃO TOMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA. AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL (COMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES DE TELEFONIA FIXA E DA TELEFONIA MÓVEL). LEGITIMIDADE ATIVA (**TEMA 657**): “o cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, o direito à subscrição de ações, conforme apurado nas instâncias ordinárias” (Resp n. 1.301.989/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12/03/2014). PRECEDENTE ADEQUADAMENTE APLICADO. AGRAVO DESPROVIDO. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC.

É manifestamente improcedente o agravo interno dirigido contra decisão que, sustentada na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, nega seguimento a recurso especial, daí porque se aplica à agravante a multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil de 2015.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0045219-41.2011.8.24.0023/50002, da comarca da Capital 1ª Vara Cível em que é Agravante Oi S/A Em Recuperação Judicial e Agravado André Seccani Galassi e outros.

A Câmara de Recursos Delegados decidiu, por votação unânime, negar provimento ao agravo interno e condenar a agravante a pagar à parte agravada a multa de 1% sobre o valor atualizado da causa (artigo 1.021, § 4º, do CPC). Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 26 de fevereiro de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Volnei Celso Tomazini.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2020.

Desembargador Salim Schead dos Santos
Relator

RELATÓRIO

Oi S/A, interpôs o presente agravo interno contra a decisão proferida pela 3ª Vice-Presidência desta Corte de Justiça que, amparada em precedente do Superior Tribunal de Justiça (**Resp n. 1.301.989/RS, julgado em 12/03/2014 - Tema 657**), aplicou a norma do artigo 1.030, I, 'b', c/c o artigo

1.040, I, ambos do CPC e, em relação à matéria objeto de recurso representativo de controvérsia, negou seguimento ao recurso especial, ao fundamento de que o entendimento adotado no acórdão recorrido coincide com a orientação da Corte Superior.

A agravante sustenta haver equívoco no enquadramento, justificando que a decisão atacada divergiu do entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, porque a *“Corte Superior entendeu que o cessionário é parte legítima em ação objetivando resíduo acionário somente quando houver precisão expressa no contrato de cessão”*. Além disso, disse que *“para configurar devidamente a legitimidade ativa de cessionário de participação financeira, faz-se necessário que conste do instrumento de cessão a transferência do resíduo acionário ou do direito à subscrição de ações complementares, com base na nulidade do critério originário, e não mera alusão a ações ou direitos do contrato”*.

Asseverou que, *“o cedente transferiu, apenas, ações vinculadas aos contratos com base na Portaria Ministerial em vigor”* concluindo que *“não foram transferidos direitos decorrentes de uma posição contratual, tampouco eventual e ignoto resíduo acionário”*, termos em que requereu o provimento do agravo interno, a fim de que seja determinado o processamento do recurso especial interposto (fls. 01/10).

Intimada, a parte agravada apresentou contrarrazões onde aduz que *“como costumeiramente tem feito, e com o intuito meramente protelatório, a recorrente OI S/A Brasil Telecom interpôs recurso especial alegando matéria já pacificada por este Tribunal, bem como pelos Tribunais Superiores (STJ e STF), sendo certo que seu único objetivo é criar dificuldades ao judiciário e ao autor, ‘empurrando com a barriga’ o processo para não pagar o que deve”* (fls. 14/16).

Em sede de juízo de retratação (artigo 1.021, § 2º, do CPC/2015), foi mantida a decisão agravada (fl. 18) e determinou-se o encaminhamento do agravo interno à Secretaria desta Câmara de Recursos Delegados, para oportuna inclusão em pauta, nos termos do artigo 77 do novo Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Ato contínuo, os autos vieram conclusos.

É a síntese do essencial.

VOTO

1. Preambularmente, com base no Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça, considerando que a decisão recorrida foi publicada a partir do dia 18 de março de 2016, processar-se-á a apreciação do presente reclamo conforme o regramento contido no Código de Processo Civil de 2015.

Imperativo anotar, *ab initio*, que o artigo 1.030, inciso I, alíneas “a” e “b”, do Código de Processo Civil, determina:

Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I - negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

O § 2º do artigo 1.030 do novel diploma processual, por sua vez, estabelece que **“da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021”** e, não havendo retratação, como ocorre neste caso, o agravo será levado **“a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta”** (artigo 1.021, § 2º, do CPC).

2. Dito isso, no mérito, nega-se provimento ao reclamo.

Com efeito, no que concerne à legitimidade ativa dos agravados, observa-se que a decisão impugnada está em consonância com a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sob à sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/73), constando da ementa do aresto paradigma (**Tema 657 do STJ**):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BRASIL TELECOM S/A. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. CESSÃO DE DIREITOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO CESSIONÁRIO. COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. [...]

1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. **O cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, o direito à subscrição de ações, conforme apurado nas instâncias ordinárias** (STJ, Resp n. 1.301.989/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. 12/03/2014 - grifou-se).

E do corpo do aresto representativo da controvérsia, convém transcrever o fragmento a seguir:

O contrato de participação financeira, no sistema de telefonia, continha dois objetos distintos, a habilitação de uma linha telefônica e a subscrição de ações da companhia telefônica.

O consumidor que pretendesse transferir seus direitos a terceiros dispunha, essencialmente, de três alternativas:

(a) ceder a titularidade da linha telefônica;

(b) ceder a titularidade das ações que lhe foram subscritas;

(c) ceder o direito à subscrição de ações.

Na alternativa (a), o cessionário sucedia o consumidor apenas na titularidade da linha telefônica, nada lhe assistindo no que tange a ações da companhia.

Na alternativa (b), o cessionário passava a titularizar as ações já efetivamente subscritas em nome do consumidor, não lhe assistindo direito à complementação de ações.

Na alternativa (c), o cessionário passava a suceder o consumidor no direito à subscrição de ações, assistindo-lhe o direito de titularizar as ações complementares, ou seja, aquelas ainda não subscritas em nome do consumidor.

Por exemplo, um consumidor que tivesse pago R\$ 1.000,00 por um contrato de participação financeira a ser cumprido no prazo de 12 meses. Findo o prazo, o consumidor teria recebido uma linha telefônica e, por exemplo, 1.000 ações da companhia.

Posteriormente, analisando-se os critérios para o cálculo do número de ações, verifica-se que o consumidor deveria ter recebido 1.200 ações, restando, portanto, um saldo de 200 ações a serem complementadas.

Em caso de cessão de direitos, na hipótese da alternativa (a), essas 200 ações deverão ser subscritas em nome do consumidor, pois o cessionário somente adquiriu a linha telefônica.

Na alternativa (b), as 200 ações também deverão ser subscritas em nome do consumidor, pois este cedeu apenas as ações que detinha (1.000 ações), não cedeu o direito à subscrição de ações.

Na alternativa (c), as 200 ações deverão ser subscritas em nome do cessionário, porque este passou a ser titular do direito à subscrição de ações.

Verifica-se nesse exemplo que o cessionário apenas terá legitimidade para pleitear a complementação de ações se tiver sucedido o consumidor também no direito à subscrição de ações.

[...]

Interessante observar no AgRg no Ag 1.390.714/PR, supracitado, a referência à cessão de “todos os direitos” do contrato de participação financeira.

Embora seja comum essa cláusula de cessão de todos os direitos, o que efetivamente importa para se decidir a questão da legitimidade ativa é a cessão do direito à subscrição de ações.

Se houve a cessão de todos os direitos oriundos do contrato de participação financeira, por óbvio, o direito à subscrição de ações também foi cedido.

Não raros são os casos, porém, em que o cessionário pretende apenas investir em ações, não tendo interesse em se tornar titular de linhas telefônicas.

Em tais casos, embora não se encontre a cláusula de cessão de “todos os direitos”, é necessário analisar se houve a cessão do direito à subscrição de ações, pois é o que importa para se decidir acerca da questão da legitimidade ativa para o pedido de complementação de ações.

Ressalte-se que a análise do contrato cabe às instâncias ordinárias, cabendo a esta Corte Superior analisar apenas a questão da legitimidade, a partir do contexto fático-contratual delineado na origem.

Nessa ordem de ideias, proponho a consolidação da primeira tese nos seguintes termos: O cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, o direito à subscrição de ações, conforme apurado nas instâncias ordinárias - grifou-se.

No julgamento do recurso de apelação, a Quinta Câmara de Direito Comercial, no acórdão de relatoria da Desembargadora Soraya Nunes Lins, firmou a seguinte compreensão acerca da matéria:

Da ilegitimidade ativa

Afirma a ré que a parte autora é ilegítima para pleitear a subscrição de ações derivadas dos contratos firmados porquanto 'somente quem contratou com a Companhia, quem participou do plano de expansão, quem investiu no sistema e recebeu certo número de ações como contraprestação por figurar no pólo ativo da presente demanda'. Defende, com isso, que os autores adquiriram de terceiros os contratos sobre os quais recai a pretensão, ou seja, por meio de cessões, não fazendo jus à subscrição acionária tendo em vista que não são os contratantes originários.

Todavia, a insurgência não merece prosperar.

In casu, a parte autora apresentou nos autos os termos de cessão em que demonstra a aquisição dos direitos acionários porquanto assumiram a condição de cessionários dos contratos sobre os quais formularam sua pretensão, do que resulta na sua legitimidade ativa ad causam para postular o adimplemento dos respectivos contratos com relação à ré.

(...)

A ré, por sua vez, não apresentou nos autos qualquer documento capaz de derruir as assertivas dos autores, tampouco que possa invalidar as cessões realizadas, especialmente as condições supracitadas.

Isto posto, repita-se, inexistem nos autos documentos que comprovem a alegada ilegitimidade ativa dos apelados, ônus que incumbia à apelante. De outro vértice, a parte autora apresente documentos que confirmam as cessões regulares dos direitos em seu benefício.

Em caso análogo, colhe-se de decisões desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL. SUBSCRIÇÃO DEFICITÁRIA DE AÇÕES. INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE AFASTOU AS PRELIMINARES SUSCITADAS NA CONTESTAÇÃO E DETERMINOU, APÓS A COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA DOS CEDENTES COM A EMPRESA DE TELEFONIA, A EXIBIÇÃO DOS CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA E DAS RESPECTIVAS RADIOGRAFIAS. INVIABILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INSTRUMENTOS PARTICULARES DE COMPRA E VENDA, DE DIREITOS DECORRENTES DE CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA – PEX/PCT. ESPECULADOR FINANCEIRO. CESSÃO DE TODOS OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO ATIVO DA AÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA BRASIL TELECOM COMO SUCESSORA DE EMPRESA ESTATAL PRESTADORA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE PAGAMENTO DOS DIVIDENDOS E DOS JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. REGRAS ENCONTRADAS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR QUE NÃO SE APLICAM AO ESPECULADOR FINANCEIRO. OBRIGAÇÃO DE EXIBIR OS DOCUMENTOS EM COMUM QUE DECORRE DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 31 E 100 DA LEI 6.404/76, UMA VEZ EXIBIDA A PROVA MÍNIMA DA EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE CEDENTES E EMPRESA DE TELEFONIA. RECURSO DESPROVIDO (Agravo de Instrumento n. 4001538-12.2017.8.24.0000, Rel. Des. Jânio Machado, j. 29/05/2017).

AGRAVO RETIDO, RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. ATO JURÍDICO PERFEITO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE, DE ACORDO COM A PARTE

FINAL DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. REEDIÇÃO NAS RAZÕES DA APELAÇÃO CÍVEL. ARTIGO 523 DO CPC/1973. RECURSO EM FACE DA DECISÃO QUE DETERMINOU A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA QUE NÃO É DOCUMENTO INDISPENSÁVEL À PROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE DOS PEDIDO INCIDENTAL DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. DEMAIS MATÉRIAS VENTILADAS QUE SE CONFUNDEM COM O MÉRITO DA APELAÇÃO.

(...)

LEGITIMIDADE ATIVA. CESSÃO DE TRANSFERÊNCIA DE TODOS OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. COMPROVADA. INÉRCIA DA CONCESSIONÁRIA RÉ QUANDO NOTIFICADA ACERCA DA CESSÃO. AQUIESCÊNCIA IMPLÍCITA. PRELIMINAR AFASTADA.

‘1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. O cessionário de contrato de participação financeira tem legitimidade para ajuizar ação de complementação de ações somente na hipótese em que o instrumento de cessão lhe conferir, expressa ou tacitamente, o direito à subscrição de ações, conforme apurado nas instâncias ordinárias. (...)’ (Resp 1301989/RS – 2012/0000595-0, de 19/03/2014, Rel. Min. Paulo Tarso Sanseverino) (Apelação Cível n. 2015.062034-1, da Capital, Rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 12/05/2016).

Dessarte, **no que concerne à aventada ilegitimidade ativa, escorreito o juízo de adequação promovido outrora**, ao passo que o desprovimento do presente agravo é medida que se impõe.

3. Na espécie, o agravo interno é manifestamente improcedente, porquanto dirigido contra decisão que, sustentada na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva (artigo 1.030, inciso I, alínea “b”; ou artigo 1.040, inciso I, do CPC), negou seguimento a recurso especial, razão pela qual se comina à agravante a multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil, segundo o qual *“quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa”*.

LUIZ GUILHERME MARINONI, referindo-se ao § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil, anotou:

[...] **nesse caso há dever de imposição da multa, na medida em que com isso o legislador busca resguardar a seriedade na interposição do recurso, evitando a proliferação de recursos meramente protelatórios ou temerários (trata-se, portanto, de técnica voltada não só a promoção da boa fé processual, art. 5º, CPC, mas também a concretização do direito ao processo com duração razoável, arts. 5º, LXXVIII, CF, e 4º, CPC)**. Condenado o agravante, a interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção do beneficiário de gratuidade judiciária e da Fazenda Pública, que farão o pagamento ao final (art. 1.021, § 5º, CPC) (Novo Código de Processo Civil comentado/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Matidiero. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1082) (grifou-se).

A propósito, orienta o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CULPA RECÍPROCA. EQUIPARAÇÃO. DIREITO AOS DEPÓSITOS DO FGTS. ART. 19-A DA LEI N. 8.036/90. PRECEDENTES DO STJ E STF. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. **AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA NAS SÚMULAS 83 E 568/STJ (PRECEDENTE JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS OU QUANDO HÁ JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA SOBRE O TEMA). MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO.**

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Esta Corte, no julgamento do Resp n. 1.110.848/RN, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou entendimento segundo o qual, a não observância do art. 37, II, da Constituição da República, equipara-se à culpa recíproca, ensejando, assim, a possibilidade de levantamento dos depósitos em conta vinculada do FGTS, a teor do art. 19-A, da Lei n. 8.036/90.

III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação.

V - Considera-se manifestamente improcedente e enseja a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 nos casos em que o Agravo Interno foi interposto contra decisão fundamentada em precedente julgado sob o regime da Repercussão Geral, sob o rito dos Recursos Repetitivos ou quando há jurisprudência pacífica da 1ª Seção acerca do tema (Súmulas ns. 83 e 568/STJ).

VI - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa. (AgInt no Resp n. 1.703.414/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe de 22/02/2018) (grifou-se).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. DIVIDENDOS. TERMO FINAL. SÚMULA 83/STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A eg. Segunda Seção do STJ firmou, em sede de julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, a tese de que, “no caso das ações convertidas em perdas e danos, é devido o pagamento de dividendos desde a data em que as ações deveriam ter sido subscritas, até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento, incidindo juros de mora e correção monetária” (Resp 1.301.989/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 19/3/2014).

2. O agravo interno mostra-se manifestamente improcedente, pois interposto contra decisão fundamentada em entendimento firmado em recurso especial sob o regime do art. 543-C do CPC/73 (recurso repetitivo), ensejando a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015, no

montante equivalente a 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º do citado artigo de lei.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação de multa. (AgInt no Resp n. 1.360.149/RS, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe de 25/10/2017) (grifou-se).

Pelo exposto, nega-se provimento ao agravo interno e condena-se a agravante a pagar à parte contrária a multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do respectivo valor (artigo 1.021, §§ 4º e 5º, do CPC).

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Recurso Administrativo n. 0011912-57.2020.8.24.0710, Blumenau

Relator: Des. Odson Cardoso Filho

CONSELHO DA MAGISTRATURA. RECURSO ADMINISTRATIVO EM SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PARCELAMENTO DO SOLO URBANO. PEDIDO DE DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL. MANIFESTAÇÃO CONTRÁRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ENTENDE PELA NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DO PROCEDIMENTO CONCERNENTE AO LOTEAMENTO. INVIABILIDADE. GLEBA QUE SE ENCONTRA ENCRAVADA. ACESSO PARTICULAR, ESTREITO E CONSOLIDADO, LIGANDO A PORÇÃO SEPARADA À VIA PRINCIPAL. ÁREA QUE NÃO POSSUI INFRAESTRUTURA E NEM SERÁ DESTINADA À ABERTURA DE NOVOS LOTES. CONCORDÂNCIA EXPRESSA DO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE ÓBICE AO DEFERIMENTO DO PEDIDO DE DESMEMBRAMENTO NOS MOLDES FORMULADOS. SENTENÇA MANTIDA. RECLAMO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo em Suspensão de Dúvida n. 001192-57.2020.8.24.0710, da comarca de Blumenau (1ª Vara da Fazenda Pública), em que é recorrente o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e recorrido o Oficial do 3º Registro de Imóveis de Blumenau.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado em 11 de maio de 2020, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Roesler, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Volnei Celso Tomazini, Hélio do Valle Pereira, Dinart Francisco Machado, Júlio César Machado Ferreira de Melo, José Agenor de Aragão, Salim Schead dos Santos, João Henrique Blasi, Soraya Nunes Lins, Roberto Lucas Pacheco, Ricardo Roesler e Carlos Adilson Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Odson Cardoso Filho
Relator

RELATÓRIO

O Oficial Titular do 3º Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Blumenau encaminhou ao Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos o requerimento de Suscitação de Dúvida atrelada ao pedido de desmembramento do imóvel registrado sob n. 11.878, com área total de 40.211,15 m², localizado na Rua Professor Jacob Ineichen, bairro Itoupava Norte, no Município de Blumenau, de propriedade de Udo Keunecke e Úrsula Keunecke, os quais buscam desvincular a gleba de 11.774,66 m² (Petição n. 4349722).

No aludido “Pedido de Desmembramento” (n. 44/17), o Ministério Público do Estado de Santa Catarina apresentou impugnação, sustentando, em síntese, que “os requerentes pretendem, na verdade, dar origem a uma rua de acesso ao imóvel e nesse caso, com a abertura da rua, o procedimento correto é o previsto para loteamento. Mesmo que não se pretenda, em princípio, a abertura de novos lotes, incabível o desmembramento para a formação de via particular” (Informação n. 4349838, fl. 84).

Os termos da contrariedade foram ratificados pelo *Parquet* (Parecer n. 4349916) e, após manifestação da empresa Lejeta Indústria e Comércio Eirele ME (Petição n. 4349932) - que firmou contrato de compra e venda da parcela de terra com os proprietários da área e que lá tem instalada fábrica de máquinas para indústria metalúrgica, peças e acessórios -, o magistrado *a quo* julgou improcedente a dúvida suscitada, para, via de consequência, determinar/autorizar que, cumprido o disposto no art. 203, II, da Lei de Registros Públicos, e observadas as disposições do art. 18 da Lei n. 6.766/1979, seja promovida a averbação do desmembramento em debate (Decisão n. 4349971).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso, pelo qual, repisando os argumentos outrora apresentados, busca a modificação da sentença (Recurso Administrativo n. 4350001).

Com as contrarrazões (Petição n. 4350068), os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça.

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso (Parecer n. 4350085).

A Exma. Desa. Rosane Portella Wolff (Decisão n. 4351029), então vinculada à 1ª Câmara de Direito Civil do TJSC, determinou a remessa do procedimento ao Conselho da Magistratura.

Redistribuídos os autos, vieram conclusos.

É o necessário relato.

VOTO

1. Admito a competência.

2. O recurso preenche os requisitos de admissibilidade e, por isso, merece ser conhecido.

O Ministério Público sustenta que se encontra evidenciada a formalização, no processo de parcelamento, de uma via de acesso - rua ligando a empresa adquirente da gleba à via principal - o que desvirtua o pedido de desmembramento formulado, o qual deve ser tratado como uma das espécies jurídicas definidas no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.769/1979. Aduz que o pleito, na forma como deduzido, representa clara afronta à ordem urbanística “justamente por permitir a instituição de uma via, em detrimento da correta ordenação da cidade (possibilidade de formação de novos lotes e ocupação em suas margens), do meio ambiente (violação da necessidade de compensação ambiental) e do patrimônio público (instituição de área pública, fornecimento de equipamentos para prestação dos serviços públicos como correios, água, luz etc.)” (Recurso Administrativo n. 4350001, fl. 106). Afirma, ainda, que a aprovação do projeto pelo ente municipal não basta para comprovar a viabilidade do desmembramento.

Os argumentos, contudo, não convencem.

A Lei n. 6.766/1979, que “dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências”, estabelece em seu art. 2º que o “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”, considerando-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” (§ 1º) e “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” (§ 2º).

Acerca de sua distinção, BRAGA leciona que:

Difere significativamente o loteamento do desmembramento, porquanto no primeiro há abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes, enquanto que no segundo ocorre um aproveitamento do sistema viário oficial, sem se cogitar de prolongamento, modificação ou ampliação de ruas ou avenidas. Esta distinção decorre de texto expresso de lei (art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 6.766).

Para ambas as modalidades de parcelamento do solo, entretanto, a lei previu a dispensabilidade da aprovação do projeto pelo Município e semelhantes disposições para o registro, embora se diga que o loteamento deve ser registrado, ao passo que o desmembramento é simplesmente averbado (art. 157, II, n. 4, da Lei de Registros Públicos). (BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Parcelamento do solo urbano: doutrina, legislação e jurisprudência de acordo com o novo código civil*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004. p. 14-15).

VIANA ainda esclarece que “ao lado do loteamento, caracterizado pelo desenvolvimento ou ampliação de bairros, aumentando o espaço urbano, aparece o conceito de desmembramento. Configura desmembramento o mesmo fenômeno de repartição de terra, desde que operado dentro

do sistema urbanístico existente, influenciando, apenas, na densidade de ocupação dos espaços já urbanizados, não afetando, principalmente, o perfil das vias e logradouros existentes” (VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O parcelamento do solo urbano*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 51).

Dito isso, observo que Udo Keunecke e sua esposa Ursula Keunecke formularam, perante o 3º Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Blumenau, pedido de desmembramento (n. 44/17) da gleba de 11.774,66 m² pertencente ao imóvel de matrícula n. 11.878, com área total de 40.211,15 m² (Informação ns. 4349737, 4349776, 4349803 e 4349838).

A “certidão de desmembramento” expedida pela Prefeitura Municipal de Blumenau (Informação n. 4349737, fl. 12) exprime que estão “satisfeitas todas as exigências estabelecidas na Lei Federal n. 6.766/79, bem como as Leis Complementares Municipais ns. 748/2010, 749/2010 e 751/2010”, e nela consta que o imóvel situa-se na “Rua Prof. Jacob Ineichen” (Informação n. 4349737, fl. 12). Ainda que tal documento não seja, por si só, suficiente à autorização do desmembramento, é preciso registrar que se mostra importante indicativo da regularidade da postulação, esta que se revela evidenciada quando analisados os demais elementos amealhados ao feito.

Na matrícula do terreno (n. 11.878 - Informação n. 4349737, fls. 13-14) também há referência no sentido de que ele está situado na “Rua Prof. Jacob Ineichen”, ou seja, o bem como um todo - considerados os 40.211,15 m² de extensão - é lindeiro à via pública.

No entanto, a gleba a ser desmembrada encontra-se no meio dessa área, encravada, tendo como único acesso uma passagem particular, o que possibilita o exercício das atividades da indústria lá instalada e que não possui infraestrutura para via pública e nem será destinada à abertura de novos lotes (Informação n. 4349820 - fls. 69-71). Inclusive, da imagem inserida nas razões do recurso (Recurso Administrativo n. 4350001 - fls. 108-109) verifica-se que a saída desse acesso particular - já consolidado - é estreita e com capacidade para o trânsito de apenas um veículo por vez, de modo que não há que se falar em nocividade à ordem urbanística, ambiental e do patrimônio público, como sustenta o recorrente.

Em seu parecer - friso que pelo conhecimento e desprovimento do reclamo apresentado pelo Promotor de Justiça -, a Procuradoria-Geral de Justiça bem destacou:

Desta forma, foge à razoabilidade impor a instituição de loteamento apenas pela existência de acesso particular que liga o terreno objeto do desmembramento à via pública. Até porque não existem outros lotes destacados do imóvel originário.

Na espécie, entende-se inexistir malferimento aos preceitos da Lei de Parcelamento de Solo Urbano, pois o caso se insere na hipótese de desmembramento, sem abertura de vias, mas com a instituição de acesso particular, que não se confunde com via pública, haja vista que serve somente ao lote desmembrado. (Parecer n. 4350085)

E consoante dito pelo togado de origem, “a tal rua projetada sobre parte de uma das áreas não impede o desmembramento colimado e nem poderia fazê-lo, aliás, sob pena de caracterizar

indevido ônus sobre a propriedade privada. Quando muito, e em certas circunstâncias, poderia, isto sim, inviabilizar a aprovação de construções, sem olvidar-se, como não poderia deixar de ser, de, neste caso, ensejar o direito indenizatório correspondente à perda patrimonial experimentada, acaso expropriada a parcela do imóvel a ser utilizada” (Decisão n. 4349971).

A propósito:

SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. PARCELAMENTO DO SOLO. PLEITO REGISTRAL DE DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL IMPUGNADO PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. EXIGÊNCIA DE QUE SEJA IMPLANTADO LOTEAMENTO NO LOCAL. PECULIARIDADES DO CASO, NO ENTANTO, QUE DEMONSTRAM A VIABILIDADE DA PRETENSÃO PARTICULAR. SERVIDÃO DE PASSAGEM CONSOLIDADA. SOLUÇÃO QUE ATENDE AO PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, PROPORCIONANDO A PLENA UTILIZAÇÃO DO SOLO URBANO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.007996-4, de Presidente Getúlio, rel. Des. Ronei Danielli, Sexta Câmara de Direito Civil, j. em 6/6/2013)

E mais, *mutatis mutandis*:

RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. PARCELAMENTO DO SOLO. RECUSA DO PEDIDO DE REGISTRO DE DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL PELO OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS DE GUARAMIRIM, EM RAZÃO DE MANIFESTAÇÃO NEGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SENTENÇA PELA PROCEDÊNCIA DA DÚVIDA. RECURSO DEFENSIVO. SENTENÇA QUE DETERMINA A NECESSIDADE DE LOTEAMENTO DIANTE DA OCORRÊNCIA DE DESMEMBRAMENTOS ANTERIORES COM BURLA À LEI N. 6.766/79. GLEBA DE 1.008,41M². SISTEMA VIÁRIO PREEXISTENTE. PROLONGAMENTO ANTERIOR MÍNIMO DA VIA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DESNECESSIDADE, ADEMAIS, DE ABERTURA DE NOVAS VIAS DE CIRCULAÇÃO OU DE AMPLIAÇÕES OU MODIFICAÇÕES NA INFRAESTRUTURA URBANA. CONCORDÂNCIA DO MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE, NO ENTANTO, DO DESDOBRO. PREVISÃO NA LEI MUNICIPAL E REQUISITOS PREENCHIDOS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Recurso Administrativo n. 0018528-82.2019.8.24.0710, de Guaramirim, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Conselho da Magistratura, j. 12-8-2019)

Registro, ademais, que não há no processado qualquer indício de má-fé dos proprietários, que requereram a separação de uma única porção de terra, utilizada pela indústria que já se encontra em funcionamento no local.

Diante disso, não visualizo óbice a que, uma vez “cumprido o disposto no art. 203, inciso II, da Lei de Registros Públicos, e, observados, no mais e integralmente, as disposições e exigências elencadas no art. 18, da Lei 6.766/1979, seja promovida a averbação do desmembramento da área matriculada sob n. 11.878”, tal como decidido em primeira instância. Por isso, impõe-se a manutenção da sentença, com a improcedência da dúvida suscitada.

3. Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É o voto.

Recurso Administrativo n. 0025456-49.2019.8.24.0710, de Seara

Relator: Des. João Henrique Blasi

SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. REGISTRO DE IMÓVEL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA EM QUE EMPRESÁRIO INDIVIDUAL FIGURA COMO COMPRADOR. ESCRITURA POSTERIOR NA QUAL CONSTA, EM SUBSTITUIÇÃO, O NOME DA PESSOA NATURAL. NEGATIVA DE REGISTRO ANTE A DIVERGÊNCIA DOCUMENTAL. IMPOSSIBILIDADE DE REGISTRO EM NOME DA FIRMA INDIVIDUAL. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. FICÇÃO CRIADA PARA EFEITOS TRIBUTÁRIOS. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO PARA PERMITIR A RETIFICAÇÃO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E O CONSEQUENTE REGISTRO EM NOME DA PESSOA NATURAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 0025456-49.2019.8.24.0710, da Comarca de Seara, em que é recorrente Heliane Aparecida Marcon e recorrido o Registrador Designado do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Seara:

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para permitir o registro do imóvel em nome da pessoa natural, mediante retificação do compromisso de compra e venda requerida pelas partes dele signatárias. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 13 de julho de 2020, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo José Roesler e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores João Henrique Blasi (Relator), Soraya Nunes Lins, Roberto Lucas Pacheco, Carlos Adilson Silva, Odson Cardoso Filho, Volnei Celso Tomazini, Hélio do Valle Pereira, Dinart Francisco Machado, Júlio César Machado Ferreira de Melo, José Agenor de Aragão e Salim Schead dos Santos.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

RELATÓRIO

Tem-se recurso interposto em suscitação de dúvida promovida pelo Registrador Designado do Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Seara tendo em conta a pretensão da ora recorrente, Heliane Aparecida Marcon, de ver registrado o imóvel em cuja Escritura Pública ela figura como compradora na condição de pessoa física, constando, todavia, como adquirente, no contrato de promessa de compra e venda do bem a empresa individual (Heliane Aparecida Marcon - ME).

Positivada a divergência documental, o Cartório negou-se a registrar o imóvel em razão do que a interessada requereu a “retificação/cancelamento” da averbação do compromisso de compra e

venda feita em nome da pessoa jurídica, pleito este que também sobejou indeferido sob a inteligência de que “caso [...] a serventia cumprisse o pedido de cancelamento do registro do contrato [...] o imóvel retornaria a ser de propriedade dos promitentes vendedores, e isto acarretaria uma série de consequências, visto que na matrícula encontram-se registradas várias constringências em desfavor” dos alienantes (0377565, fls. 5/8).

Afinal, esclareceu o Registrador, por ocasião do recebimento da escritura na Serventia, já havia pedido protocolado para a averbação de penhora na matrícula do aludido imóvel, não promovida de pronto porque pendente manifestação do Juízo acerca da providência (0377565)

Sobreveio sentença que julgou improcedente a suscitação consignando que a serventia “deve abster-se de Registrar a Escritura Pública de Compra e Venda”. (2567331)

A promitente compradora, então, interpôs o recurso ora sob exame argumentando que o registro como por ela pretendido desvela-se viável porque não há separação entre patrimônio da pessoa física e da empresária individual, além de suscitar a impossibilidade de implementação da penhora porquanto não teria preferência sobre o contrato de promessa de compra e venda, que é anterior. Sustentou, ainda, que a penhora teria sido levantada a pedido da credora. (4652604)

Em arremate, o Procurador de Justiça Durval da Silva Amorim opinou pelo desprovimento do recurso. (4687637)

É, no essencial, o relatório.

VOTO

A divergência constatada entre o compromisso de compra e venda e a escritura correspondente é manifesta, dúvida alguma sobejando a respeito.

Logo, a questão que se põe para ser dilucidada diz com a possibilidade --- ou não --- de promover-se o almejado registro. A resposta, antecipo, é afirmativa.

Quadra, inicialmente, anotar que o empresário individual não ostenta personalidade jurídica capaz de permitir-lhe, por exemplo, adquirir propriedade, eis que se trata, na essência, de ficção jurídica que lhe confere apenas e tão somente personalidade fiscal ou de Direito Tributário.

Confira-se, a propósito, da vertente jurisprudencial:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ‘já fixou o entendimento de que ‘a empresa individual é mera ficção jurídica que permite à pessoa natural atuar no mercado com vantagens próprias da pessoa jurídica, sem que a titularidade implique distinção patrimonial entre o empresário individual e a pessoa natural titular da firma individual’ (REsp 1.355.000/SP, rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 10/11/2016) e de que ‘o empresário individual responde pelas obrigações adquiridas

pela pessoa jurídica, de modo que não há distinção entre pessoa física e jurídica, para os fins de direito, inclusive no que tange ao patrimônio de ambos' (AREsp 508.190, rel. Min. Marco Buzzi, publicação em 4/5/2017)" (STJ - REsp n. 1682989/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 19/9/2017)." [...] (TJSC - Agravo de Instrumento n. 4025799-07.2018.8.24.0000, rel. Des. Rogério Mariano do Nascimento, j. 14/02/2019).

E da doutrina, no mesmo diapasão, recolhe-se:

À firma individual (hoje denominada firma mercantil individual pela Lei n° 8.934, de 18 de novembro de 1994, art. 32, II, a), do empresário individual, registrada no Registro do comércio, atualmente Registro Público de Empresas Mercantis, chama-se também de empresa individual e empresário, pelo Código Civil. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina explicou muito bem que o comerciante singular, vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para o efeito do imposto de renda (Ap. civ. n° 8.447 – Lajes, *in* Bol. Jur. ADCOAS, n° 18.878/73). (Rubens Requião, *in* Curso de Direito Comercial, Saraiva, 2006, 26ª ed., p.78).

Assim, impende partir da premissa de que o registro não pode ser formalizado em nome do empresário individual, que não detém personalidade jurídica e, de conseguinte, não pode titularizar a propriedade de imóvel.

No mais, conforme assinalado na inicial da suscitação de dúvida, foi formulado pedido ao Registrador para que retificasse ou cancelasse a averbação do compromisso de compra e venda feita em nome da pessoa jurídica. Sucede que o cancelamento, tal como delineado pelo próprio Registrador, não alcançaria o fim pretendido pela ora recorrente.

Pois bem. No dizente com essa matéria importa, desde logo, invocar a seguinte decisão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Registro de Imóveis – Dúvida julgada procedente - Negativa de acesso ao registro de Cédula de Crédito Comercial com Hipoteca Cédular emitida por firma individual – Imóvel registrado em nome desta – Impossibilidade – Necessidade de regularização do registro e do próprio título - Recurso não provido, com observação. (Acórdão DJ 523-6/9 do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, rel. Des. Gilberto Passos de Freitas, j. 25/05/2006).

A situação fático-jurídica que emoldura a decisão supra, advinda do TJSP, guarda semelhança com o caso ora em análise, sendo que, como elemento de *díscrimen* tem-se que aqui o registro não foi consumado. Portanto, retificar o compromisso de compra e venda para adequar a identificação do promitente comprador (substituindo a pessoa jurídica pela pessoa física) é medida que se impõe, porque factível e prene de razoabilidade.

Afigura-se, então, viável a retificação do contrato de compromisso de compra e venda por erro na identificação do promissário comprador, circunstância que, destaque-se, em nada altera a essência da titularidade. E, sendo plausível a retificação do próprio registro, como ressaltado do precedente antes transcrito, vislumbra-se, *a fortiori*, a possibilidade da correção do erro material/redacional cometido na lavratura do contrato, certamente dimanado do fato de que a situação patrimonial da pessoa natural confunde-se com a da empresa individual, ambas tidas, de certa forma, para efeitos civis, como a mesma pessoa. Veja-se: “*A existência de CNPJ [...] resulta de mera ficção jurídica, justamente para fins tributários ligados à facilitação do meio de controle da Fazenda Pública*”, sem que isso autorize “*concluir que existe, juridicamente, uma divisão pessoal e/ou patrimonial*” (Autos n. 0302632-83.2015.8.24.0024, da Comarca de Fraiburgo, Juiz de Direito Bruno Makowiecky Salles, j. 20/06/2016).

Consigno, outrossim, que razão assiste ao Registrador na parte em que entendeu descabido solucionar a *quaestio* pela via do “cancelamento” do contrato (compromisso de compra e venda), pois tal medida deixaria o imóvel vulnerável em relação a terceiros credores, que parecem existir.

Feitas essas considerações, voto por prover o recurso em ordem a permitir o registro do imóvel referenciado em nome da pessoa natural, mediante a prévia retificação do compromisso de compra e venda requerida pela parte recorrente.

É como voto.

Recurso Administrativo n. 0007770-10.2020.8.24.0710, da comarca de Itapema

Relator: Desembargador José Agenor de Aragão

RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. REGISTRO DE CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE DIREITOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA FIRMADO POR ASSOCIAÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A DÚVIDA E MANTEVE A IMPOSSIBILIDADE DO REGISTRO.

RECURSO DA ASSOCIAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HOUVE EXTINÇÃO DA ASSOCIAÇÃO. ALTERAÇÃO DO ESTATUTO ANTES DO REGISTRO DE BAIXA NO CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL. SUBSISTÊNCIA. CONTRATO QUE SE PRETENDE REGISTRAR REFERE-SE AO PAGAMENTO DE DÍVIDAS DE CHAMADAS DE CAPITAL. ASSOCIAÇÃO QUE POSSUI EXPRESSAMENTE ENTRE SUAS FINALIDADES “ESTIPULAR, VALORES DE CHAMADA DE CAPITAL, VISANDO ARRECADAÇÃO SUFICIENTE PARA O TÉRMINO DA OBRA” E “EFETUAR COBRANÇAS REFERENTES À RATEIO DAS COMPRAS DE MATERIAIS”. AUSÊNCIA DE EVENTUAL VANTAGEM ECONÔMICA, MAS APENAS DE ALCANCE DE SUAS FINALIDADES.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 0007770-10.2020.8.24.0710, da comarca de Itapema, em que é recorrente Associação dos Moradores do Residencial Alphaville o Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para julgar procedente o recurso a fim de permitir o registro do Contrato Particular de Cessão de Direitos de Promessa de Compra e Venda firmado entre a Associação de Moradores do Edifício Residencial Alphaville e Silvana Rodrigues no Cartório de Imóveis da Comarca de Itapema.

Tomaram parte na decisão os Excelentíssimos Senhores Desembargadores José Agenor de Aragão (Relator), 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, Dinart Francisco Machado e Júlio César Machado Ferreira de Melo.

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.

RELATÓRIO

O Senhor Oficial de Registro de Imóvel da Comarca de Biguaçu, Giovani de Souza, apresentou Suscitação de Dúvida visando reconhecer a impossibilidade do registro do contrato particular

de cessão de direito de promessa de compra e venda, autuada sob n. 0002101-58.2015.8.24.0125, firmado entre Associação dos Moradores do Edifício Residencial Alphaville (cessionária) e Silvana Reginaldo (cedente).

Relatou o suscitante, em síntese, que a requerida, na condição de associação, não teria personalidade jurídica para adquirir imóveis. Além disso, teria sido fundada à época com tempo determinado, ou seja, até a fundação do condomínio do Edifício Residencial Alphaville.

Asseverou que no conteúdo do estatuto da associação não constava expressamente que poderia adquirir direitos reais de aquisição sobre bens imóveis.

A associação apresentou impugnação à suscitação, ao argumento de que não há proibição de aquisição de bens em seu estatuto (no de origem e na alteração) muito menos no art. 53 do Código Civil, e que a proibição de aquisição de direitos reais deve constar expressamente no estatuto e não ser presumida.

O ilustre representante do Ministério Público em primeiro grau opinou pela procedência do pedido, sustentando que a Associação tinha prazo determinado de vigência (até a “fundação do Condomínio do mesmo Edifício” (art. 1º do Estatuto, fl. 10). E o Condomínio do Edifício Residencial Alphaville teve averbada sua constituição junto à matrícula do imóvel em 1º.2.2013 (fl. 18). Assim, a Associação não mais existe, não podendo peticionar como o fez em 2015. O sucessor natural da Associação é o Condomínio do Edifício Residencial Alphaville, visto que a Associação tinha por escopo a construção do Edifício e sobreviveria até que o Condomínio fosse constituído, e, portanto, assumisse a administração ordinária da edificação nos termos da legislação vigente”. E por isso, era dever do Condomínio postular o que está sendo pleiteado pela Associação.

Sobreveio a sentença objurgada que julgou procedente a dúvida, mantendo-se a impossibilidade do registro.

Inconformada, a Associação dos Moradores do Residencial Alphaville interpôs o presente recurso de apelação (fls. 156/162). Em suas razões recursais sustentou, em síntese, que não houve extinção da Associação porque o estatuto foi alterado antes de eventual registro de baixa da extinção no cartório de registro civil. Asseverou que a vontade dos associados é no sentido de prosseguir com a Associação, existindo cadastro ativo Nacional de Pessoas Jurídicas.

Ao final, pugnou a reforma da sentença para que seja determinado o registro do Contrato Particular de Cessão de Direitos e Promessa de Compra e Venda firmado entre a Associação e Silvana Reginaldo.

Ausente contrarrazões.

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

O reclamo foi distribuído ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Carioni, que não conheceu do recurso e determinou a sua redistribuição ao Conselho da Magistratura.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Excelentíssima Senhora Procuradora Dra. Monika Pabst, opinando pelo conhecimento e provimento do reclamo a fim de que se permita o registro do Contrato Particular de Cessão de Direitos de Promessa de Compra e Venda firmado entre Associação de Moradores do Edifício Residencial Alphaville e Silvana Rodrigues no Cartório de Imóveis da Comarca de Itapema/SC.

Os autos, então, vieram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença proferida pelo ilustre Juízo da 2ª Vara Cível de Itapema que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial de Registro de Imóvel da Comarca de Biguaçu, Giovani de Souza, negando o registro do contrato particular de cessão de direitos de promessa de compra e venda firmado pela recorrente.

No caso em estudo, conforme acima registrado, a apelante – Associação dos Moradores do Residencial Alphaville – interpôs o presente recurso de apelação objetivando o registro do contrato particular de cessão de direito de promessa de compra e venda que firmou com Silvana Reginaldo referente à vaga de garagem no Edifício Residencial Alphaville (fls. 14/15).

O registro foi denegado, tendo por fundamento que “a associação é união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, não podendo adquirir direitos reais de aquisição sobre bens imóveis, bem com “não há, entre as finalidades da Associação constantes em estatuto a possibilidade de realizar negócios imobiliários” (fl. 16).

A sentença combatida deliberou no sentido de que seria impossível o registro, isto porque o “próprio estatuto social dispõe no art. 1º, que sua fundação, em 06.11.2004, é com tempo determinado, até a fundação do Condomínio de seu Edifício (fl. 10) e, pela matrícula de fl. 18, verifica-se claramente que referida fundação do Edifício já ocorreu, conforme averbação realizada em 1º.02.2013, o que inclusive não foi refutado pela suscitada”. Ademais, “a 1ª alteração do Estatuto da Associação no tocante à nova forma de extinção ocorreu apenas em 13.04.2013 (fls. 36/40), ou seja, quando já estava extinta, circunstância que, forçosamente, invalida os atos praticados nesse período. E os documentos juntados às fls. 47/139 são relativos ao período de sua real existência e atividade”.

Contudo, embora a associação tenha sido constituída com intenção de prazo o Código Civil disciplina:

“Art. 51. Nos casos de dissolução da pessoa jurídica ou cassada a autorização para seu funcionamento, ela subsistirá para os fins de liquidação, até que esta se conclua. § 1º Far-se-á, no registro onde a pessoa jurídica

estiver inscrita, a averbação de sua dissolução”.

[...]

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II - o consenso unânime dos sócios;

III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar”.

Nesse sentido, conforme se extrai dos documentos colacionados às fls. 17/38, em 01.02.2016, quando vencido o prazo inicial da associação esta não teve seu termo final com processo de dissolução, prosseguiu realizado assembleias regulares (fls. 42/46). Inclusive, houve alteração do estatuto social, o qual passou a incluir o seguinte conteúdo:

“[...] a associação somente será dissolvida após o cumprimento de todas as suas obrigações e recebimento dos seus ativos” (fl. 38).

Nesse viés, o Código Civil prevê que “constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos” (art. 53). Não há qualquer previsão que afaste a possibilidade de celebrar contratos de natureza econômica desde que esteja em consonância com o dispositivo legal mencionado.

Da doutrina extraio que as associações são pessoas jurídicas de direito privado constituídas pela reunião de pessoas que buscam a concretização de fins lícitos e sem intuítos lucrativos, formando uma *universitas personaru*, ou seja, “pessoas jurídicas de direito privado constituídas pela união de pessoas que se organizam para fins não econômicos” (MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v.1: parte geral. 40 ed. ver. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005).

No entanto, o “fim não econômico” deve ser interpretado como “fins não lucrativos”, isto é, a não distribuição de lucros entre os associados, pois que não é vedado à associação praticar atos jurídicos de conteúdo econômico para a consecução dos seus objetivos (PAES, José Fernando Sabo. Fundações, Associações, e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários. Brasília: Brasília Jurídica, 6ª ed. 2006., p. 64).

Da análise dos termos do contrato que se busca o registro é possível verificar que o objetivo é justamente o pagamento de dívidas em decorrência de chamadas de capital. Ademais, a Associação entre suas finalidades, possui expressa previsão de “estipular valores da chamada de capital, visando

a arrecadação suficiente para término da obra” e “efetuar cobranças referentes a rateio das compras de materiais” (fls. 14/15 e 34).

Portanto, diante da ausência de vantagem pecuniária, tão somente consecução de suas finalidades o recurso merece ser acolhido.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e prover o presente recurso, para permitir o registro do Contrato Particular de Cessão de Direitos de Promessa de Compra e Venda firmado entre a Associação de Moradores do Edifício Residencial Alphaville e Silvana Rodrigues no Cartório de Imóveis da Comarca de Itapema.

Este é o voto.

JOSÉ AGENOR ARAGÃO

Relator

ÓRGÃO ESPECIAL

Agravo de Instrumento n. 4010357-98.2018.8.24.0000, Capital

Agravante: Distribuidora de Carnes Distriboi Ltda.

Advogado: Fernando Roberto Telini Franco de Paula (OAB: 15727/SC)

Agravado: Estado de Santa Catarina

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

Relatora: Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

DECISÃO MONOCRÁTICA

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Distribuidora de Carnes Distriboi Ltda. contra decisão que indeferiu o pleito liminar de suspensão do crédito tributário referente ao não recolhimento de ICMS, bem como de sustação dos efeitos do protesto extrajudicial do débito, proferida nos autos da “ação anulatória de débito fiscal” n. 0307940-35.2017.8.24.0000, ajuizada contra o Estado de Santa Catarina.

RELATÓRIO

1.1 Ação Originária

Adota-se, na integralidade, o relatório da decisão de fls. 279-280, proferida pelo MM. Juiz Antônio Zoldan da Veiga:

“[...] 1 - Distribuidora de Carnes Distriboi Ltda ajuizou “Ação Anulatória de Débito Fiscal com Pedido de Tutela Antecipada” contra o Estado de Santa Catarina, buscando desconstituir débito referente ao não recolhimento de ICMS.

A empresa autora destacou haver erro na notificação fiscal, relativamente aos dispositivos que indicam a alíquota aplicável às operações sob análise. Isso porque o art. 26, inciso II, alínea “b” do RICMS/SC c/c o item 8, da seção I, do Anexo 1 do Regulamento enquadraram os produtos comercializados pela autora como supérfluos, o que levaria à aplicação de alíquota de 25%. Contudo, a indicação de tais dispositivos configuraria erro, uma vez que os produtos industrializados e comercializados pela autora não se encaixam na descrição do referido item 8 (iates, outros barcos e embarcações), pois seu ramo de atuação é alimentício (indústria de carnes).

Afirmou, ademais, que a base de cálculo foi apurada de modo inadequado, porquanto caracterizada pauta fiscal.

Alegou a natureza confiscatória da multa aplicada e a indevida incidência dos juros de mora sobre a multa, bem como a ilegalidade da utilização da taxa selic como indexador dos juros.

Dito isso, requereu a concessão de tutela de urgência para suspender o crédito tributário, até o julgamento da ação, bem como sustar os efeitos do protesto extrajudicial do débito.

O Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública declinou da competência para processar e julgar o feito, nos termos da decisão de fls. 269-271. [...]”

1.2 Pronunciamento impugnado

Em análise ao pleito liminar, o magistrado singular Antônio Zoldan da Veiga, por entender que em análise preliminar não haveria razões para declarar nulo o lançamento tributário, bem como que seria incauta a concessão da liminar baseada em alegada ilegalidade do método de fixação da base de cálculo sem a manifestação do demandado, além de que o alegado caráter confiscatório da multa não teria sido demonstrado, indeferiu o pedido de tutela antecipada (fls. 279-280, da origem):

“[...] De plano, necessário esclarecer que a existência de erro na apresentação dos dispositivos que indicam a alíquota aplicável às operações em apreço devem ser considerados, nesta fase do processo, mero erro material que em nada dificultou ou impediu a defesa do autor.

Isso porque, aplicada a alíquota correta no cálculo do imposto, não há razões para declarar nulo o lançamento, uma vez que a defesa do autor foi plenamente exercida na fase administrativa, restando esclarecido que a alíquota cabível é de 12%, nos termos do art. 26, III, alínea d, do RICMS/SC, conforme, inclusive, constou do Anexo J (fls. 120)

No tocante à tese de que o valor do imposto foi calculado mediante a utilização de pauta fiscal, há hipóteses em que é plenamente viável a presunção da base de cálculo, especialmente em casos de antecipação do recolhimento, bem como naqueles previstos no art. 148 do CTN.

Dessa forma, entendo precipitado a concessão da tutela com base em suposta ilegalidade do método de fixação da base de cálculo antes da manifestação do requerido, o qual poderá esclarecer melhor os fatos e a razão da utilização dos Atos DIAT ou da margem de lucro de 20% (OSN 01/71) para compor a base de cálculo.

A depender de seus argumentos, o pedido poderá ser novamente analisado.

Sobre o caráter confiscatório da multa, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, nos casos de multa punitiva, o percentual máximo de incidência é de 100%, ou seja, o valor da multa não deve ultrapassar o valor do tributo (RE 748257 SE).

Assim, a ilegalidade da multa, conforme alegou o autor deve estar fundamentada em direito concreto, porquanto a simples alegação de confisco não cabe na hipótese.

Na mesma direção, tanto o STF quanto o STJ reconhecem que a Taxa Selic é aplicável aos créditos tributários, não havendo qualquer ilegalidade em sua utilização.

Aliás, o tema foi tratado pelo STJ em sede de recurso repetitivo (REsp 879.844/MG), restando esclarecida a matéria, especialmente nas hipóteses em que a lei estadual estipular que os juros de mora corresponderão à Taxa Selic.

3 - Isso posto, INDEFIRO o pedido liminar do requerente.

CITE-SE a parte requerida, com as advertências de estilo, para resposta no prazo de 30 (trinta) dias, a teor dos arts. 335, inciso III c/c 183 do Código de Processo Civil.

Havendo juntada de documentos pelo requerido, INTIME-SE a requerente, na pessoa de seu advogado, para oferecer réplica à contestação em 15 dias (CPC, art. 437, § 1.º). [...]"

1.3 Razões de recurso

Irresignada com a prestação jurisdicional ofertada, Distribuidora de Carnes Distriboi Ltda. interpôs o presente recurso de agravo de instrumento, oportunidade em que objetivou a reforma de decisão recorrida para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (referente ao suposto não recolhimento de ICMS relativo às operações realizadas nos períodos de dezembro de 2012 a dezembro de 2013), isso durante o curso da ação anulatória, no intuito de obstar quaisquer atos de cobrança em seu desfavor.

Para tanto, sustentou:

a) que a ação anulatória pretendia a desconstituição da Notificação Fiscal n. 146030110143, emitida em razão de suposto não recolhimento de ICMS relativo à entrada de carnes adquiridas em outras unidades da Federação no período entre dezembro de 2012 e dezembro de 2013;

b) ter havido erro na fundamentação legal da infração imputada, por supostamente ter havido enquadramento como produtos supérfluos, e aplicada alíquota de 25% ao invés de 12%, que seria a referente a produtos de consumo popular, o que justificaria o pleito de nulidade absoluta do lançamento tributário;

c) erro na base de cálculo de apuração do imposto;

d) ilegitimidade dos consectários do crédito tributário.

1.4 Pedido de efeito suspensivo

Pugnou pelo recebimento do presente agravo com a atribuição de efeito suspensivo, isso até o julgamento do RE 628.075, representativo de repercussão geral (Tema 490), pelo Supremo Tribunal Federal, isso em razão de se tratar de matéria acobertada pela determinação suspensão nacional relativa às demandas sobre limitação ao creditamento de ICMS.

Ao final, pleiteou pela reforma da decisão objurgada, com o provimento do recurso.

FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Admissibilidade

O agravo é cabível, tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade dos arts. 1.016 e 1.017 do CPC/2015.

2.2 Mérito

Com efeito, o pedido de concessão do efeito suspensivo fundamenta-se no art. 995, parágrafo único, c/c art. 1.019, inc. I, ambos do CPC/2015, para o qual se exige a existência de risco grave, de difícil ou impossível reparação, e a demonstração da probabilidade de provimento do recurso.

A respeito, colhe-se da doutrina:

Suspensão da decisão recorrida. A suspensão da decisão recorrida por força de decisão judicial está subordinada à demonstração da probabilidade de provimento do recurso (probabilidade do direito alegado no recurso, o *fumus boni iuris* recursal) e do perigo na demora (*periculum in mora*). [...]. O que interessa para a concessão de efeito suspensivo, além da probabilidade de provimento recursal, é a existência de perigo na demora na obtenção do provimento recursal (Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1055/1056, grifou-se).

Na espécie, denota-se que os aludidos requisitos não estão demonstrados na hipótese dos autos.

Isso porque, o pedido de efeito suspensivo se limita ao pleito de suspensão dos autos até o julgamento do RE 628.075, representativo de repercussão geral (Tema 490/STF).

Contudo, em análise aos autos originários, verificou-se que o juízo de origem, posteriormente à análise liminar, proferiu decisão interlocutória através da qual manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos, mas determinou o sobrestamento do feito até o julgamento do RE 628.075 pelo

Supremo Tribunal Federal (fl. 306, da ação originária):

“[...] 1 - Houve a juntada de cópia da petição de Agravo de Instrumento interposto pelo autor, a teor do art. 1.018, § 2.º do CPC, bem como a formulação de pedido de suspensão em razão da existência de repercussão geral sobre a matéria: “creditamento de ICMS incidente em operação oriunda de outro ente federado que concede, unilateralmente, benefício fiscal (Tema 490)”.

2 - Da análise do recurso, verifica-se que os argumentos lançados pelo agravante não têm o condão de alterar o posicionamento adotado por este Juízo, por conseguinte, MANTENHO a decisão agravada por seus próprios fundamentos.

No tocante ao pedido de suspensão da ação em decorrência da existência de Repercussão Geral, o Ministro Edson Fachin, em 21/10/2016, determinou a suspensão das ações que versem sobre a matéria, em todo território nacional.

É necessário lembrar que a suspensão ora em análise, determinada pelo STF, não se estende, em princípio, aos processos administrativos, mas apenas às discussões judiciais. Até porque, no caso em apreço, a discussão

administrativa já foi concluída, estando consolidado o crédito, havendo, inclusive, protesto.

Aliás, a discussão sobre a suspensão do crédito já se encontra em grau de recurso, tendo este Juízo determinado de forma clara seu entendimento sobre o pedido.

3 - Dessa forma, por haver determinação expressa nos autos do RE 628075, SOBRESTO o andamento da presente ação até o julgamento da referida Repercussão Geral.

COMUNIQUE-SE a suspensão do feito à eminente Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski, relatora do Agravo de Instrumento n. 4010357- 98.2018.8.24.0000.

AGUARDE-SE em cartório o julgamento do RE 628075 (tema 490).

[...]”

Dessa forma, tendo em vista o sobrestamento do feito na origem, bem como considerando a pendência de julgamento do mencionado recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, resta insubsistente o pleito liminar formulado pelo agravante.

Assim, não sendo possível verificar a verossimilhança das alegações dos agravantes em relação ao pedido de efeito suspensivo, o indeferimento do pleito é a medida mais adequada.

Cabe esclarecer, ainda, que nesta fase do agravo de instrumento, ainda de cognição sumária, a questão é apreciada apenas de forma superficial, a fim de verificar a existência ou não dos requisitos necessários à atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Assim, não tendo sido demonstrados os requisitos indispensáveis à concessão do pleito, seu indeferimento é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, nos termos do art. 995, parágrafo único, c/c art. 1.019, I, ambos do CPC/2015, indefere-se o pedido de efeito suspensivo formulado por Distribuidora de Carnes Distriboi Ltda., para que seja mantida incólume a decisão recorrida, ao menos até o pronunciamento definitivo desta Câmara.

Comunique-se ao MM. Juízo a quo.

Cumpra-se o disposto no art. 1.019, II e III, do CPC/2015. Publique-se.

Intime-se.

Florianópolis, 23 de julho de 2020.

Denise de Souza Luiz Francoski
Relatora

Ação Rescisória n. 4021967-29.2019.8.24.0000, de Criciúma

Relator: Desembargador Osmar Nunes Júnior

AÇÃO RESCISÓRIA. FUNDAMENTO NO ART. 966, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRETENDIDA A DESCONSTITUIÇÃO DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL PROFERIDO EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DECISÃO RESCINDENDA QUE RECONHECEU A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA ORA AUTORA PELO EVENTO DANOSO DISCUTIDO NA LIDE ORIGINÁRIA E ARBITROU COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA A TÍTULO DE DANOS MORAIS EM R\$ 25.000,00. INDEFERIMENTO DA INICIAL QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA. ÓRGÃO JULGADOR QUE COMPULSOU DETIDAMENTE A MATÉRIA CONTIDA NOS AUTOS ORIGINÁRIOS, ADEQUANDO A ESPÉCIE À ORIENTAÇÃO DA CORTE SUPERIOR FIRMADA EM RECURSO REPETITIVO. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO ESPECIFICADO. NÍTIDA PRETENSÃO DE REDISCUtir O MÉRITO DA DEMANDA MATRIZ. CIRCUNSTÂNCIA INVIÁVEL NESTA VIA PROCESSUAL. IMPERIOSA A EXTINÇÃO DA PRETENSÃO RESCISÓRIA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, INCISOS I E VI, DA LEI ADJETIVA. DETERMINAÇÃO PARA ADEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA (ART. 292, § 3º, DO CPC), A FIM DE QUE PASSE A CONSTAR O PROVEITO ECONÔMICO PERSEGUIDO PELA EMPRESA DEMANDANTE, CONSISTENTE NO CÁLCULO ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO QUE LHE FOI IMPOSTA NA DEMANDA ORIGINÁRIA. DESNECESSIDADE, CONTUDO, DE COMPLEMENTAÇÃO DO DEPÓSITO A QUE ALUDE O ART. 966, II, DO CPC, TENDO EM VISTA O JULGAMENTO NÃO UNÂNIME. LEVANTAMENTO DO VALOR AUTORIZADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4021967-29.2019.8.24.0000, da comarca de Criciúma 2ª Vara Cível em que é Autor Serasa S/A e Réu Maria Ines Cechinel Pelegrim.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, a) indeferir a petição inicial e julgar extinta a pretensão rescisória, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, incisos I e VI, do Código de Processo Civil; b) determinar a adequação do valor da causa para que este reflita o montante atualizado da condenação fixada na demanda originária; c) o depósito a que alude o art. 968, II, do estatuto processual, será devolvido à parte autora, nos termos da fundamentação. O Exmo. Desembargador Paulo Ricardo Bruschi acompanhou o relator, porém com fundamento divergente e fará declaração de voto vencedor. Votaram pela procedência da Ação Rescisória os Exmo. Desembargadores Luiz César Medeiros, Antônio do Rego Monteiro Rocha, Ricardo Orofino da Luz Fontes, Jairo Fernandes Gonlhalves, Rubens Schulz, André Carvalho, Rosane Portella Wolff, Luiz Felipe Siegert Schuch e a Desa. Bettina Maria Maresch de Moura. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Osmar Nunes Júnior, Luiz Felipe Schuch, Bettina Maria

Maresch de Moura, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Ricardo Fontes, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Raulino Jacó Brüning, Jairo Fernandes Gonçalves, Denise Volpato, Saul Steil, Rubens Schulz, André Carvalho, André Luiz Dacol, Gerson Cherem II, Rosane Portella Wolff, Paulo Ricardo Bruschi, Hélio David Vieira Figueira dos Santos, José Agenor Aragão, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Haidée Denise Grin, Selso de Oliveira e Carlos Roberto da Silva.

Florianópolis, 8 de julho de 2020

Desembargador Osmar Nunes Júnior
Relator

RELATÓRIO

Serasa S/A ajuizou ação rescisória com pedido de tutela antecipada antecedente em face de Maria Ines Cechinel Pelegrim, objetivando desconstituir acórdão proferido pela Quarta Câmara de Direito Civil deste Pretório, referente ao julgamento da Apelação Cível n. 0309392-89.2017.8.24.0020, de relatoria do Exmo. Des. Joel Figueira Dias.

Na decisão objeto da pretensão rescindenda, aquele órgão colegiado reformou a sentença prolatada pelo magistrado de origem na ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais, reconhecendo a responsabilidade solidária da então ré, Serasa S/A, e condenando-a, juntamente com a Oi S/A, ao pagamento de compensação pecuniária arbitrada em R\$ 25.000,00.

Nesse cenário, alegou que o pronunciamento judicial de mérito violou manifestamente norma jurídica, atraindo a hipótese prevista no art. 966, V, do Código de Processo Civil, tendo em vista que contrariou o entendimento da Súmula 404 da Corte Superior, originada no julgamento, em sede de recurso repetitivo, do REsp n. 1.083.291/RS, no qual se estabeleceu que é responsabilidade do credor o fornecimento do endereço que deverá ser enviada a comunicação, pelo órgão arquivista, ao devedor, afrontando, assim, o art. 927, III, do estatuto processual.

Postulou, portanto, pela rescisão do acórdão proferido pelo órgão colegiado, com a prolação de uma decisão substituta e, em sede liminar, requereu a concessão de tutela de urgência a fim de impedir a interposição de eventual cumprimento de sentença no processo originário.

Em seguida, apresentou o comprovante e pagamento das custas processuais e, também, do depósito judicial de que trata o art. 968, II, do CPC (pp. 231-236).

Posteriormente, à p. 238, veio aos autos informar que realizou o pagamento integral do montante ao qual foi condenada na ação originária, pleiteando a consignação em pagamento para que a quantia permaneça depositada em conta judicial até o julgamento final da presente demanda rescisória, a fim de evitar a incidência de consectários legais.

Vieram conclusos para análise.

É o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

Trato de ação rescisória com pedido de tutela antecipada antecedente ajuizada por Serasa S/A em face de Maria Ines Cechinel Pelegrim, objetivando desconstituir acórdão proferido pela Quarta Câmara de Direito Civil deste Pretório, referente ao julgamento da Apelação Cível n. 0309392-89.2017.8.24.0020, de relatoria do Exmo. Des. Joel Figueira Dias.

1.1 Prazo

Dispõe o art. 975 do Código de Processo Civil que “o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo”.

Dessa forma, tendo a decisão rescindenda transitado em julgado no dia 5/7/2019, consoante extraio da certidão de p. 166, a presente ação é tempestiva.

1.2 Depósito

A princípio, também cumpriu a empresa autora o disposto pelo art. 968, II, da lei adjetiva (pp. 231-233).

1.3 Consignação em pagamento

A parte demandante peticionou à p. 238 pugnando pela consignação em pagamento para que o valor da condenação a qual foi condenada na demanda matriz fique depositado em juízo até o final da presente ação, a fim de evitar a incidência de consectários legais.

O pleito não merece acolhimento, tendo em vista que o referido pedido deveria ter sido feito nos autos da ação originária.

Inacolhido o pedido, autorizo o levantamento do valor depositado às pp. 239-240.

1.4 Violação manifesta de norma jurídica

Sabe-se que a ação rescisória constitui ação autônoma que visa desconstituir coisa julgada material quando presente alguma das hipóteses taxativamente previstas pela legislação.

Acerca do tema, leciona Marco Antonio Rodrigues:

A ação rescisória não é demanda que se presta a impugnar decisão judicial por qualquer motivo. Trata-se de ação que ataca coisa julgada, e por isso o art. 966 prevê quais as suas hipóteses de cabimento, estabelecendo um rol taxativo. Ao possibilitar a desconstituição de decisão judicial transitada em julgado, a rescisória vem contrabalançar direito fundamental processual assegurado no art. 5.º, XXXVI, da Constituição da República, o direito à coisa julgada. Portanto, a ação rescisória deve ser dotada de excepcionalidade, em função de poder afastar uma coisa julgada formada. (Manual dos recursos, ação rescisória e reclamação. 1. Ed.São Paulo: Atlas, 2017, p. 312)

Deve-se considerar, portanto, que o meio de impugnação somente pode ser utilizado em circunstâncias excepcionalíssimas, a fim de não ofender o princípio constitucional da segurança jurídica inerente à decisão transitada em julgado.

No caso em tela, a empresa autora fundamenta a pretensão rescisória no art. 966, V, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que *“a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar manifestamente norma jurídica”*, consubstanciando a afronta na não observância de precedente obrigatório (art. 927, III, do CPC).

É que, segundo narra, a decisão rescindenda contrariou o entendimento da Súmula 404 da Corte Superior, originada no julgamento do REsp 1.083.291/RS que, em sede de recurso repetitivo, estabeleceu a responsabilidade do credor pelo fornecimento do endereço que deverá ser enviada a comunicação, pelo órgão arquivista, ao devedor.

Sem razão.

Em análise da peça exordial da ação ordinária, vislumbro que a então autora daquela demanda atribuiu responsabilidade à Serasa S/A em razão da ausência de prévia comunicação acerca da negativação levada a registro pela Oi S/A, circunstância que teria violado norma consumerista (art. 43, § 2º, do CDC), pugnando, então, pela condenação do órgão de proteção ao crédito ao pagamento de indenização a título de danos morais.

Do julgamento que deu origem ao precedente obrigatório supostamente não aplicado à decisão de mérito rescindenda, extraio a seguinte ementa:

Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito. Prévia notificação. Desnecessidade de postagem da correspondência ao consumidor com aviso de recebimento. Suficiência da comprovação do envio ao endereço fornecido pelo credor.

I- Julgamento com efeitos do art. 543-C, § 7º, do CPC.

- *Para adimplemento, pelos cadastros de inadimplência, da obrigação consubstanciada no art. 43, §2º, do CDC, basta que comprovem a postagem, ao consumidor, do correspondência notificando-o quanto à inscrição de seu nome no respectivo cadastro, sendo desnecessário aviso de recebimento.*

- *A postagem deverá ser dirigida ao endereço fornecido pelo credor.*

II- Julgamento do recurso representativo.

- *A Jurisprudência do STJ já se pacificou no sentido de não exigir que a prévia comunicação a que se refere o art. 43, §2º, do CDC, seja promovida mediante carta com aviso de recebimento.*

- *Não se conhece do recurso especial na hipótese em que o Tribunal não aprecia o fundamento atacado pelo recorrente, não obstante a oposição de embargos declaratórios, e este não veicula sua irrisignação com fundamento na violação do art. 535 do CPC. Súmula 211/STJ.*

- *O STJ já consolidou sua jurisprudência no sentido de que “a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistia inscrição desabonadora regularmente realizada.” (Recurso Especiais em Processos Repetitivos nºs 1.061.134/RS e 1.062.336/RS)*

Não se conhece do recurso especial quando o entendimento firmado no acórdão recorrido se ajusta ao posicionamento do STJ quanto ao tema. Súmula n.º 83/STJ.

Recurso especial improvido. (REsp 1083291/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 20/10/2009) (grifos no original)

No pronunciamento judicial rescindendo, por sua vez, consignou-se que:

[...]

Compulsando os autos, observa-se que a Apelada juntou os documentos de fls. 58-70 no intuito de comprovar a realização da notificação e, em consequência, o cumprimento da disposição contida no art. 43, § 2º, do CDC.

Contudo, verifica-se que o endereço apontado na notificação de fl. 66 (Rua Rabele Martinho Benedet, 390, Morro Estevão, Florianópolis/SC) é diverso daquele mencionado pela Demandante na inicial e no comprovante de residência apresentado (fl. 23) como sendo o de sua residência (Rua Almirante Barroso, 260, ap. 604, Comercário, Criciúma/SC).

Em que pese a alegação da Ré de que o endereço de remessa da notificação foi fornecido pelo credor, o que se observa é que os documentos acostados aos autos são extraídos do próprio sistema interno de informática da demandada, inexistindo referência às informações repassadas pelo credor. Ademais, o contrato realizado entre o órgão mantenedor das informações e o suposto credor (fls. 69-70) não traz em seu bojo qualquer informação acerca do endereço da suposta devedora, ora Apelante.

Por outro lado, uma das alegações da Autora, reconhecida pela sentença, é o fato de nunca ter contratado com o solicitante do registro e, por consequência, ilícita a inscrição de seu nome nos cadastros restritivos de crédito, inexistindo provas a derruir tais alegações.

Assim, forçoso reconhecer que **os documentos acostados aos autos pela Ré não são aptos a comprovar a prévia notificação exigida pelo código consumerista.**

[...]

(TJSC, Apelação Cível n. 0309392-89.2017.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 26-07-2018). (grifei)

Observo, assim, que o órgão julgador compulsou detidamente a matéria contida nos autos originários, adequando a espécie à orientação da Corte da Cidadania firmada em recurso repetitivo. O colegiado entendeu que o órgão de proteção ao crédito deixou de cumprir o dever de informação que lhe atribui o diploma consumerista, não atendendo, assim, ao disposto pelo verbete n. 359 do Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual reconheceu a responsabilidade solidária da Serasa S/A pelo evento danoso lá discutido.

Dessarte, entendo que a pretensão rescisória da empresa autora configura evidente tentativa de rediscussão da matéria já exaustivamente examinada por este Sodalício quando do julgamento da ação de conhecimento, em razão da sua nítida insatisfação com o resultado do decisório que lhe

foi desfavorável, sendo a pretensão de reavivar o debate inviável nesta via processual, tendo em vista que, consoante já alhures mencionado, a presente demanda autônoma de impugnação tão somente é cabível em hipóteses bastante singulares delineadas pela legislação.

Não vislumbro, por conseguinte, a aventada violação ao precedente vinculante assentado pela autora, razão pela qual inexistente o requisito necessário ao manejo desta ação rescisória, circunstância que conduz à extinção da ação.

1.5 Adequação do valor da causa rescisória, complementação do depósito e multa

Em que pese a empresa autora tenha valorado a demanda rescisória com o mesmo montante nominal atribuído à ação matriz (20.000,00), sabe-se que as quantias nem sempre coincidem. Isso porque, conforme explicam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, *“na rescisória que tem por objeto do juízo rescisório a condenação em quantia em dinheiro, o valor da causa é alcançado pela soma do proveito econômico que o autor pretende obter com a procedência do pedido rescisório”* (Código de Processo Civil Comentado. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019).

Com efeito:

Em regra, o valor da causa na ação rescisória deve corresponder ao da ação originária, atualizado monetariamente, salvo quando houver manifesta discrepância entre o valor atribuído à ação originária e o benefício econômico pretendido na rescisória, hipótese na qual deve prevalecer este último. (REsp 1689175/MS, rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 6-3-2018)

Ademais, nos moldes do que dispõe o art. 292, § 3º, do Código de Processo Civil, ao juízo é possibilitada a correção do valor da causa *“quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes”*.

Sendo assim, o valor inicial atribuído à lide rescisória deve ser retificado para que passe a constar o cálculo atualizado da condenação imposta pela decisão rescindenda e, por conseguinte, seria necessário impor à empresa autora a complementação do depósito obrigatório a que alude o art. 968, II, do estatuto processual, a fim de que tal importância fosse convertida em multa em benefício da parte contrária, nos termos do art. art. 974, parágrafo único, do mesmo diploma, tendo em vista a inadmissibilidade da demanda.

Contudo, em decorrência do julgamento não unânime, fica autorizado o levantamento, pela requerente, do valor previamente depositado.

2. Resultado

Diante do exposto, indefiro a petição inicial e julgo extinta a pretensão rescisória, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, incisos I e VI, do Código de Processo Civil.

Custas pela parte autora.

Diante da ausência de angularização processual, deixo de fixar honorários advocatícios.

Determino a adequação do valor da causa para que reflita o montante atualizado da condenação fixada na demanda originária.

Autorizo o levantamento, pela requerente, do depósito a que alude o art. 968, II, do Código de Processo Civil, em decorrência do julgamento não unânime.

Por fim, autorizo também o levantamento, pela demandante, do valor depositado em juízo às pp. 238-240, tendo em vista que inacolhido o pleito de consignação em pagamento.

É o voto.

Ação Rescisória n. 4003468-02.2016.8.24.0000, de Pinhalzinho

Relator: Desembargador Raulino Jacó Bruning

AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA COM FUNDAMENTO EM ERRO DE FATO (ART. 485, IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 - VIGENTE À ÉPOCA). DECISÃO QUE, NÃO OBSTANTE TENHA MAJORADO O VALOR DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS, RESULTOU EM QUANTIA BEM AQUÉM DAQUELA DEFINIDA EM SENTENÇA, DIANTE DO MODO EM QUE APLICADOS OS CONSECUTÓRIOS LEGAIS. 1. PRELIMINAR. PLEITO DE EXTINÇÃO DO FEITO RESCISÓRIO. INDEFERIMENTO. 2. AUSÊNCIA DE ERRO DE FATO TAL COMO RELATADO NA EXORDIAL. JUROS DE MORA QUE SE CONFIGURAM MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONTUDO, EVIDENTE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*. PRETENSÃO DO COLEGIADO, À ÉPOCA, DE SOMAR O *QUANTUM* INDENITÁRIO COM OS JUROS ATÉ ENTÃO TRANSCORRIDOS, PASSANDO-SE A CONTAR O RESTANTE A PARTIR DA NOVA CONDENAÇÃO. EQUÍVOCO NA OPERAÇÃO MATEMÁTICA. ACÓRDÃO QUE MERECE SER DESCONSTITUÍDO NO PONTO. 3. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. ÓBITO DA ESPOSA E FILHA BEBÊ DO AUTOR, À ÉPOCA COM 20 ANOS E OITO MESES DE IDADE, RESPECTIVAMENTE. 3.1. *QUANTUM*. AUMENTO QUE SE IMPÕE. PERDA ABRUPTA DA JOVEM FAMÍLIA. ARBITRAMENTO EM R\$60.000,00, ACRESCIDO DE JUROS MORATÓRIOS DO EVENTO DANOSO E CORREÇÃO MONETÁRIA DA PRESENTE DECISÃO. 4. AÇÃO RESCISÓRIA CONHECIDA E PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4003468-02.2016.8.24.0000, da Comarca de Pinhalzinho (Vara Única), em que é apelante Arlindo Both e apelados André Luiz Bernardi, Aristides Bernardi e Mapfre Seguros Gerais S.A:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por meio eletrônico, por maioria de votos, julgar procedente os pedidos formulados na inicial da Ação Rescisória, nos termos do voto do relator, acrescida a fundamentação exposta pelo Exmo. Desembargador André Carvalho. Refluíram, diante da nova fundamentação trazida ao julgamento, os Exmos. Desembargadores Luiz César Medeiros, Ricardo Fontes, Hélio David Vieira Figueira e o Exmo. Desembargador Osmar Nunes Júnior. Decidiram, ainda, por unanimidade, majorar a indenização por danos morais para R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), sendo R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) pela morte de cada vítima, acrescidos de juros de mora a partir do evento danoso e a correção monetária a partir desta decisão. Não participou desta etapa do julgamento o Exmo. Desembargador Ricardo Fontes, que, justificando, antecipou sua saída às 10:10 horas. O Exmo. Stanley Braga, ausente nesta data, proferiu seu voto no julgamento de 11/12/2019, pela procedência, por ofensa à coisa julgada e violação de dispositivo legal, retornando os consectários nos termos da sentença. Permaneceram divergentes os Exmos. Desembargadores Jorge Luis Costa Beber, que fará declaração de voto, acompanhados pelos Exmos. Desembargadores Jairo Fernandes Gonçalves e Paulo Ricardo Bruschi que não participou do julgamento, nesta data, porém, proferiu seu voto na sessão de julgamento do dia 11/12/2019. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Luiz César Medeiros e dele participaram os Desembargadores Jairo Fernandes Gonçalves, Denise Volpato, Stanley Braga, Saul Steil, André Carvalho, Jorge Luis Costa Beber, André Luiz Dacol, Gerson Cherem II, Rosane Portella Wolff, Paulo Ricardo Bruschi, Helio David Vieira Figueira dos Santos, José Agenor de Aragão, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Haidée Denise Grin, Selso de Oliveira, Osmar Nunes Júnior, Luiz Felipe Schuch, Bettina Maria Maresch de Moura, Luiz César Medeiros, Fernando Carioni, Ricardo Fontes e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 11 de março de 2020.

Desembargador Raulino Jacó Brüning
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Pinhalzinho, Arlindo Both propôs, no dia 13/2/2002, a **ação indenizatória n. 2007.044287-6**, em face de Aristides Bernardi e André Luís Bernardi.

O autor relatou, em síntese, na exordial daquele feito, que no dia 5/6/2001, por volta das 23:15h, trafegava pela BR 282 e fora abruptamente abalroado pelo automóvel de propriedade do primeiro réu, que na ocasião era conduzido por seu filho, segundo demandando.

Disse, também, que o referido acidente causou a morte de sua cônjuge, Marci Jost Both, e de sua filha, Giovana Both.

Defendeu que a culpa do acidente foi do requerido, André Luis Bernardi, que invadiu a mão de direção em que transitava.

Requeru, assim, a condenação dos demandados ao pagamento de reparação pelos prejuízos morais experimentados, bem como de danos emergentes e pensão.

Citados, os réus apresentaram defesa e promoveram a denúncia da lide à seguradora Vera Cruz S.A. que passou a integrar a relação processual.

Após regular instrução, o Magistrado Giuliano Ziembowicz proferiu sentença, na qual acolheu parcialmente os pedidos formulados na exordial. Segue parte dispositiva do *decisum*:

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação proposta por Arlindo Both em face de Aristides Bernardi e André Luis Bernardi, acolhendo em parte os pedidos formulados na petição inicial, com especial fim de CONDENAR os réus a pagar ao autor a quantia de R\$ 3.419,95 (três mil quatrocentos e dezenove reais e noventa e cinco centavos), a título de danos materiais, incluindo-se também o pagamento do pensionamento estabelecido na fundamentação (item 2.1.2), e **R\$30.000,00 (trinta mil reais), a título de danos morais, em que sejam computados**

juros moratórios nos termos do art. 406 do Código Civil, a partir do evento danoso, e correção monetária pelo INPC, a partir da citação.

Da mesma forma, JULGO PROCEDENTE a denúncia da lide e CONDENO a litisdenunciada Vera Cruz Seguros S/A a indenizar os prejuízos suportados pelos litisdenunciantes em decorrência da perda desta demanda, os limites do contrato de seguro, conforme fundamentação acima. (grifo acrescido)

Contra esta decisão, todos os contendores interpuseram recurso, os quais foram distribuídos à Câmara Especial Regional de Chapecó que decidiu, por votação unânime, conhecer das irresignações, dar parcial provimento às apelações dos réus e dos autores e negar provimento ao adesivo da litisdenunciada. Participaram deste julgamento os Exmos. Deses. Cesar Abreu, Gilberto Gomes de Oliveira e Saul Steil.

O aresto restou assim ementado:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CHOQUE FRONTAL ENTRE VEÍCULOS. INVASÃO DE CONTRAMÃO. IMPRUDÊNCIA POR PARTE DO RÉU. FALECIMENTO DO CÔNJUGE E DA FILHA DO AUTOR EM DECORRÊNCIA DO INFORTÚNIO. NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS E PENSÃO POR MORTE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. DICÇÃO DA SÚMULA 37 DO STJ. **DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO NA SENTENÇA.** COBERTURA SECURITÁRIA PARA OS DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DA SEGURADORA, ORA LITISDENUNCIADA, DE AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO NESSE SENTIDO. INSUBSISTÊNCIA. ABRANGÊNCIA PELOS DANOS CORPORAIS. PENSÃO MENSAL EM VIRTUDE DO ÓBITO DA FILHA DO AUTOR. VALOR A SER PAGO NO MONTANTE DE 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO A PARTIR DOS 14 ANOS E ATÉ OS 25 ANOS DA VÍTIMA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSOS DOS RÉUS E DO AUTOR PARCIALMENTE PROVIDOS. ADESIVO DA SEGURADORA DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2007.044287-6, de Pinhalzinho, rel. Des. Cesar Abreu, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 7-10-2010, grifou-se).

No que tange ao abalo anímico experimentado pelo autor, a Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu:

Assim, revisa-se a sentença para majorar o valor dessa indenização, arbitrando-o em R\$ **50.000,00** (R\$ 25.000,00 pela morte de cada vítima) (já observada a Súmula 54 do STJ), acrescido, a partir desta condenação, de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelos índices da Corregedoria-Geral da Justiça. (sem grifos no original)

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue – na medida que, muito embora o valor do dano moral tenha sido majorado, o valor da indenização fora reduzido, ante a modificação dos consectários legais – o demandante opôs aclaratórios, os quais não foram admitidos, porquanto intempestivos.

Após retorno dos autos à origem, o autor peticionou, requerendo o envio dos autos à Câmara Especial Regional de Chapecó, afirmando que, dados os parâmetros consignados no acórdão, a reparação por dano moral ficou inferior àquela que seria atingida nos moldes da sentença. Nesta senda, requereu a correção do erro material, o que restou negado.

Após o trânsito em julgado, operado em 16/9/2015, o requerente ajuizou a **presente ação rescisória**, sustentando o seguinte (em itálico, trechos da exordial): a) “*na decisão singular fixou-se os danos em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e os consectários fixados na forma da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, juros moratórios a partir do fato (05 de junho de 2001) e correção monetária a partir da citação (15 de março de 2002)*” (fl. 4); b) “*na r. decisão colegiada o digno relator MAJOROU a verba indenizatória para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Todavia, o acréscimo dos consectários somente foram aplicados a partir da data da referida decisão, ou seja, 19 de outubro de 2010*” (fl. 5); c) “*a supressão de aproximadamente 09 (nove) anos de atualização monetária ocasionou drástica diminuição do quantum indenizatório*” (fl. 5); d) isso porque o evento danoso ocorrera em 5/6/2001 e a citação em 15/3/2002, o *decisum*, por sua vez, foi publicado em 19/10/2010; e) “*atualizando-se o valor indenizatório, de acordo com os parâmetros contidos no v. acórdão (consectários a partir da data do acórdão) obtém-se, apenas, o valor de R\$126.134,37*” (fl. 10 da inicial); f) portanto, restou configurado erro de fato e violação ao art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil de 1973.

O pedido está assim redigido: “*pleiteia o autor novo julgamento da lide suso referida a fim de que seja fixada a data do fato como o início da contagem dos consectários legais, na forma da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e de acordo com o decidido na r. decisão singular*” (fl. 13 da exordial).

Em exame inicial de admissibilidade, foi deferido ao demandante o pleito de gratuidade judiciária (fl. 807).

Citada, a seguradora litisdenunciada contestou, alegando a ausência de erro de fato a embasar a ação rescisória. Pugnou, assim, pela sua extinção, sem resolução do mérito, ou pela sua improcedência (fls. 838/852).

Os réus também apresentaram defesa, aduzindo que não restou configurado erro de fato, bem como que os consectários legais foram corretamente fixados no acórdão rescindendo (fls. 866/878).

Réplica às fls. 884/885.

À fl. 887 determinou-se a intimação das partes para especificar as provas a serem produzidas.

O demandante e a seguradora quedaram-se inertes. Os requeridos, por sua vez, pugnaram pela importação de cópia integral dos autos em que proferido o acórdão objeto da ação rescisória (fl. 891), o que restou cumprido às fls. 897 e ss.

É o necessário escorço dos autos.

VOTO

Admite-se o processamento da ação rescisória, porque tempestiva sua propositura, consoante se extrai das certidões de fls. 42/43, e dispensada de depósito, tendo em vista que a parte litiga sob o pálio da gratuidade judiciária.

Normas de direito intertemporal

Ab initio, importante fazer uma breve digressão acerca das normas de direito intertemporal que devem ser observadas em razão do advento do novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015.

A rigor, a lei processual é aplicável imediatamente aos processos em curso.

Neste aspecto, o novo *codex* determina expressamente, em seu art. 1.046, que “*suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes*”.

No entanto, a regra não é absoluta e deve ser interpretada em consonância com os princípios constitucionais intrínsecos ao processo civil, resguardando-se sempre o ato jurídico perfeito. Assim, a aplicação da novel legislação às lides em curso deve ser feita à luz da teoria dos atos processuais isolados, segundo a qual a lei nova incide sobre os processos em tramitação, a partir da sua entrada em vigor, respeitadas a validade e a eficácia dos atos processuais praticados sob a égide da lei anterior.

Sobre a teoria do isolamento dos atos processuais, destaca-se o seguinte ensinamento, retirado da jurisprudência deste Tribunal:

[...] A temática, para ser melhor compreendida, comporta exegese da teoria do isolamento dos atos processuais, pela qual, muito embora se reconheça o processo como um instrumento complexo formado por uma sucessão de atos inter-relacionados, advindo nova lei processual e se deparando esta com um processo em desenvolvimento, para fins de definir sua específica incidência ou não sobre cada ato, necessário se faz verificar se possível tomá-los individualmente.

Dessa forma, constata-se se os elementos do ato a ser praticado são efetivamente pendentes e independentes dos atos anteriores - aplicando-se, portanto, a lei nova - ou se possuem nexos imediato e inafastável com um ato praticado sob a vigência da lei anterior, passando a ser tomados, enquanto dependentes, como efeitos materiais dele - aplicando-se, assim, a lei antiga -, vez que imodificável a lei incidente sobre os atos anteriores, seja porque atos processuais perfeitos (uma vez consumados ao tempo da lei antiga), seja porque existente sobre eles um direito processual adquirido (uma vez passíveis de exercício ao tempo da lei antiga, com termo pré-fixo de início de exercício ou condição preestabelecida inalterável para o exercício) (TJSC, Apelação Cível n. 2011.096823-2, de Joaçaba, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 5-2-2015).

Em outras palavras, “*cada ato deve ser considerado separadamente dos demais para o fim de se determinar qual a lei que o rege, recaindo sobre ele a preclusão consumativa, ou seja, a lei que rege o*

ato processual é aquela em vigor no momento em que ele é praticado. Seria a aplicação do princípio tempus regit actum” (STJ, Resp. n. 1404796/SP, rel. Min. Mauro Campbel Marques, j. 26-3-2014).

Neste sentido é a dicção do art. 14 do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, **respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada** (grifo acrescido).

Em resumo, a Lei n. 13.105/2015 deve ser aplicada respeitando-se os atos processuais praticados e consolidados sob a vigência da lei anterior. Assim, no presente caso, deve-se ter em mente que, embora o julgamento da ação rescisória esteja ocorrendo sob a égide do novo Código Processual Civil, **seu aforamento ocorreu na vigência da norma revogada**.

Fixadas estas premissas, passa-se à análise da *actio*.

Pedido de extinção da ação rescisória

Ambas as rés, em contestação, pugnam pela extinção da lide, porquanto (i) o autor agiu de maneira desidiosa, perdendo prazo para os recursos oportunos na ação de indenização, não podendo suprir tal falta por meio da presente demanda; e (ii) a situação narrada pelo requerente não configura erro de fato.

Razão, contudo, não lhes assiste.

A despeito do demandante não ter exaurido todos os meios processuais de impugnação legalmente previstos, ou porque opôs aclaratórios declarados intempestivos no feito anterior, é entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal que “*admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos*” (Súmula n. 514).

No mais, quanto à alegação de que não se está diante de erro de fato – fundamento que embasou o pedido inicial –, adianta-se que a matéria se confunde com o mérito, diante das peculiaridades do caso concreto, motivo pelo qual será abordada no próximo item.

Do exame do pedido de rescisão do mérito

De início, convém assentar que “*a ação rescisória ostenta a natureza de ação autônoma de impugnação, destinando-se à desconstituição de decisão de mérito transitada em julgado (CPC, art. 485, caput). Figura, ao lado da querela nullitatis e da impugnação de sentença (CPC, arts. 475-L, § 1º, e 741), como meio admitido pelo ordenamento pátrio à desconstituição da coisa julgada*”. (TJSC, Ação Rescisória n. 2014.007222-4, de Palhoça, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 9-3-2016).

São as hipóteses previstas pelo Legislador no art. 485 do Código de Processo Civil de 1973 (equivalente ao art. 966 do novo diploma processual) para a rescisória:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa; [...] (grifou-se)

Acerca do erro de fato, colhe-se da doutrina:

Para que seja admitida a ação rescisória com fundamento no dispositivo ora analisado, é necessário o preenchimento de quatro requisitos: (a) o erro de fato deve ser fundamento essencial da sentença, ou seja, não fosse o erro de fato, a decisão teria sido em outro sentido; (b) a apuração do equívoco factual deve ser realizada com provas produzidas no processo originário, de forma que a produção de prova na própria rescisória neste caso é proibida; (c) o fato não pode representar ponto controvertido (questão) no processo originário, ou porque as partes não o alegaram e caberia ao juiz conhecê-los de ofício, ou porque houve confissão de uma parte ou ainda porque a parte contrária se absteve de impugnar a alegação de fato [...]; (d) inexistência de pronunciamento judicial a respeito do fato, entendendo-se que a má apreciação da prova não gera ação rescisória [...]. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Salvador: Jurdodivm, 2016, p. 1575)

Ainda sobre o tema, Hélio do Valle Pereira disserta:

[...] logrou-se a compreensão de que o erro de fato leva em conta uma equivocada interpretação feita pelo juiz quanto aos elementos de convicção que estão nos autos: ‘Não se trata, aqui, de prova nova, nem de prova falsa, mas sim da má valoração das provas encartadas aos autos, ou da má compreensão dos fatos afirmados pelos sujeitos parciais’ (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Manual do Processo do Conhecimento*, p. 635). [...] O erro de fato estaria configurado quando o juiz afirma inexistente

prova que consta do processo ou faz leitura tão desatenta que ignora uma evidência manifesta” (*in Manual de Direito Processual Civil: Roteiros de Aula – Processo do Conhecimento*. 2ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, pág. 884/885, sublinhei).

In casu, a princípio, este Relator entendeu pela ocorrência de erro de fato. Segundo defendi, a intenção da Câmara Especial Regional de Chapecó era aumentar o valor dos danos morais, mas, por leitura desatenta dos autos (doutrina citada), equivocou-se sobre quando, de fato, deveriam começar a correr os juros, e, assim, sem querer, acabou reduzindo o valor que o Juiz havia fixado.

No entanto, após as ponderações exaradas pelo Des. André Carvalho, aderi ao entendimento de que não resta caracterizado o erro de fato propriamente dito. Isso porque a questão controvertida diria respeito, segundo o autor, tão somente aos consectários legais aplicados sobre o *quantum* arbitrado a título de danos morais. Cuida-se, assim, de matéria de ordem pública, admitindo-se a alteração pelo Julgador a qualquer tempo. Eventual erro de direito, neste caso, realmente só poderia ser combatido por recursos próprios.

Não obstante, tem lugar aqui o milenar brocardo (cada vez mais atual) proveniente do Direito Romano: “*Dá-me os fatos que eu te darei o direito*”.

A propósito:

Não há necessidade de o autor indicar a lei ou o artigo de lei em que se encontra baseado o pedido, pois o juiz conhece o direito (*iura novit curia*). Basta que o autor dê concretamente os fundamentos de fato, para que o juiz possa dar-lhe o direito (*da mihi factum, dabo tibi ius*). (Nery Junior, Nelson; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 18 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2019. p. 882).

Estamos diante de uma regra “mater” que norteia todo o Direito Processual: o autor conta os fatos. O Juiz dita o direito. O Juiz fica preso aos fatos contados, mas não aos fundamentos.

Nesse contexto, infere-se que o demandante alega, na exordial, que esta Corte majorou o valor da reparação por danos morais decorrentes do acidente de trânsito que vitimou fatalmente sua mulher e filha fixados na origem. Todavia, no entender do demandante, o Órgão Fracionário modificou o termo inicial dos consectários legais incidentes sobre a verba, o que acarretou uma drástica redução do valor a ser recebido (aproximadamente, R\$100.000,00).

Só que, em verdade, verifica-se que outra é a situação em tela: no julgado, não consta mudança no termo inicial dos juros de mora. Intentaram os membros da Câmara, apenas, somar o valor da indenização (incluída a majoração) com os juros que até ali já haviam transcorrido. A partir deste resultado, passaria a contar novamente os juros de mora e a correção monetária. Por isto é que os consectários legais somente correriam da nova condenação.

Explica-se: 1) o Togado sentenciante fixara a condenação em R\$30.000,00, acrescidos de

juros de mora desde o evento danoso e correção monetária a partir da citação; 2) acolhendo os argumentos do autor, o Tribunal entendeu por bem majorar a quantia, nos seguintes termos:

O pleito de majoração da indenização desse dano, outrossim, é de ser atendido.

É consabido que, em matéria de danos morais, a jurisprudência tem optado por confiar ao prudente arbítrio do Magistrado essa missão de estipular um valor justo para amenizar o abalo moral (Ap. Cív. n. 2008.041453-3, deste Relator).

A fixação do *quantum* indenizatório, dessa forma, deve observar as peculiaridades do caso concreto, levando-se em conta, sobretudo:

[...] A malícia, o dolo ou o grau de culpa daquele que causou o dano; as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas; os antecedentes pessoais de honorabilidade e confiabilidade do ofendido; a intensidade do sofrimento psicológico gerado pelo vexame sofrido; a finalidade admonitória da sanção, para que a prática do ato ilícito não se repita; e o bom senso, para que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, nem irrisória, que não chegue a lhe propiciar uma compensação para minimizar os efeitos da violação ao bem jurídico (Ap. Cív. n. 2008.017942-6, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 24-6-2008).

Assim, revisa-se a sentença para majorar o valor dessa indenização, arbitrando-o em R\$ 50.000,00 (R\$ 25.000,00 pela morte de cada vítima) (já observada a Súmula 54 do STJ), acrescido, a partir desta condenação, de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelos índices da Corregedoria-Geral da Justiça.

Percebe-se, portanto, que o entendimento da Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça (juros moratórios do evento danoso) foi, sim, adotado pelo Colegiado. Só que, na prática, o acórdão resultou em valor indenitário menor do que o da sentença.

A meu ver, não deixa de ser um erro de fato, pois houve equívoco quanto à operação matemática (indenização mais juros de mora até a data da decisão da Corte). Naquela época, o saldo do demandante já era consideravelmente maior do que os R\$50.000,00 apostos no aresto.

Mas o fundamento principal para rescisão do *decisum*, aqui, é a vedação da *reformatio in pejus*, que igualmente autoriza o manejo de ação rescisória, com fulcro no inciso V do art. 485 do *codex* revogado (equivalente ao inciso V do art. 966 do novo regramento).

A propósito, colhe-se da doutrina:

É admissível a ação rescisória, com base no CPC 966 V, por ofensa à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, porque são regras jurídicas com previsão expressa na lei (LNDB4º) [...] e, portanto, fontes de direito, equiparando-se à lei em sentido amplo (NERY JÚNIOR, NELSON. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 2055)

Desse modo, não há falar em ausência de interesse de agir ou inadequação da via eleita.

Ademais, cediço que “*não está o Tribunal adstrito a usar os mesmos fundamentos acolhidos pelo julgador singular ou aqueles invocados pelas partes*” (STJ, REsp 12414, rel. Min. Gracia Vieira, j. 13-10-1993, DJe 8-11-1993).

Na mesma linha: “*o juiz não está adstrito a nomes jurídicos nem a artigos de lei indicados pelas partes, devendo atribuir aos fatos apresentados o enquadramento jurídico adequado*” (STJ, REsp 1.537.996/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 21-6-2016, DJe 28-6-2016).

Neste sentido, Carlos Alberto Carmona disserta:

[...] o legislador usou, ao tratar dos fatos, a forma singular: o fato, e não os fatos. Revela-se, desde logo, a intenção de exigir do autor que decline o fato nuclear, ou seja, o fato principal de que decorra sua pretensão. Não se espera que o autor transforme sua peça inicial num longo e interminável relatório, envolvendo todos os fatos circunstanciais que cercam as partes, por medo de que, deixando de narrar algum detalhe, ainda que desimportante, fique impedido de fazer prova do que deixou de mencionar, caso isto seja necessário para reforçar a convicção do julgador. Em outros termos: o autor estaria obrigado a narrar todos os fatos, principais e periféricos, sob pena de não poder produzir prova sobre detalhes que não revelou na inicial? A resposta tem que ser negativa, sob pena de transformar-se a exordial num intragável romanceiro.

[...]

O fato e os fundamentos jurídicos do pedido – ensina J. J. Calmon de Passos – “nada mais significam do que a descrição clara e precisa do acontecimento que foi a razão de ser da demanda e a categorização jurídica desse mesmo acontecimento”. Quanto aos fundamentos jurídicos, sabem todos que o legislador ancorou nosso ordenamento no princípio da substanciação, **de tal sorte que o juiz não está vinculado à qualificação que o autor der aos fatos que narrou: logo, eventuais equívocos do autor (o demandante qualifica como dolo uma ocorrência que caracteriza erro) ou até mesmo a falta de qualificação jurídica do fato são irrelevantes para o deferimento da petição inicial, sendo necessário apenas conferir se do fato narrado pode resultar, hipoteticamente, a consequência jurídica imaginada pelo autor (ou, em outros termos, se do fato narrado decorre hipoteticamente o pedido formulado)**. (CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno da petição inicial*. Revista de Processo. Vol. 119/2005 p. 11-34, jan/2005, grifo acrescido).

É da jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. SENTENÇA TERMINATIVA (CPC, ART. 485, VI).

ALEGADA EXISTÊNCIA DE JUSTO TÍTULO A SUBSIDIAR A PRETENSÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. TESE ACOLHIDA MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA. **DESNECESSIDADE DO MAGISTRADO ATER-SE AO DISPOSITIVO DE LEI INVOCADO**. POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA - EM TESE - DE PRAZO PRESCRICIONAL AQUISITIVO DISTINTO. INTELECÇÃO DO ART. 1.238, CAPUT, DA LEI 10.406/2002. AJUIZAMENTO INVIÁVEL DE EVENTUAIS AÇÕES DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU ADJUDICATÓRIA COMPULSÓRIA. PROSSEGUIMENTO DO FEITO QUE SE MOSTRA NECESSÁRIO PARA EXAURIR AS TENTATIVAS DE LOCALIZAÇÃO DA REQUERIDA.

SENTENÇA ANULADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300458-59.2014.8.24.0017, de Dionísio Cerqueira, rel. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, j. 15-8-2019, grifou-se).

Ora, inegável que houve agravamento da situação fática do autor – à época recorrente –, não obstante ter se logrado vencedor neste ponto do apelo. Tal fato é vedado pelo ordenamento jurídico.

Segundo a lição de Didier Júnior, ocorre *reformatio in pejus* quando:

[...] o órgão *ad quem*, no julgamento de um recurso, profere decisão mais desfavorável ao recorrente, sob o ponto de vista prático, do que aquela contra a qual se interpôs o recurso. Não se permite a *reformatio in pejus* em nosso sistema. Trata-se de princípio recursal não expressamente previsto no ordenamento, mas aceito pela quase generalidade dos doutrinadores. (DIDIER JR., Freddie *et* DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil – Meio de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 8 ed, Salvador: Jus Podvium: 2010, p. 78).

Dinamarco assevera:

Reputa-se *reformatio in pejus* o agravamento da situação do recorrente no julgamento de seu próprio recurso. Os recursos valem pela aptidão, que tenham, de possibilitar à parte a remoção do gravame sofrido pelo ato judicial. Sua utilidade no mundo jurídico, consiste na abertura de vias processuais destinadas à possível obtenção de solução favorável quanto às situações instrumentais que se configuram no processo ou ao próprio *meritum causae*. Nessa utilidade é que reside o interesse em recorrer, que é pressuposto da admissibilidade de todo recurso. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *apud* ORIONE NETO, Luiz. *Recursos Cíveis*. 3ª Ed. Saraiva. São Paulo: 2009, p. 209).

A propósito, extrai-se da jurisprudência catarinense:

AÇÃO RESCISÓRIA. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL EM DESFAVOR DO APELANTE. REFORMATIO IN PEJUS. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 512 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VULNERAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. PROCEDÊNCIA. “O acórdão que modifica o critério de fixação dos honorários advocatícios, agravando a situação do recorrente, implica ‘reformatio in pejus’ e afronta a regra do art. 512, do Código de Processo Civil. - Recurso especial conhecido”. (STJ - REsp 238569/SP, rel. Min. Vicente Leal, j. 14.3.2000). “É cabível ação rescisória contra acórdão transitado em julgado que, em remessa necessária, houver afrontado o princípio da non reformatio in pejus” (STJ - EREsp 935.874/SP, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 14.9.2009). (TJSC, Ação Rescisória n. 2015.002737-0, de Braço do Norte, rel. Des. João Henrique Blasi, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 14-10-2015).

Assim, sem maiores delongas, há de ser acolhido o pedido de rescisão da decisão, no tocante à majoração dos danos morais.

Do novo julgamento da causa

Na espécie, visa o autor ao aumento da quantia arbitrada a título de danos morais, em razão do acidente de trânsito que vitimou fatalmente sua esposa e filha, em 5/6/2001. A culpa do réu ao invadir a pista contrária na BR-282, vale lembrar, foi reconhecida em processo criminal e já não é mais objeto de discussão entre as partes.

Pois bem.

Dano moral é o prejuízo não patrimonial capaz de afetar o estado anímico da vítima:

Representa a privação ou diminuição de um valor precípuo da vida da pessoa, e que se revela na ofensa à paz, à tranquilidade de espírito, à liberdade individual. (RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação dos acidentes de trânsito*, 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41)

In casu, o abalo moral decorre da perda da esposa e filha do requerente, da dor, do sofrimento psíquico e da intranquilidade experimentada. Acrescenta-se, por oportuno, que se cuidava de um casal jovem cujo matrimônio perdurava por dois anos e a descendente contava apenas oito meses de idade à época do sinistro. Trata-se, evidentemente, de dano moral presumido ou dano moral *in re ipsa*.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DO FILHO E IRMÃO DOS AUTORES. [...] **DANOS MORAIS E SUA QUANTIFICAÇÃO. SITUAÇÃO DE PERDA DE ENTE FAMILIAR. PRESUNÇÃO DE ABALO ANÍMICO (DANO MORAL IN RE IPSA). PRECEDENTES. MONTANTE FIXADO PELO JUÍZO A QUO QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. SENTENÇA MANTIDA.** (TJSC, Apelação Cível n. 0006409-43.2010.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 1º-11-2018, grifo acrescido).

Ademais, não foge ao conhecimento comum a agonia de receber a informação de que o ente querido sofreu acidente de trânsito. Foi-se o abraço amigo, o sorriso acolhedor, a mão no ombro que dá segurança, o conselho ante a dúvida, a orientação do caminho a seguir, o apoio na hora da decisão, o porto estável no momento da dificuldade. E, no caso concreto, pior: foi-se a expectativa de uma nova família e um futuro juntos, haja vista a tenra idade do casal e da sua filha. Assim, a dor, amargura física, angústia e aflição causadas pelas mazelas de que sofre o requerente são fatos geradores de dano moral.

Em virtude da inexistência de parâmetros legais para a fixação da verba indenizatória, prepondera na doutrina e jurisprudência o entendimento de que, para esse arbitramento, o Julgador deve se valer dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. A quantia arbitrada deve levar em conta o caráter compensatório e inibitório do dano moral, servindo tanto como leniente à vítima, quanto como coação ao infrator.

Em primeiro grau, a reparação por danos morais foi fixada em R\$30.000,00. Este valor não é compatível com o dano causado, haja vista que o caso trata do bem mais valioso protegido pelo Direito: a vida. Embora não se possa atribuir valor à vida de alguém, aqueles que sofrem a perda do ente querido em razão de ato de terceiro, isto é, sem que a morte tenha ocorrido por causas naturais ou por culpa da própria pessoa que falece, merecem ver o Juiz reconhecer que a pessoa morta tem e teve importância. A condenação, em casos como o retratado nestes autos, deve fazer com que o ofensor sinta a responsabilidade por tirar uma vida (*in casu*, duas).

Não há de se esquecer, ainda, que fixar indenização pela morte em valores ínfimos agrava ainda mais a dor dos familiares, pois a eles parecerá que o Estado não tem consideração nem interesse em reprimir a conduta de quem lhes tirou o convívio com o ente querido. Também não se olvida: não será a sanção penal, em casos de morte por acidente de trânsito, que responsabilizará efetivamente o causador do homicídio.

Dessa forma, o *quantum* indenizatório deve sopesar a capacidade financeira do ofensor e do ofendido e o grau de culpa com que agiu aquele. Evita-se, assim, que o dano moral seja fonte de enriquecimento sem causa.

No caso dos autos, tem-se, de um lado, o requerente, agricultor e beneficiário da justiça gratuita, que perdeu sua esposa (à época com 20 anos de idade) e sua bebê de oito meses. De outro, uma seguradora de grande porte econômico e o causador do sinistro, casado e advogado, que, conforme reconhecido no Juízo competente, conduziu o veículo de forma negligente.

Nesse viés, considerando-se o caráter permanente e vitalício do dano e a necessidade de a reprimenda abranger os intuitos inibidor e compensador do dano moral, há de ser majorada a indenização para R\$60.000,00 (R\$30.000,00 para cada vítima), valor este que deverá ser acrescido de correção monetária desde o arbitramento e juros de 1% ao mês a partir do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça).

Ônus sucumbenciais

Com a procedência do pleito rescisório, os demandados devem arcar com a totalidade das custas processuais e honorários advocatícios, os quais, considerando os parâmetros insculpidos no art. 20, § 3º, do antigo Código de Ritos (equiparado ao art. 85, § 2º, da novel legislação), devem ser fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Por fim, como a parte autora é beneficiária da justiça gratuita e, portanto, não apresentou depósito, deixa-se de determinar o seu levantamento.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer da ação rescisória e julgar-lhe procedente, a fim de desconstituir o acórdão prolatado nos autos da ação de indenização n. 049.02.000112-4,

no que se refere ao exame do pedido de majoração dos danos morais. Cumulativamente, proferir o juízo rescisório, dando provimento ao apelo do requerente no ponto, para aumentar o *quantum* de R\$30.000,00 para R\$60.000,00, acrescido de juros de mora desde o evento danoso e correção monetária a partir desta decisão.

Ação Rescisória n. 4027401-33.2018.8.24.0000, de Tangará

Relator: Desembargador André Carvalho

AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO EM AÇÃO COMINATÓRIA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO. ABSTENÇÃO DE VEICULAÇÃO DE PROPAGANDAS COMERCIAIS E DE EXTRAPOLAÇÃO DE RAIO DE COBERTURA. SENTENÇA QUE JULGOU A PRETENSÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE CONFIRMADA EM ACÓRDÃO. PRETENSÃO DESCONSTITUTIVA AVIADA PELA RÁDIO COMUNITÁRIA FUNDADA NOS INCISOS II, V E VIII DO ART. 966, CPC/115.

IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA À AUTORA. ALEGADA GERAÇÃO DE RECURSOS QUE NÃO ENCONTRA LASTRO NOS AUTOS. ELEMENTOS QUE, DOUTRO NORTE, INDICAM A DESATIVAÇÃO DA ESTAÇÃO DE RÁDIO. BENEPLÁCITO MANTIDO.

MÉRITO. COMPETÊNCIA ALEGADAMENTE PERTENCENTE À JUSTIÇA FEDERAL. ART. 966, II DO CPC. INACOLHIMENTO. OBJETO DO PROCESSO ORIGINÁRIO QUE JUSTIFICA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DISCUSSÃO RELATIVA À SUPOSTA VEICULAÇÃO INDEVIDA DE PROPAGANDA POR RÁDIO COMUNITÁRIA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Em que pese o dever de regulação e fiscalização conferido ao Poder Executivo, compete à Justiça Estadual a apreciação de demandas que visem interromper a atuação irregular de rádios comunitárias quando se discute a veiculação indevida de atos publicitários, com suposta concorrência desleal. À Justiça Federal cabe o exame de lides cujo objeto guarde relação com questões técnicas da radiodifusão (TJSC, Ação Rescisória n. 4017624-58.2017.8.24.0000, de Anita Garibaldi, rel. Des. Hélio David Vieira Figueira dos Santos, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 11-03-2020)

AVENTADA VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI QUE NÃO PROSPERA. AUSÊNCIA DE AFRONTA CLARA, FRONTAL E TERATOLÓGICA AO CONTEÚDO NORMATIVO. DECISÃO RESCISÓRIA QUE APLICOU AO CASO O DIREITO CABÍVEL, COM RESPALDO DE AMPLA JURISPRUDÊNCIA.

INEXISTÊNCIA DE ERRO DE FATO. QUESTÕES EXPRESSAMENTE RESOLVIDAS NO PROCESSO ORIGINÁRIO.

PRETENSÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4027401-33.2018.8.24.0000, da comarca de Tangará Vara Única em que é/são Autor(s) Associação Cultural Comunitária Amigos de Tangará ACCAT e Réu (s) Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão ACAERT.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmo(a)s. Sr(a)s. Desembargador André Luiz Dacol, Desembargador Gerson Cherem II, Desembargadora Rosane Portella Wolff, Desembargador Paulo Ricardo Bruschi, Des. 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 José Maurício Lisboa, Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura, Desembargador Luiz César Medeiros (Presidente com voto), Desembargador Monteiro Rocha, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Marcus Túlio Sartorato, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Desembargador Raulino Jacó Brüning, Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, Desembargadora Denise Volpato, Desembargador Saul Steil, Desembargadora Cláudia Lambert de Faria e Desembargador Rubens Schulz.

Florianópolis, 10 de junho de 2020.

Desembargador André Carvalho
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Rescisória proposta por Associação Cultural Comunitária Amigos de Tangará ACCAT com o fito de rescindir acórdão que confirmou a sentença de parcial procedência proferida nos autos da “*Ação cominatória*” nº 0001547-96.2012.8.24.0071, a qual tramitou perante a Vara Única da Comarca de Campos Novos.

Narra a parte autora que foi ré na referida ação proposta por ACAERT- Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão, onde esta alegou que a rádio comunitária demandada vinha gerando prejuízos aos seus associados, eis que, em desrespeito à legislação aplicável, estaria extrapolando o raio de cobertura autorizado e veiculando propagandas comerciais a baixos preços em abuso de suas prerrogativas. Tramitado o feito, fora primeiramente extinto sem resolução de mérito por reconhecimento da ilegitimidade ativa da autora. A decisão, porém, foi reformada, e, após o retorno dos autos, sobreveio sentença de parcial procedência da ação. Desta decisão, a ACCAT interpôs apelo, o qual restou desprovido pela colenda Segunda Câmara de Direito Civil, em acórdão assim ementado:

DIREITO CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO. ABSTENÇÃO DE VEICULAÇÃO DE PROPAGANDAS COMERCIAIS A “BAIXOS PREÇOS DE MERCADO” - E DE EXTRAPOLAÇÃO DE RAIOS DE COBERTURA. PRETENSÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RE-CURSO DA DEMANDADA DESPROVIDO. “É vedada às rádios comunitárias a veiculação de propaganda de natureza comercial anunciando bens, produtos, preços, condições de pagamentos, ofertas, vantagens e serviços. Demonstrada essa situação, deve ela se abster de transmitir, salvo a divulgação de nome, endereço e contato telefônico dos apoiadores culturais, segundo a legislação vigente” (AC n. 0000846-02.2012.8. 24.0083, Des. João Batista Góes Ulysséa). (TJSC, Apelação Cível n. 0001547-96.2012.8.24.0071, de Tangará, rel. Des. Newton Trisotto, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 22-03-2018).

A ora autora propôs a presente Ação Rescisória, alegando, em síntese, que: a) preliminarmente, faz jus ao beneplácito da Justiça Gratuita, eis que não mais opera/transmite sinais de rádio desde Janeiro de 2017; b) com fulcro no art. 966, II/CPC, que a rescisão merece ser reconhecida, pois há absoluta incompetência da Justiça Comum, nos termos do art. 21 e 223 da Constituição Federal, além do art. 2º da Lei nº 9.612/98, arts. 9, III e 10 do Decreto n. 2.615/98, arts. 3º, 4º, 19, 22 e 59 da Lei n. 9.472/1997; c) que há falta de interesse de agir/carência de ação por parte da ora demandada, uma vez que a pretensão deduzida na inicial traduz objetivo de substituir os órgãos de fiscalização, extrapolando o que é autorizado por seu próprio Estatuto Social; d) a decisão rescidenda viola os arts. 5º, 215 e 220 da Carta Magna, além do Decreto nº 678/92; e) a decisão é contrária às portarias aplicáveis, porquanto *“agora o Ministério estabelece um conceito, em que pese restritivo e contrário ao disposto no art. 15, da Lei 9.612/98 bem como a liberdade de comunicação e expressão insculpidos na CF/88, no Pacto de São José e na Declaração de Chapultepec, o conceito de publicidade comercial com limitação apenas a divulgação de preços e condições de pagamento. Isso não deixa de ser afronta a constituição na medida em que dá aos desiguais, que não possuem acesso as Rádios Comerciais, tratamento igual, inviabilizando seu direito de anunciar e contribuir para o desenvolvimento destas comunidades atendidas pelo serviço”* (fl. 15) e que *“o raio de mil metros se trata apenas de uma medida de proteção as rádios comunitárias, que podem ficar estabelecidas dentro do raio de quatro quilômetros uma da outra, sem qualquer restrição, inclusive para alteração de endereço dentro deste raio de cobertura”* (fl. 14). Colacionou jurisprudência tendente a confirmar seus argumentos.

Ao fim, pugnou pelo deferimento de tutela de urgência para suspender o cumprimento de sentença da decisão rescidenda e que seja a *“presente Ação Rescisória recebida/admitida, processada e julgada a fim de rescindir a decisão ora atacada e efetivar novo julgamento, afastando-se as violações aos artigos 21 e 223, bem como os arts. 5º, IX e 215 da Constituição Federal, com repercussão ao Decreto 678/92, do Pacto de São José da Costa Rica, da Declaração de Chapultepec, da lei 9.612/1998 e os artigos 9 e 10 do Decreto n. 2.615/1998 que veio a regulamentar o serviço de Radiodifusão Comunitária, devidamente explicitado pela Portaria 197/2013 e 4334/15 que a sucedeu, reconhecendo-se a incompetência absoluta desta Justiça Estadual ou, sucessivamente, a absoluta falta de interesse de agir da autora, ora demandada, carecendo da ação, já que trata-se de matéria de competência exclusiva da União e, vencidas as prejudiciais de mérito, seja julgada totalmente improcedente a Ação Cominatória originária, com a total procedência da presente rescisória, inclusive para fins de declarar-se a inconstitucionalidade de todas as normas que contrariem a liberdade de pensamento, comunicação, expressão e informação, notadamente acerca da limitação do conceito de apoio cultural, como medida correta de aplicação da Lei e Justiça”* (fl. 20).

Este Relator proferiu decisão monocrática (fls. 39-50) em que concedeu o beneplácito e indeferiu o pedido de tutela de urgência.

Citada, a requerida apresentou contestação em que repudiou as teses exordiais e pugnou pela revogação da gratuidade da justiça concedida à autora.

É o relatório do essencial.

VOTO

Como visto, cuida-se de Ação Rescisória proposta por Associação Cultural Comunitária Amigos de Tangará ACCAT em face da Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão ACAERT, com o fito de rescindir acórdão que confirmou sentença de parcial procedência lançada nos autos de nº 0001547-96.2012.8.24.0071. A autora alega, em apertada síntese, que a decisão rescidenda (a) foi proferida por juízo absolutamente incompetente; (b) violou manifestamente norma jurídica; e (c) fundou-se em erro de fato verificável do exame dos autos. Outrossim, suscita a Ação Rescisória com fulcro no art. 966, II, V e VIII, do CPC/15.

Este Relator concedeu, em decisão monocrática, justiça gratuita à autora. Considerando-se que a concessão fora impugnada em contestação, promove-se, primeiramente, a análise da questão.

Impugnação à Justiça Gratuita

Em contestação, aduziu a requerida que “*uma vez sendo certo que a rádio demandada atua no segmento comercial, conforme sentença transitada em julgado, não há que se falar em Assistência Judiciária Gratuita, motivo pelo qual pugna-se pela revogação do benefício em questão e condenação da demandante em custas e honorários advocatícios*” (fl. 63). Acrescentou que “*a parte autora tão somente faz por desvirtuar o benefício em questão, apresentando ao judiciário uma série de recursos e agora ações rescisórias que não possuem qualquer novo fundamento jurídico relevante, realidade com a qual não se pode ser conivente*” (fl. 63).

Entretanto, a impugnação não merece prosperar.

É que os réus tecem alegações genéricas atinentes à atividade potencialmente rentável exercida pela autora. As afirmações, entretanto, são insuficientes a desvelar, com a segurança necessária, que a autora possui condições de arcar com os custos do processo sem prejuízo do sustento próprio.

Isto porque, tal qual apontado na decisão concessiva, a parte juntou aos autos declarações indicando que não mais opera no município desde janeiro de 2017, subscritas por Giovani Ângelo Dametto (fl. 32), pelo prefeito Nadir Baú da Silva (fl. 33), pelo presidente da Associação Comercial e Industrial de Tangará- o Sr. Tadeu Henrique Carminati Oneda (fl. 34) e pelo Presidente da Câmara de Vereadores daquela cidade- o sr. Nilvo Antonio Dalla Costa (fl. 35).

Tal situação é corroborada pela análise do magistrado de piso ao acolher a Impugnação à Execução naqueles autos primevos, momento em que consignou restar provado que a rádio não mais opera desde janeiro de 2017:

Em análise aos autos principais e à sentença executada, anoto que é de se acatar os insurgimentos lançados na impugnação ao Cumprimento de Sentença, eis que de fato há cobrança indevida.

No caso em apreço, razão assiste à Impugnante ao defender que é indevido o valor executado, o qual seria referente às astreintes fixadas na sentença publicada em 07/11/2017, isto porque à essa época a Rádio Comunitária não estava mais em funcionamento.

Saliento que às fls. 7/8 e 9/10 estão colacionadas declarações fidedignas, que dão conta de que a Rádio Comunitária Tangaraense não opera mais desde janeiro/2017.

Contudo, encontra-se pontuado pela Impugnada, à fl.20, que a rádio demandada segue fazendo pouco caso da decisão judicial proferida, uma vez que continua a veicular em sua respectiva grade anúncios de natureza comercial, o que, na melhor das hipóteses, é flagrante equívoco da Exequente/Impugnada, pois é fato público e notório que a Rádio Comunitária encerrou suas atividades ainda em janeiro de 2017.

[...]

Ante o exposto, ACOLHO a impugnação à fase de cumprimento de sentença, interposta por ASSOCIAÇÃO CULTURAL COMUNITÁRIA AMIGOS DE TANGARÁ, contra ACAERT ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO e conseqüentemente, JULGO EXTINTA a fase de cumprimento de sentença no que tange à cobrança da astreintes.

Deixo de condenar a Impugnada nas cominações de estilo pela litigância de má-fé, conduta temerária e afronta a dignidade da Justiça .

No entanto, CONDENO a Impugnada ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios do procurador da parte Ante o exposto, ACOLHO a impugnação à fase de cumprimento de sentença, interposta por ASSOCIAÇÃO CULTURAL COMUNITÁRIA AMIGOS DE TANGARÁ, contra ACAERT ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO e conseqüentemente, JULGO EXTINTA a fase de cumprimento de sentença no que tange à cobrança da astreintes.

Deixo de condenar a Impugnada as cominações de estilo pela litigância de má-fé, conduta temerária e afronta a dignidade da Justiça .

No entanto, CONDENO a Impugnada ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios do procurador da parte impugnante, que arbitro em 10% sobre o valor atualizado da impugnação, com fundamento no artigo 85,§ 2º do CPC, considerando a natureza da feito e o trabalho desenvolvido. Intimem-se.

Cumpra-se. (fls. 22-24 dos autos 0001547-96.2012.8.24.0071/00001)

Outrossim, convém reconhecer que, do que se deduz dos autos, e não tendo a parte ré confirmado suas alegações com quaisquer elementos de prova que militem em contrário, a autora não mais exerce atividades que lhe garantam proventos suficientes ao custeio do processo, pelo que se mantém o beneplácito concedido.

Mérito da Ação Rescisória

De início, constata-se que a presente ação rescisória foi proposta dentro do prazo estipulado pelo art. 975 do CPC.

Isso dito, tem-se que, segundo o disposto no art. 966 do CPC, a decisão de mérito transitada em julgado pode ser rescindida quando:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 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.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm - art2

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

Do que se abstrai, a pretensão autoral é fundada nos incisos II, V e VIII do suso mencionado dispositivo. Defende a parte autora (I) a incompetência absoluta da Justiça Comum, eis que os serviços de radiodifusão representam matéria de competência exclusiva da União, sendo que a fiscalização competiria ao Ministério das Comunicações (inciso II) e conseqüente ausência de interesse de agir da ré, que teria agido a revelia da sua esfera de atuação estatutária (inciso VIII); (II) que a decisão, ao deixar de observar disposições do Pacto de São José da Costa Rica, da Constituição Federal, da

Lei n. 9.612/1998, do Decreto n. 2.615/1998 e da Portaria n. 4.334/2015, violou manifestamente normas jurídicas (inciso V).

Estas questões já foram, em sua maioria, submetidas ao longo do processo em que lançado a decisão rescidenda.

Entretanto, a iniciar pela alegada **incompetência (art. 966, inciso II)**, sabe-se que “a ação rescisória é admissível ainda que o impedimento do juiz ou a incompetência absoluta do juízo tenham sido arguidas e resolvidas no processo originário” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1373).

No ponto, suscita a autora a leitura dos artigos 21 e 223 da Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Acrescenta ainda que a Lei nº 9.612/98, os arts. 9 e 10 do Decreto nº 2.615/98 e a Lei nº 9.472/97 demonstram que a matéria é de competência da União, e que, conseqüentemente, recai ao Ministério das Comunicações/ANATEL o poder de fiscalização.

A questão não é inédita neste Sodalício. Entretanto, se assentou o entendimento de que, a despeito do dever de regulação e fiscalização conferido ao Poder Executivo, compete à Justiça Estadual apreciar demandas que visem interromper a atuação irregular de rádios comunitárias na hipótese em que se discute a veiculação indevida de atos publicitários e suposta concorrência desleal- não perquirindo quanto à irregularidade do ato de delegação ou autorização do serviço.

É que a lide em comento não representa quaisquer das hipóteses de competência previstas pelo art. 109 da Constituição Federal, uma vez que não se vislumbra interesse processual da União, autarquia ou de empresa pública federal em causa inibitória desta natureza, onde não se discute a permissão em si, mas o desrespeito de normas legais e regulamentares a prejudicar outras emissoras de rádio.

Em outras palavras, “a despeito da competência conferida ao Poder Executivo para regular e fiscalizar os serviços de radiodifusão, compete ao Poder Judiciário, in casu, especificamente, à Justiça Estadual, o julgamento das demandas cuja finalidade seja fazer cessar a atuação irregular das rádios comunitárias e impedir ocorrência de prejuízos decorrentes de tal conduta às demais emissoras de rádio loca.” (TJSC, Apelação n. 0002600-56.2012.8.24.0025, de Gaspar, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 18-08-2016).

Consoante se extrai do seu estatuto social, a autora é associação civil, sem fins lucrativos, com objetivo social de “*integrar a radiodifusão, na defesa [...] dos direitos dos concessionários e permissionários do serviço de radiodifusão, assim como do livre exercício de suas atividades dentro das garantias constitucionais que lhe são conferidas*” e “*representar seus associados judicial ou extrajudicialmente pelo simples ato de filiação, junto aos órgãos federais, estaduais e municipais, legitimando-a com os poderes da cláusula “ad judice”, perante o Poder Judiciário em todas as suas esferas*” (fl. 69).

E, “*alegado prejuízo a afiliadas em razão de ato decorrente da atuação de rádio comunitária e autorizada a agir, como substituta processual, nos termos de seu estatuto social, evidencia-se a legitimidade ativa ad causam de associação de emissoras de rádio, eis que a atuação, em tal contexto, não se restringe apenas ao Ministério das Comunicações e à ANATEL.*” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.076348-7, de Ibirama, rel. Des. Henry Petry Júnior Quinta Câmara de Direito Civil, j. 10-12-2015).

Outrossim, considerando-se que as práticas alegadamente ilícitas aventadas violam direitos dos associados da aqui requerida, confirma-se a legitimidade ativa desta naquela ação inibitória, bem como a competência da Justiça Estadual para apreciar o feito.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA EM FACE DE RÁDIO COMUNITÁRIA. EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE DE ABRANGÊNCIA, VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA COMERCIAL, CAPTAÇÃO DE PATROCINADORES FORA DA ÁREA PERMITIDA E DISPONIBILIZAÇÃO DE CONTEÚDO VIA INTERNET. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. RECURSO DA AUTORA ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO (ACAERT). LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. **AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO QUANTO À CONCESSÃO OU OUTORGA. MATÉRIA DEBATIDA CUJA COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA NÃO ESTÁ ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES E DA ANATEL.** SUPOSTA PRÁTICA DE ATIVIDADES ILÍCITAS PELA RECORRIDA QUE VIOLAM DIREITOS DOS ASSOCIADOS DA APELANTE. PREVISÃO ESTATUTÁRIA PARA PLEITEAR DIREITOS DOS ASSOCIADOS EM JUÍZO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. SENTENÇA CASSADA. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO (ART. 515, § 3º DO CPC/73). NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. “A Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão (ACAERT), na qualidade de substituta processual, é parte com legítima para figurar em Juízo na proteção dos interesses de seus afiliados contra atos praticados por terceiros que importem em violação às normas legais”. (AC n. 0002600-56.2012.8.24.0025, Rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 18/8/2016)”. (AC 0001926-28.2012.8.24.0074, Rel. Des. Rodolfo Tridapalli, j. 21/9/2017). HONORÁRIOS RECURSAIS. INVIABILIDADE. SENTENÇA PROLATADA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0002943-41.2012.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. Des. Selso de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 29-11-2018-grifei).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. RÁDIO COMUNITÁRIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE RÉ. PRELIMINAR. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. INACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. TUTELA INIBITÓRIA EM FAVOR DE OUTRAS EMISSORAS DE RÁDIO. ART. 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. “A despeito da competência conferida ao Poder Executivo para regular e fiscalizar os serviços de radiodifusão, compete ao Poder Judiciário, in casu, especificamente, à Justiça Estadual, o julgamento das demandas cuja finalidade seja fazer cessar a atuação irregular das rádios comunitárias e impedir ocorrência de prejuízos decorrentes de tal conduta às demais emissoras de rádio local.” (TJSC, Apelação n. 0002600-56.2012.8.24.0025, de Gaspar, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 18-08-2016). MÉRITO. PRETENSO ALCANCE SUPERIOR DO RAIO DE ATUAÇÃO DA RÁDIO COMUNITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO FUNDADA EM NORMA NÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL E QUE SEQUER SUBSISTE. ADEMAIS, CRITÉRIOS QUE PERMITIRIAM A EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE DE ÁREA SUJEITO À AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE. INVIABILIDADE DE AFERIÇÃO DA DISTÂNCIA PERMITIDA NO CASO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0000346-80.2013.8.24.0056, de Santa Cecília, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 18-10-2018-grifei).

APELAÇÕES CÍVEIS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. RÁDIO COMUNITÁRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. - SENTENÇA TERMINATIVA NA ORIGEM. (1) **COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL.**

- Compete à Justiça Estadual o julgamento de ações que, conquanto envolvam transmissões realizadas por rádio comunitária, almejam apenas a cessação de prejuízos decorrentes de suposta atuação irregular, e não debatem, por conseguinte, o ato de delegação ou de autorização, nem configuram fiscalização pura e simples, a ensejar o interesse de ente federal.

(2) **COMPETÊNCIA. CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. NÃO DEBATIDA A AUTORIZAÇÃO PARA PRESTAÇÃO DE ATIVIDADE DE RADIODIFUSÃO. MATÉRIA CIVIL. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL.**

- Nos termos de precedente do Órgão Especial, compete às Câmaras de Direito Civil decidir conflitos que envolvem transmissões realizadas por rádio comunitária, se ausente debate a respeito da autorização dos serviços de radiodifusão. [...]

SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RECURSO DA AUTORA PROVIDO E PREJUDICADO O DA RÉ E DE SEU CAUSÍDICO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.076348-7, de Ibirama, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 10-12-2015-grifei).

Logo, não há de se falar em decisão prolatada por juízo incompetente.

Com relação ao fundamento relativo à **violação a literal dispositivo de Lei (art. 966, inciso V)**, diz-se que tal hipótese de cabimento “*tem como fundamento o erro crasso do juízo na aplicação do direito no caso concreto*”. Nessa toada, “*não é qualquer violação de lei que admite o ingresso da ação rescisória, entendendo a melhor doutrina e a jurisprudência que a literal violação exige que no momento de aplicação da norma por meio da decisão judicial não exista interpretação controvertida nos tribunais [...] Note-se que a divergência deve ser real, ou seja, que efetivamente haja quantidade significativa de decisões fundadas em diferentes interpretações*” (NEVES, Daniel Amorim

Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1471-1472).

As parcas explicações sobre a motivação para que a decisão rescidenda enquadre-se nessa hipótese de cabimento antecipam a impropriedade do pleito.

Dispõe o autor que a Constituição Federal estabelece princípios norteadores da Comunicação Social, em resguarda à livre manifestação, o que é também previsto pelo Pacto de São José da Costa Rica, de tal forma que a decisão rescidenda estaria a violar os arts. 5º, 125 e 220 da CF, o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, a Declaração de Chaultepec e julgados do STF a demandar mínima intervenção na atividade da autora. Acrescenta ainda que a regulamentação da cobertura restrita contraria a liberdade de comunicação e expressão insculpidos na normativa anteriormente aludida, sendo que “*o poder judiciário não pode fechar os olhos assim à uma comunidade, milhares de cidadãos que pagam impostos e querem o seu desenvolvimento social, em prol do bolso de investidores que utilizam os meios de comunicação para alienação social, mormente quando o serviço de radiodifusão comunitária é o único na localidade*” (fl. 15).

Ora, considerando-se que a violação de dispositivo de lei a justificar o manejo da Ação Rescisória deve representar evidente e explícita má aplicação do Direito, não se constata na decisão rescidenda violação desta ordem, eis que a mesma encontra-se fundamentada em dispositivos cuja aplicabilidade não se demonstram contrários às garantias legais suso ventiladas e estão em consonância com a jurisprudência deste Sodalício em feitos semelhantes.

Tanto a sentença, quanto o acórdão que a confirma dispõem claramente haver previsões legais que limitam a propagação da rádio comunitária, as quais possuem o fito de permitir que cada comunidade possua a sua rádio. E que, de forma a preservar o seu caráter comunitário, a licença para operação de rádios comunitárias é concedida para associações e fundações sem fins lucrativos, sendo que a legislação pertinente concede a estes órgãos benefícios fiscais, como isenções tributárias, ao contrário das outras rádios, de tal forma que proíbe-se às rádios comunitárias divulgarem propagandas e publicidades comerciais, limitando-as aos apoios culturais. Concluiu-se, abalizados nessas premissas, que a ré, ora autora, estava exercendo irregularmente atividades publicitárias de natureza comercial no âmbito de atuação, o que usurparia irregularmente o espaço das rádios comerciais.

A existência da garantia, em nosso ordenamento jurídico, à livre manifestação não representa inibição ao exercício de limitações tais quais as estabelecidas, de forma que a fundamentação, tanto mais em sede rescisória, não aponta para qualquer violação a literal dispositivo de lei.

A decisão, ademais, como dito, encontra-se em consonância com ampla jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (CPC/1973, ART. 267, VI). INSURGIMENTO DA REQUERENTE. ADUZIDA LEGITIMIDADE ATIVA. TESE ACOLHIDA. ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO - ACAERT. OBJETIVO SOCIAL QUE NÃO SE CONFUNDE COM AS ATRIBUIÇÕES PERTENCENTES À AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATELE A MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES

(ANEXO DO DECRETO 2.615/1998, ARTS. 9º E 10). CAUSA MADURA. IMEDIATO ENFRENTAMENTO DO MÉRITO (CPC/1973, ART. 515, § 3º). PRECEDENTES. - “Autorizado pela Constituição da República de 1988 o ajuizamento de demandas por entidades associativas em substituição a seus associados (art. 5º, XXI), desde que autorizadas em seus atos constitutivos, e suscitadas pela associação legitimada possíveis interferências indevidas na prestação dos serviços de radiodifusão comunitária, não se pode obstar prematuramente o exercício do direito de ação, em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988) e disposições dos arts. 1º e 18 da Lei n. 9.612/1998” (TJSC, Apelação Cível n. 0006642-80.2012.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Luiz Felipe Schuch, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 26-2-2018). - Havendo a possibilidade de imediato enfrentamento das preambulares remanescentes e do mérito, inexistente óbice para o tribunal de justiça, após reformar sentença terminativa, analisá-los em sequência, forte no art. 515, § 3º, do CPC/1973, que disciplina a teoria da causa madura. PRELIMINARES PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. IMPERTINÊNCIA. PEDIDO DE LIMITAÇÃO DO SINAL DA ANTENA TRANSMISSORA. PREVISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. ADEMAIS, NECESSIDADE E UTILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. FISCALIZAÇÃO DE ATIVIDADE IRREGULAR PELA ASSOCIAÇÃO DE CLASSE. ESTATUTO. INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. MÉRITO. VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA COMERCIAL. VEDAÇÃO. RÁDIO COMUNITÁRIA. POSSIBILIDADE, TÃO SOMENTE, DE PROPAGAÇÃO DO APOIO CULTURAL RECEBIDO. REQUERIDA QUE MENCIONA EXPRESSAMENTE OS SERVIÇOS, PRODUTOS E OFERTAS DOS PATROCINADORES. PENALIDADE. MULTA. - É vedada a veiculação de propaganda comercial pelas rádios comunitárias, disciplinadas pela Lei 9.612/1998, admitido tão somente o patrocínio sob a forma de apoio cultural (art. 18). LIMITAÇÃO DO SINAL CONFERIDO PARA A ANTENA TRANSMISSORA (UM QUILOMETRO). DIFUSÃO DA RÁDIO ALÉM DO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE TRANSPOSIÇÃO DO REFERIDO LIMITE EM RAZÃO DE PECULIARIDADES GEOGRÁFICAS E URBANÍSTICAS. - Além de não comprovada a transposição do limite de um quilômetro de cobertura da rádio (CPC/1973, art. 333, I), características geográficas e urbanísticas permitem a sobreposição da referida baliza, consoante o item 3.2.1 do Anexo à Portaria 462/2011 do Ministério das Comunicações - então em voga. MANUTENÇÃO DE WEBSITE. IMPOSSIBILIDADE. ALCANCE INDETERMINADO MEDIANTE A DIFUSÃO DA PROGRAMAÇÃO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. RESTRIÇÃO. - A reprodução on-line da programação em website próprio da rádio comunitária conflita com a finalidade para a qual restou criada, a difusão sonora de baixa potência e cobertura restrita em localidade específica, haja vista a consecução de um número incontável de ouvintes na rede mundial de computadores. CONTRARRAZÕES. SUSCITADA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PROCEDER DE MODO TEMERÁRIO (CPC/1973, ART. 17, V). TESE NÃO ACOLHIDA. AUSÊNCIA DE CONDUTA IMPRUDENTE OU AUDACIOSA DA REQUERENTE. - O reconhecimento da litigância de má-fé em decorrência de “proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo” (CPC/1973, art. 17, V) impescinde de conduta imprudente ou arriscada do litigante dito desleal, hipótese não verificada in casu, mormente se acolhido em parte os pleitos inaugurais. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0001507-31.2012.8.24.0034, de Itapiranga, rel. Des. Álvaro Luiz Pereira De Andrade, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 06-12-2018).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA EM FACE DE RÁDIO COMUNITÁRIA. EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE DE ABRANGÊNCIA, VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA COMERCIAL, CAPTAÇÃO DE PATROCINADORES FORA DA ÁREA PERMITIDA E DISPONIBILIZAÇÃO DE CONTEÚDO VIA INTERNET. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM APRECIÇÃO DO MÉRITO. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. RECURSO DA AUTORA ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO (ACAERT). LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. AUSÊNCIA DE DISCUSSÃO QUANTO À CONCESSÃO OU

OUTORGA. MATÉRIA DEBATIDA CUJA COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA NÃO ESTÁ ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES E DA ANATEL. SUPOSTA PRÁTICA DE ATIVIDADES ILÍCITAS PELA RECORRIDA QUE VIOLAM DIREITOS DOS ASSOCIADOS DA APELANTE. PREVISÃO ESTATUTÁRIA PARA PLEITEAR DIREITOS DOS ASSOCIADOS EM JUÍZO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA. SENTENÇA CASSADA. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO (ART. 515, § 3º DO CPC/73). NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. “A Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão (ACAERT), na qualidade de substituta processual, é parte com legítima para figurar em Juízo na proteção dos interesses de seus afiliados contra atos praticados por terceiros que importem em violação às normas legais”. (AC n. 0002600-56.2012.8.24.0025, Rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 18/8/2016)”. (AC 0001926-28.2012.8.24.0074, Rel. Des. Rodolfo Tridapalli, j. 21/9/2017). HONORÁRIOS RECURSAIS. INVIABILIDADE. SENTENÇA PROLATADA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0002943-41.2012.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. Des. Selso de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 29-11-2018).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. RÁDIO COMUNITÁRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE AUTORA. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGADA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA ORAL E DE INSPEÇÃO JUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU TÃO SOMENTE A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL NÃO AGRAVADA. PRECLUSÃO. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 473 E 522 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. “Na vigência do CPC/73, a falta de impugnação oportuna de decisão interlocutória concernente à produção de prova por agravo, seja na forma retida ou por instrumento, ensejava a preclusão, inviabilizando invocar-se posteriormente a matéria em sede de apelação (CPC/73 artigos 473 e 522)”. (TJSC, Apelação Cível n. 0009549-33.2007.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 24-05-2018). MÉRITO. DESCUMPRIMENTO DOS LIMITES LEGAIS E REGULAMENTARES DAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS. INOCORRÊNCIA. PROPAGANDA DE CUNHO COMERCIAL NÃO COMPROVADA. ANÚNCIOS SOB O RÓTULO DE APOIO CULTURAL POSSÍVEIS (ART. 18 DA LEI N. 9.612/1998 E ART 32 DO DECRETO N. 2.615/1998). OUTROSSIM, AVENTADA EXTRAPOLAÇÃO DA ÁREA DE CAPTAÇÃO DOS PATROCINADORES OU APOIADORES NÃO EVIDENCIADA. PROVA PERICIAL NÃO PRODUZIDA POR INÉRCIA DA AUTORA. PODER INSTRUTÓRIO DO MAGISTRADO QUE NÃO RETIRA O ÔNUS PROCESSUAL DAS PARTES (ARTS. 130 E 333, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973). MANUTENÇÃO. “Os poderes instrutórios que competem ao magistrado (artigo 130, do CPC) não devem sobrepor-se aos interesses manifestados pelas partes ao longo do trâmite processual e são influenciados pela preclusão consumativa decorrente de concordância tácita em relação à desnecessidade de dilação probatória superior.” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.080398-7, de Lages, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 24-09-2015). RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0000545-66.2012.8.24.0144, de Rio do Oeste, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 18-10-2018).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA MOVIDA POR ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO (ACAERT) CONTRA RÁDIO COMUNITÁRIA. VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA COMERCIAL, EXTRAPOLAÇÃO DO RAIOS DE COBERTURA COM CAPTAÇÃO PUBLICITÁRIA E MANUTENÇÃO DE WEBSITE NA INTERNET. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÁDIO COMUNITÁRIA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INSUBSISTÊNCIA. ASSOCIAÇÃO

DE RÁDIOS COMERCIAIS QUE POSSUI LEGITIMIDADE E INTERESSE PARA DISCUTIR, SOB A ALEGAÇÃO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL, A POSSÍVEL VIOLAÇÃO DA EMISSORA DE RÁDIO COMUNITÁRIA ÀS NORMAS TÉCNICAS QUE LIMITAM O SEU FUNCIONAMENTO. PRELIMINARES AFASTADAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE CHAPULTEPEC E DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. INOVAÇÃO RECURSAL. PEDIDO NÃO VENTILADO EM SEDE DE CONTESTAÇÃO. PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE OBJETIVA DA LIDE. ANÁLISE DO APELO PREJUDICADA NO PONTO. MÉRITO. INSURGÊNCIA CONTRA DECISÃO QUE LHE IMPEDIU DE VEICULAR PUBLICIDADE DE CUNHO COMERCIAL, BEM COMO LIMITOU SUA ÁREA DE ABRANGÊNCIA E DE CAPTAÇÃO DE PATROCÍNIO E APOIO CULTURA. INSUBSISTÊNCIA. RÁDIOS COMUNITÁRIAS QUE DEVEM SE SUBMETER AOS DITAMES DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA A FIM DE INIBIR A CONCORRÊNCIA DESLEAL. INCONTROVERSA EXPLORAÇÃO DE PROPAGANDA COMERCIAL PELA EMISSORA REQUERIDA. NECESSIDADE DE RESTRINGIR SUA ATUAÇÃO ÀS FINALIDADES INTRÍNSECAS DAS RÁDIOS COMUNITÁRIAS. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA PARA LIMITAR O ALCANCE DAS ONDAS DE RÁDIO. PREVALÊNCIA DA LIMITAÇÃO DO RAIOS DE UM QUILOMETRO ESTIPULADO PELO DECRETO N. 2.615/98. EVENTUAL AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO PARA ALÉM DOS LIMITES LEGAIS QUE DEVE SER REQUERIDA À AUTORIDADE COMPETENTE. INAPLICABILIDADE, ADEMAIS, DA PORTARIA 4334/2015/SEI-MC AO CASO, PORQUANTO POSTERIOR AOS FATOS DEBATIDOS NA AÇÃO. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA, EX VI DO ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SOBRESTADA, CONTUDO, A EXIGIBILIDADE POR SEREM OS AUTORES BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA EXTENSÃO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0002930-62.2012.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 11-09-2018).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. RÁDIO COMUNITÁRIA. SERVIÇOS DE RÁDIO DIFUSÃO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, NOS TERMOS DO ARTIGO 267, INCISO VI, DO CPC/73. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL E LEGITIMIDADE ATIVA. RECURSO DA AUTORA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. FALTA DE DIALETICIDADE. MATÉRIA SEQUER ABORDADA DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL, NÃO HAVENDO IGUALMENTE INTERESSE RECURSAL, EM SUA ANÁLISE. NÃO CONHECIMENTO DO PONTO. ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO (ACAERT). DEMANDA QUE OBJETIVA A PROTEÇÃO DOS INTERESSES DE SEUS ASSOCIADOS. SUPOSTA PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. PRETENSÃO LIMITAÇÃO AO RAIOS DE COBERTURA DA TRANSMISSÃO E PROIBIÇÃO DE SE VEICULAR PROPAGANDA DE CUNHO COMERCIAL. LEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE DE AGIR RECONHECIDOS. ENTENDIMENTO PACIFICADO POR ESTA CORTE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA MADURA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA INSTRUÇÃO DO FEITO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA, PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0000975-55.2012.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 12-03-2018).

Com relação ao **erro de fato (art. 966, inciso VIII)** apto ao manejo da Ação rescisória, tem-se que, segundo José Carlos Barbosa, quatro pressupostos não de concorrer para que dê causa à rescindibilidade:

a) que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem ele a conclusão do juiz houvesse de ser diferente; b) que o erro seja apurável mediante o simples exame dos documentos e mais peças dos autos, não se admitindo de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz, ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente; c) que 'não tenha havido controvérsia' sobre o fato (§ 2º); d) que sobre ele tampouco tenha havido 'pronunciamento judicial' (§ 2º)." (José Carlos Barbosa Moreira, in Comentários ao CPC, Volume V - Arts. 476 a 565, 11ª ed., Ed. Forense, págs. 148/149).

À luz do ensinamento, tampouco há de se falar em erro de fato aferível através da fundamentação apresentada a este juízo, mormente nenhuma das alegações vertidas representa equívoco factual comprovável pelos documentos dos autos e que não fora objeto de discussão no processo originário.

Anote-se, no ponto, que a alegada carência de ação- com relação à dita ausência de interesse de agir da ACAERT (autora naquela lide)- tampouco representa erro de fato, mormente fora escorreitamente debatida e decidida previamente naqueles autos. Vale dizer, inclusive, que foi reconhecida em sentença a ilegitimidade ativa da ACAERT, tendo tal sido objeto de reforma por este Tribunal de Justiça, consignando que:

Os pedidos formulados na demanda não se confundem com a atuação da ANATEL e dos Ministérios das Comunicações, a quem incumbe a fiscalização das atividades técnicas das rádios comunitárias, a teor do art. 21, inciso XII, da Constituição Federal e do Decreto 2.615/1998.

O fato da fiscalização não estar sendo cumprida, ou desconhecido o seu resultado, não obsta a possibilidade de os prejudicados pela atuação indevida das rádios comunitárias, nos termos da Lei n. 9.612/1998, procurar a tutela jurisdicional para defender seus direitos, especialmente quanto ao raio territorial de atuação das mencionadas rádios e, também, quanto a captação de patrocínios.

Convém destacar que a Autora é associação que congrega as emissoras de rádio e televisão no Estado de Santa Catarina, surgindo seu interesse na proteção e defesa de seus associados. E, nesta defesa, insere-se a representação judicial contra aqueles que supostamente infringirem as normas, merecendo destaque o respectivo Estatuto em seu art. 1º, "c" (fl. 46):

Art. 1º. A associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão - ACERT, é uma associação civil sem fins econômicos, com sede e foro no Município de Florianópolis, Estado de Santa Catarina, com duração por prazo indeterminado e o seguinte objetivo social:

[...]

c)- representar seus associados judicial ou extrajudicialmente pelo simples ato de filiação, junto aos órgãos federais, estaduais e municipais, legitimando-a com os poderes da cláusula 'ad iudice', perante o Poder Judiciário em todas as suas esferas;

Portanto, a associação Apelante detêm a legitimação e interesse para defender seus associados contra as rádios comunitárias que violarem seus direitos.” (grifei)

Portanto, a exordial não apresenta razões aptas a justificar a rescisão da decisão atacada. A improcedência da demanda, outrossim, é medida que se impõe.

Ainda, a corroborar a decisão lançada, anote-se que demanda semelhante restou resolvida recentemente por este Grupo de Câmaras de Direito Civil, ocasião em que também se entendeu pela ausência de motivação hábil à rescisão da coisa julgada. Consigno a ementa do lauto voto:

AÇÃO RESCISÓRIA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO, MANIFESTA VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA E ERRO DE FATO (ART. 966, INCISOS II, V E VIII, RESPECTIVAMENTE, DO CPC). HIPÓTESES DE RESCISÃO DA SENTENÇA NÃO VERIFICADAS. OBJETO DO PROCESSO ORIGINÁRIO QUE JUSTIFICA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DISCUSSÃO RELATIVA À SUPOSTA VEICULAÇÃO INDEVIDA DE PROPAGANDA POR RÁDIO COMUNITÁRIA. PRECEDENTES DESTA CORTE. Em que pese o dever de regulação e fiscalização conferido ao Poder Executivo, compete à Justiça Estadual a apreciação de demandas que visem interromper a atuação irregular de rádios comunitárias quando se discute a veiculação indevida de atos publicitários, com suposta concorrência desleal. À Justiça Federal cabe o exame de lides cujo objeto guarde relação com questões técnicas da radiodifusão. SENTENÇA RESCINDENDA QUE APLICOU AO CASO CONCRETO O DIREITO CABÍVEL, DESTACANDO A LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA PERTINENTES. Para autorizar o acolhimento de pleito rescisório com base no inciso V do art. 966 do CPC, a lesão há de ser independente de possíveis interpretações da legislação e dos fatos discutidos, pois não cabe nesta ação o reexame das provas do feito originário. 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. (TJSC, Ação Rescisória n. 4017624-58.2017.8.24.0000, de Anita Garibaldi, rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 11-03-2020).

Ante o exposto, improcedente a ação rescisória.

Condena-se a autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que fixo, equitativamente, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), à luz do art. 85, II do CPC, em especial frente à baixa complexidade da causa. Anoto que a fixação equitativa se justifica ante o diminuto valor atribuído à causa e a ausência de condenação ou proveito econômico aferível. Ressalvada a suspensão da exigibilidade das verbas em razão do deferimento da gratuidade de custas, nesta decisão mantida.

É o voto.

Ação Rescisória n. 4017624-58.2017.8.24.0000, de Anita Garibaldi

Relator: Des. Hélio David Vieira Figueira dos Santos

AÇÃO RESCISÓRIA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO, MANIFESTA VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA E ERRO DE FATO (ART. 966, INCISOS II, V E VIII, RESPECTIVAMENTE, DO CPC). HIPÓTESES DE RESCISÃO DA SENTENÇA NÃO VERIFICADAS.

OBJETO DO PROCESSO ORIGINÁRIO QUE JUSTIFICA A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. DISCUSSÃO RELATIVA À SUPOSTA VEICULAÇÃO INDEVIDA DE PROPAGANDA POR RÁDIO COMUNITÁRIA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

Em que pese o dever de regulação e fiscalização conferido ao Poder Executivo, compete à Justiça Estadual a apreciação de demandas que visem interromper a atuação irregular de rádios comunitárias quando se discute a veiculação indevida de atos publicitários, com suposta concorrência desleal. À Justiça Federal cabe o exame de lides cujo objeto guarde relação com questões técnicas da radiodifusão.

SENTENÇA RESCINDENDA QUE APLICOU AO CASO CONCRETO O DIREITO CABÍVEL, DESTACANDO A LEGISLAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA PERTINENTES.

Para autorizar o acolhimento de pleito rescisório com base no inciso V do art. 966 do CPC, a lesão há de ser independente de possíveis interpretações da legislação e dos fatos discutidos, pois não cabe nesta ação o reexame das provas do feito originário.

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.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4017624-58.2017.8.24.0000, da comarca de Anita Garibaldi Vara Única em que é Autor Associação de Rádio Difusão Comunitária Alegria de Anita Garibaldi e Réu Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão ACAERT.

A Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, julgar improcedente a ação rescisória.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador José Agenor de Aragão, Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Desembargadora Haidée Denise Grin, Desembargador Selso de Oliveira, Desembargador Osmar Nunes Júnior, Desembargador Luiz Felipe Schuch, Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura, Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Fernando Carioni, Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Desembargador Raulino Jacó Brüning, Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, Desembargadora Denise Volpato, Desembargador Saul Steil, Desembargador André Carvalho, Desembargador

Jorge Luis Costa Beber, Desembargador André Luiz Dacol, Desembargador Gerson Cherem II e Desembargadora Rosane Portella Wolff.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Desembargador Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 12 de fevereiro de 2020.

Helio David Vieira Figueira dos Santos
Relator

RELATÓRIO

Associação de Rádio Difusão Comunitária Alegria de Anita Garibaldi propôs a presente ação rescisória contra Associação Catarinense de Emissoras de Rádio e Televisão ACAERT, almejando rescindir sentença do juízo da Vara Única da Comarca de Anita Garibaldi, dos autos n. 0000839-56.2012.8.24.0003, que, em tese, a) foi proferida por juízo absolutamente incompetente; b) violou manifestamente norma jurídica; e c) fundou-se em erro de fato verificável do exame dos autos (art. 966, II, V e VIII, do CPC).

Na petição inicial, a autora narrou ter sido demandada pela ré em ação cominatória, porque estaria causando prejuízos aos associados e violando a legislação, por utilizar a propaganda de forma indevida e sem respeitar o limite de abrangência de cobertura (mil metros a partir da antena transmissora), captando, com fins lucrativos, campanhas publicitárias de empresas localizadas em distância superior ao raio permitido e praticando, assim, concorrência desleal. Relatou que a pretensão foi julgada parcialmente procedente, para determinar que se abstinhasse de “*veicular propagandas de natureza comercial, jingles, trilha sonora, endereço, mencionar preços, telefones, produtos e serviços, ou ainda qualquer outra informação de cunho comercial, restringindo-se somente ao que se entende como apoio cultural*”, sob pena de multa diária de R\$ 200,00, até R\$ 20.000,00, para o caso de descumprimento, ordem esta mantida pela Quinta Câmara de Direito Civil desta Corte por ocasião do julgamento do recurso de apelação interposto pela rádio comunitária.

Para justificar a propositura desta ação rescisória, defendeu, inicialmente, que há incompetência absoluta da Justiça Estadual para a apreciação da controvérsia originária, pois incumbe à Anatel o poder de polícia e fiscalização da prestação dos serviços de rádios comunitárias, não podendo um ente privado, como a Acaert, interferir no direito de comunicação, expressão e informação.

Além disso, referiu que a associação não demonstrou o interesse de agir, porque não comprovou que estava autorizada a representar seus associados, ou que estes foram realmente prejudicados pelos serviços da autora.

Aduziu, ainda, que já responde, perante a agência reguladora, a processo administrativo que versa sobre os mesmos fatos, estando submetida, então, à dupla penalização.

Disse, ademais, que a sentença que pretende rescindir infringe diversos diplomas normativos, de natureza constitucional, legal e infralegal, como o Pacto de São José da Costa Rica, a Constituição Federal, a Lei n. 9.612/1998, o Decreto n. 2.615/1998 e a Portaria n. 4.334/2015.

Requeru, assim, além da manutenção do benefício da gratuidade da justiça, deferido no processo de origem, a rescisão da decisão atacada e a prolação de novo julgamento, para a) reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Estadual, ou a falta de interesse de agir da Acaert; e b) subsidiariamente, julgar improcedente a ação cominatória originária, inclusive com a declaração de inconstitucionalidade de todas as normas que contrariem a liberdade de pensamento, comunicação, expressão e informação, notadamente acerca do conceito de apoio cultural.

A benesse foi concedida pelo Relator anterior, Des. Rodolfo Tridapalli (p. 36/37).

Depois, incidentalmente, a autora pediu a concessão da tutela de urgência, para suspender o cumprimento da sentença debatida (p. 43/51), o que foi negado (p. 52/53).

Citada (p. 40), a ré não apresentou contestação (p. 41)

A Procuradoria de Justiça, intimada (p. 62/63), manifestou desinteresse no feito (p. 66/67).

Este é o relatório.

VOTO

As hipóteses de cabimento da ação rescisória encontram previsão no art. 966 do CPC, *in verbis*:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

A autora fundamenta seu pedido nos incisos II, V e VIII.

De pronto, interessa observar que todas as suas alegações, à exceção da atinente ao suposto *bis in idem*, já foram aventadas (e afastadas) no processo originário.

Embora a requerente não explique como o caso se subsumiria aos incisos V e VIII, parece defender, pelo que se infere de suas razões, que a sentença rescindenda, ao deixar de observar disposições do Pacto de São José da Costa Rica, da Constituição Federal, da Lei n. 9.612/1998, do Decreto n. 2.615/1998 e da Portaria n. 4.334/2015, violou manifestamente normas jurídicas (inciso V), e, ao não extinguir o feito por carência de ação e ao decretar penalização dupla, incidiu em erro de fato (inciso VIII).

1. Inicialmente, em relação à tese de incompetência, pertinente relembrar que “*a ação rescisória é admissível ainda que o impedimento do juiz ou a incompetência absoluta do juízo tenham sido arguidas e resolvidas no processo originário*” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1373).

Com efeito, conforme bem referenciado no acórdão que manteve a sentença rescindenda (p. 690/708 do processo originário), em que pese o dever de regulação e fiscalização conferido ao Poder Executivo, compete à Justiça Estadual a apreciação de demandas que visem interromper a atuação irregular de rádios comunitárias quando se discute a veiculação indevida de atos publicitários, com suposta concorrência desleal.

À Justiça Federal cabe o exame de lides cujo objeto guarde relação com questões técnicas da radiodifusão, que não é o caso dos autos de origem.

Nesse sentido é o posicionamento deste Tribunal:

AÇÃO COMINATÓRIA. RÁDIO COMUNITÁRIA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. PROPALADA ATRIBUIÇÃO FISCALIZATÓRIA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES E ANATEL. PREFACIAL REJEITADA. ARTS. 1º, 3º E 18 DA LEI N. 9.612/98 E ART. 32 DO DECRETO N. 2.615/98. [...] RECURSO DESPROVIDO. **Não estando o debate relacionado a aspectos técnicos da difusão sonora, mas sim afeito à utilização indevida de propaganda, com danos à concorrência das demais rádios, não se trata de matéria cuja competência fiscalizatória encontra-se dentro das atribuições do Ministério das Comunicações ou Anatel, nos termos da Lei n. 9.472/97, a ponto de justificar a consequente remessa do feito à Justiça Federal.** [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2015.032240-7, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 15-09-2015) [grifou-se].

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. RÁDIO COMUNITÁRIA. PROIBIÇÃO DE VEICULAÇÃO DE PROPAGANDA COMERCIAL, CAPTAÇÃO DE PATROCINADORES FORA DA ÁREA PERMITIDA, COBERTURA ALÉM DO RAIO DE 1.000 METROS A PARTIR DA ANTENA TRANSMISSORA E DISPONIBILIZAÇÃO DE CONTEÚDO VIA INTERNET. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. [...] RECURSO PROVIDO. I - **A despeito da competência conferida ao Poder Executivo para regular e fiscalizar os serviços de radiodifusão, compete ao Poder Judiciário, in casu, especificamente, à Justiça Estadual, o julgamento das demandas cuja finalidade seja fazer cessar a atuação irregular das**

rádios comunitárias e impedir ocorrência de prejuízos decorrentes de tal conduta às demais emissoras de rádio local. [...] (TJSC, Apelação n. 0002600-56.2012.8.24.0025, Rel. Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 18-08-2016) [grifou-se].

Logo, não havia justificativa para que o feito fosse remetido à esfera federal de jurisdição.

2. Há muito é cediço que “*na ação rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC, a violação de dispositivo de Lei deve ser literal, frontal, evidente, dispensando o reexame dos fatos da causa*” (STJ, AR 2.452/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 3ª Seção, j. 08.09.2004). Portanto, a violação que justifica a procedência da rescisória nesta hipótese não decorre de possíveis interpretações nem depende dos fatos discutidos; deve ser visível e consiste em “*erro crasso do juízo na aplicação do direito no caso concreto*” (AMORIM, Daniel Assumpção Neves. *Manual de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1471).

No mesmo sentido, veja-se, desta Corte: TJSC, Ação Rescisória n. 4016031-23.2019.8.24.0000, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 27-11-2019; TJSC, Ação Rescisória n. 4008458-02.2017.8.24.0000, Rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, j. 12-12-2018.

Na hipótese, não se constata na atuação do magistrado de origem, ratificada por este Tribunal, violação dessa natureza. A sentença e o acórdão rescindendo aplicaram ao caso concreto normas cabíveis e pertinentes, o que por si só já afasta a arguição da autora.

A decisão atacada examinou com profundidade a extensão do direito à liberdade de expressão, compreendendo não haver ofensa a essa garantia constitucional (p. 966/700). Da mesma forma, tratou com cuidado do conceito de apoio cultural em contraposição à vedação ao caráter comercial da publicidade pelas rádios comunitárias, cotejando a legislação pertinente, especialmente a de caráter administrativo, e concluindo que a ré, ora autora, estava exercendo irregularmente atividades publicitárias de natureza comercial no âmbito de atuação, o que usurparia o espaço das rádios comerciais.

3. Outrossim, não é o caso de se reconhecer a existência de erro de fato. Olvida-se a autora que tal alegação, para amparar o pedido rescisório, deve referir-se a circunstâncias que, aventadas, não foram levadas em consideração pelo juízo à época, embora fossem cruciais para a análise da controvérsia. É o que se infere do § 1º do supracitado art. 966, *in verbis*:

§ 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.

Nesse sentido, ensina-nos Pontes de Miranda, examinando o dispositivo semelhante que constava no CPC/73:

O art. 485, § 2º fez indispensável, em se tratando de erro quanto a existência ou a inexistência do fato, que não tivesse havido controvérsia entre as partes e interessados, o que teria permitido investigação suficiente, nem pronunciamento judicial sobre o erro. Tem-se de perguntar se afastaria a incidência do art. 485, IX, ter havido controvérsia sem pronunciamento do juiz, ou o pronunciamento do juiz sem ter havido controvérsia. Havemos de entender que sim, porque as partes teriam de levar à decisão judicial, na primeira instância, ou em superior instância, ou em única instância, aquilo que as levava à controvérsia; e, se não houve controvérsia, mas o juiz se pronunciou, tinham as partes de exercer as pretensões recursais. **O que se afasta é a rediscussão ou rediscutibilidade na ação rescisória** (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1974, Tomo VI, p. 333) [grifou-se].

Ainda, da jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL À LEI. ERRO DE FATO. INADMISSÍVEL DILAÇÃO PROBATÓRIA.

[...] 6. É pressuposto para o cabimento da ação rescisória por erro de fato que sobre ele não tenha havido controvérsia ou pronunciamento judicial no processo anterior. Precedentes da Corte: AR 834/RN, DJ 18/10/2004; AR 464/RJ, DJ 19/12/2003; AR 679/DE, DJ 22/04/2002.

7. A doutrina do tema preconiza: “Ao exigir que não tenha havido, no processo anterior, ‘pronunciamento judicial sobre o fato’, preexclui o Código a possibilidade de rescindir sentença em cuja fundamentação se depare a expressa (e errônea) consideração do fato como existente ou como inexistente. Deve tratar-se, pois, de uma questão não resolvida pelo juiz - ou, consoante às vezes se diz com fórmula criticável, de uma questão apenas implicitamente resolvida. **Havia nos autos elementos bastantes para convencer o juiz de que o fato ocorreu; apesar disso, revela o teor do decisum que não se levou em conta a respectiva existência, sem que na motivação tenha ela sido negada. Ou, inversamente: havia nos autos elementos bastantes para demonstrar que o fato não ocorrera; no entanto, a maneira como julgou evidencia que o magistrado não o reputou inexistente, embora silenciando, aqui também, na motivação.**” (Barbosa Moreira. Comentários ao Código de Processo Civil. Volume V. Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 148/152) (REsp 804.624/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, T1, j. 13/02/2007) [grifou-se].

3.1. A controvérsia relativa às condições da ação, especialmente ao interesse de agir da Acaert, foi decidida, inicialmente, pela sentença de p. 319/325 (processo originário), desconstituída (em outro capítulo), pelo acórdão de p. 514/539 (processo originário), que também expressamente se pronunciou a respeito da preliminar.

Na ocasião, a Quinta Câmara de Direito Civil deste Tribunal consignou que “*suma vez arguida suposta conduta lesiva em detrimento de suas afiliadas, é evidente a presença do interesse de agir, já que o processo pode, sim, viabilizar a pretensão delineada*” (p. 531 do processo originário).

Na sentença que se quer rescindir (p. 620/629 do processo originário), diante da reiteração da assertiva pela ré, ora autora, o magistrado explicou que a questão já havia sido analisada por esta Corte, limitando a nova decisão às discussões não finalizadas. Essa também foi a deliberação exarada no novo acórdão, que reputou precluso o debate preliminar (p. 690/708 do processo originário).

Cuida-se, portanto, de tópico amplamente desenvolvido no processo originário, o que inviabiliza o uso da ação rescisória.

3.2. Já o suposto *bis in idem* realmente não foi tratado na sentença rescindenda, mas não por descuido dos julgadores, e sim porque jamais arguido pela ré, ora autora.

Os processos administrativos que a Rádio Comunitária Alegria diz responder perante a Anatel não foram sequer mencionados na lide originária, embora ela tenha tido diversas oportunidades para fazê-lo (contestação, p. 193/213; recurso de apelação contra a primeira sentença, p. 330/349; alegações finais, p. 610/616; recurso de apelação contra a sentença rescindenda, p. 632/646).

E como visto alhures, é pressuposto do reconhecimento do erro de fato que o juízo pudesse ter verificado a ocorrência ou não do fato. Se a parte interessada não levou o suposto acontecido ao conhecimento do julgador, por óbvio, não há como concluir que este tenha errado ao examinar a demanda.

Também não é possível considerar que os processos administrativos se subsumem ao conceito de fatos novos. A requerente não esclarece a data em que teriam sido registrados, ou quando teria ocorrido sua cientificação, nem traz qualquer documento (novo) a corroborar sua assertiva.

Por oportuno, sobre o tema, deste Grupo de Câmaras:

São pressupostos do documento novo: “a) ignorância da existência do documento antes da sentença; ou impossibilidade de sua utilização em tempo hábil, como no caso de retenção por terceiros, extravio etc.; e b) a relevância do documento para motivar, por si só, conclusão diversa daquela a que chegou a sentença, favorecendo o vencido, total ou parcialmente. Logo, não será lícito pretender completar a força de convencimento do documento novo com outras provas cuja produção se intente realizar, originariamente, nos autos da rescisória” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, Forense, 2002, 38 ed., v. I, p. 600/601). Requisitos do 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**” (NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de processo civil comentado e legislação extravagante, RT, 2008, 10 ed., p. 783) (ED n. 0127826-44.2015.8.24.0000, Rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 12-06-2019) [grifou-se].

4. Não existe motivo, portanto, para rescindir a sentença atacada, razão pela qual voto pela improcedência desta demanda.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que fixo em 15% do valor da causa (CPC, art. 85, § 2º), ressalvada a suspensão da exigibilidade das verbas em razão do deferimento da gratuidade de custas (p. 36/37).

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0306653-37.2017.8.24.0023, Capital

Relator: Desembargador José Maurício Lisboa

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA SEGURADORA RÉ.

PRETENSO AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA POR INEXISTÊNCIA DE ATRASO NO PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. ACOLHIMENTO. NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N. 47 DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL QUE PREVÊ A INCIDÊNCIA DO REFERIDO CONECTÁRIO LEGAL APENAS QUANDO O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ULTRAPASSAR O PRAZO DE TRINTA DIAS DA APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO PERTINENTE. INOCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. SENTENÇA REFORMADA.

“Consoante a nova redação da Súmula 47, do Tribunal: “Nos termos da Súmula n. 580 do STJ, apenas incidirá correção monetária na indenização do Seguro DPVAT, cujo termo a quo é o evento danoso, se a seguradora não cumprir a obrigação no prazo de trinta dias, a contar da data de entrega da documentação, conforme previsto nos §§ 1º e 7º do artigo 5º da Lei n. 6.194/1974”. [...] (TJSC, Agravo Interno n. 0313389-37.2018.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 17-10-2019).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0306653-37.2017.8.24.0023, da comarca da Capital 5ª Vara Cível em que é/são Apelante(s) Mapfre Seguradora S.A e Apelado(s) Alice Tomazia da Silva.

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Gerson Cherem II, presidente com voto, e Des. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 05 de março de 2020.

José Maurício Lisboa

Relator

RELATÓRIO

De pronto, tenho por bem adotar o relatório da sentença, pois além de refletir fielmente a narrativa fática em apreço, garante celeridade ao trâmite processual (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), *in verbis*:

Alice Tomazia da Silva ingressou com a ação de cobrança em face de Mapfre Seguradora S/A alegando, em síntese, que em 30/08/2015 sofreu acidente de trânsito e que por conta dos inúmeros ferimentos ficou acometida de lesões permanentes.

Aduziu que recebeu a quantia de R\$ 4.725,00 (quatro mil e setecentos e vinte e cinco reais), a título de indenização do seguro DPVAT, mas em virtude das lesões sofridas, não concorda com o valor pago na esfera administrativa, razão pela qual requer o pagamento da diferença em seu máximo percentual. Valorou a causa e juntou documentos.

Devidamente citada, a parte ré apresentou resposta na forma de contestação, sede em que aduziu preliminarmente pela ausência de laudo pericial médico do IML, sustentando que tal documento é imprescindível para o exame da presente ação e, ainda, impugnou o registro de acidente. No mérito, alegou a integral improcedência dos pedidos feitos em exordial, uma vez que o pagamento administrativo está em conformidade com a lei vigente.

Houve réplica (pág. 165-68).

Sabidamente afasta ambas preliminares e determinada a realização de laudo pericial, em decisão de pág. 169-71.

Laudo pericial juntado às pág. 203-08.

Intimadas as partes do resultado do laudo pericial, onde a seguradora ré se manifestou (pág. 215-17), enquanto o autor permaneceu inerte (pág. 218).

Após, sobreveio a parte dispositiva da sentença (fls. 219-225), nos seguintes termos:

Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados por Alice Tomazia da Silva para condenar a Mapfre Seguradora S/A ao pagamento do valor de R\$ 436,39 (quatrocentos e trinta e seis reais e trinta e nove centavos) corrigido monetariamente pelos índices adotados pela CGJ desde a data do pagamento administrativo realizado e acrescido de juros de mora a contar da citação.

Outrossim, resolvo o mérito da causa, com base no art. 487, I, do Código de Processo Civil.

Em razão da sucumbência mínima da parte ré, condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), na forma do § 8º do art. 85 do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade em face da gratuidade da justiça deferida, nos termos do art. 98, § 3º do Código de Processo Civil.

Expeça-se alvará para levantamento dos honorários periciais em favor do perito, observando-se os dados informados em pág. 209.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Irresignada, a seguradora ré interpôs recurso de apelação cível (fls. 229-235), onde busca a reforma da sentença, para o fim de que seja afastada a incidência da correção monetária sobre o valor pago administrativamente, sob o argumento de que este se operou dentro do prazo de 30 (trinta) dias previsto em Lei.

Com as contrarrazões (fls. 240-244), os autos ascenderam a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pela seguradora ré contra sentença que, na ação de cobrança do seguro obrigatório DPVAT, julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais, para o fim de reconhecer a incidência da correção monetária sobre o valor pago administrativamente.

Para tanto, sustenta que a incidência da correção monetária sobre o valor pago administrativamente somente poderia se operar quando ultrapassado o prazo de 30 (trinta) dias previsto em Lei, o que não teria ocorrido no caso.

De fato, razão lhe assiste.

Prima facie, cumpre destacar que o entendimento desta Corte em relação ao tema era no sentido de que “*Incidirá correção monetária desde o evento danoso na indenização do Seguro DPVAT, tenha ou não havido pagamento administrativo no prazo previsto no § 7º do artigo 5º da Lei n. 6.194/1974*” - Súmula n. 47 do Grupo de Câmaras de Direito Civil (grifei).

Contudo, em sessão realizada na data de 14/08/2019, o posicionamento anteriormente adotado foi refluído e nova redação foi adotada ao prefalado verbete que assim passou a dispor:

Nos termos da Súmula n. 580 do STJ, apenas **incidirá correção monetária** na indenização do Seguro DPVAT, cujo termo *a quo* é o evento danoso, se a seguradora não cumprir a obrigação no prazo de trinta dias, a contar da data de entrega da documentação, conforme previsto nos §§ 1º e 7º do artigo 5º da Lei n. 6.194/1974. (grifo nosso).

A propósito, a Lei n. 6.194/74, em seu art. 5º, §§ 1º e 7º, dispõe:

Art. 5º O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

§ 1º A indenização referida neste artigo será paga com base no valor vigente na época da ocorrência do sinistro, em cheque nominal aos beneficiários, descontável no dia e na praça da sucursal que fizer a liquidação, **no prazo de 30 (trinta) dias da entrega dos seguintes documentos**; (Redação dada pela Lei nº 11.482, de 2007);

[...]

§ 7º Os valores correspondentes às indenizações, **na hipótese de não cumprimento do prazo para o pagamento da respectiva obrigação pecuniária, sujeitam-se à correção monetária segundo índice oficial regularmente estabelecido e juros moratórios com base em critérios fixados na regulamentação específica de seguro privado** (Incluído pela Lei nº 11.482, de 2007). (grifo nosso).

Partindo de tais premissas, verifica-se do processado que a parte autora efetuou a abertura do pedido de indenização junto à seguradora em 09/05/2016 (fl. 102), cuja análise restou inicialmente inconclusiva ante a necessidade de apresentação de documentação complementar – comprovação de ato declaratório (fl. 98).

Tal fato ensejou, evidentemente, na interrupção do prazo legal de 30 (trinta) dias, o qual se iniciou com a entrega da dita documentação, que se operou em 01/07/2016 (fl. 108).

Por sua vez, cumpridos os requisitos necessários, procedeu-se o pagamento da indenização - em 29/07/2018 (fl. 161), conforme o grau da lesão sofrida, corroborado pela perícia judicial realizada (fl. 203-208).

Visto isso, é inconteste que as particularidades do caso nos revelam que o pagamento administrativo ocorreu dentro do prazo previsto nos verbetes retromencionados, o que inviabiliza a incidência da correção monetária perquirida.

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT. AFASTAMENTO DA CORREÇÃO MONETÁRIA POR INEXISTÊNCIA DE ATRASO NO PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N. 47 DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL, EM CONSONÂNCIA COM A SÚMULA N. 580, DO STJ. DECISUM REFORMADO. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0305911-16.2017.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 31-10-2019).

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021, CPC/2015) EM APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO DA RÉ. 1) ALMEJADA REFORMA DA DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA. DESPROVIMENTO DO APELO. AUSÊNCIA DE PROVA DO ATRASO NO PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. INSUBSISTÊNCIA. NOVO ENTENDIMENTO DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO PRAZO DE TRINTA DIAS, PREVISTO NO ART. 5º, § 7º, DA LEI N. 6.194/74. JUNTADA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE REVELA O PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DA INDENIZAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DA DATA DO SINISTRO. APLICABILIDADE DAS SÚMULAS 580, DO STJ, E 47, DO TJSC, COM SUA NOVA REDAÇÃO. TESE RECHAÇADA. Consoante a nova redação da Súmula 47, do Tribunal: “Nos termos da Súmula n. 580 do STJ, apenas incidirá correção monetária na indenização do Seguro DPVAT, cujo termo a quo é o evento danoso, se a seguradora não cumprir a obrigação no prazo de trinta dias, a contar da data de entrega da documentação, conforme

previsto nos §§ 1º e 7º do artigo 5º da Lei n. 6.194/1974”. 2) APLICAÇÃO EX OFFICIO DE MULTA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. 3) HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO. FALTA DE SUCUMBÊNCIA DESDE A ORIGEM. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo Interno n. 0313389-37.2018.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 17-10-2019).

E também do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DPVAT. INDENIZAÇÃO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. DESDE O EVENTO DANOSO. DESCABIMENTO. PAGAMENTO REALIZADO TEMPESTIVAMENTE NA VIA ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A Segunda Seção do STJ, em sede de julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, firmou a tese de que “A incidência de atualização monetária nas indenizações por morte ou invalidez do seguro DPVAT, prevista no § 7º do art. 5º da Lei n. 6194/74, redação dada pela Lei n. 11.482/2007, opera-se desde a data do evento danoso” (REsp 1.483.620/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/05/2015, DJe de 02/06/2015).

2. **A incidência da correção monetária desde o evento danoso, nos termos do previsto no recurso especial repetitivo, somente ocorre nas hipóteses de descumprimento do prazo legal para o pagamento** (art. 5º, § 7º, da Lei 6.194/74), circunstância que foi expressamente afastada pelo Tribunal de origem.

3. Agravo interno a que se nega provimento (AgInt no AREsp 1336812/GO, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, j. 16/05/2019, grifo nosso).

Desta feita, diante a ausência de descumprimento do prazo legal para o pagamento da indenização securitária, o reclamo merece provimento, para o fim de afastar a incidência do referido consectário legal com relação ao valor pago administrativamente, o qual, diga-se, foi efetuado no exato valor que lhe era devido.

Por sucedâneo, ante o desfecho ora propagado, mantenho a condenação da parte autora em arcar com a integralidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios, conforme declinado na sentença, eis que em conformidade com o §4º, do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015 e dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Todavia, a exigibilidade das referidas verbas ficam suspensas, em razão da gratuidade da justiça concedida à demandante (fl. 50).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, conforme a fundamentação supra.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0301636-77.2014.8.24.0038, de Joinville

Relatora: Desembargadora Rosane Portella Wolff

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JUÍZO A QUO QUE JULGA PROCEDENTES OS PLEITOS DA PETIÇÃO INICIAL. APELO DA RÉ.

TESE DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUTORA QUE PLEITEIA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM FULCRO EM AVENTADA FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE CARTÃO DE CRÉDITO OFERECIDO PELA RÉ E NÃO EM VÍCIO NA AQUISIÇÃO FEITO POR SEU INTERMÉDIO. CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE DEVEM SER AFERIDAS IN STATUS ASSERTIONIS. PREFACIAL RECHAÇADA.

INSCRIÇÃO DO NOME DA DEMANDANTE NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO POR DÍVIDA QUE NÃO CONTRAIU. TRANSAÇÃO COM O CARTÃO DE CRÉDITO EMITIDO PELA RÉ CANCELADA LOGO APÓS A SUA REALIZAÇÃO. REQUERIDA QUE, MESMO ASSIM, PROCEDEU À COBRANÇA DO VALOR DA COMPRA DESFEITA, COM A POSTERIOR ANOTAÇÃO DESABONADORA. ALEGADO DEVER DE COMUNICAÇÃO DO CANCELAMENTO PELA CONSUMIDORA OU PELO ESTABELECIMENTO COMERCIAL NO PRAZO DE TRINTA DIAS A CONTAR DO VENCIMENTO DA FATURA DO CARTÃO. REQUERENTE QUE FOI INDUZIDA A CRER QUE O ESTABELECIMENTO COMERCIAL E A OPERADORA DO CARTÃO TRATAVAM-SE DA MESMA PESSOA JURÍDICA. PLÁSTICO DO CARTÃO QUE ESTAMPA A MARCA DA VAREJISTA. TEORIA DA APARÊNCIA. PRECEDENTES. FALHA DE COMUNICAÇÃO ENTRE AS FORNECEDORAS QUE NÃO PODE IMPLICAR EM ÔNUS PARA A CONSUMIDORA.

LESÃO EXTRAPATRIMONIAL PRESUMIDA (IN RE IPSA) PELA MERA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ALMEJADA A REDUÇÃO DO MONTANTE FIXADO NA SENTENÇA. CONDENAÇÃO QUE DEVE POSSUIR CARÁTER PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO. VALORAÇÃO IMPOSTA NA ORIGEM QUE SE MOSTRA EXCESSIVA. AUTORA QUE PERMANECEU COM A INSCRIÇÃO DESABONADORA POR CURTO PERÍODO DE TEMPO. MINORAÇÃO IMPERATIVA. CORREÇÃO MONETÁRIA EXIGÍVEL A CONTAR DESTES JULGAMENTO. JUROS MORATÓRIOS DEVIDOS DESDE O EVENTO DANOSO.

SUCUMBÊNCIA INALTERADA. AÇÃO PROPOSTA NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO BUZAID. VALOR DOS DANOS MORAIS QUE POSSUÍA CARÁTER MERAMENTE ESTIMATÓRIO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301636-77.2014.8.24.0038, da 5ª Vara Cível da comarca de Joinville, em que é apelante Banco Itaucard S/A e apelada Elizabeth Rodrigues Lopes Limas:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Luís Costa Beber, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz.

Florianópolis, 23 de janeiro de 2020.

Desembargadora Rosane Portella Wolff
Relatora

RELATÓRIO

Elizabeth Rodrigues Lopes Limas ajuizou a Ação Declaratória de Inexistência de Débito cumulada com pedido de indenização por Danos Morais n. 0301636-77.2014.8.24.0038, em face de Banco Itaucard S.A., perante a 5ª Vara Cível da comarca de Joinville.

A lide restou assim delimitada, consoante exposto no relatório da sentença da lavra do magistrado Walter Santin Junior (pp. 159-162):

Elizabeth Rodrigues Lopes Limas aforou ação anulatória e indenizatória em desfavor de Banco Itaucard S.A., ambas qualificadas.

Em resumo, alega que seu nome foi inserido em cadastro desabonador pela parte ré, em razão de compra efetuada por meio de pagamento em cartão, cuja quitação foi estornada e quitada em outro cartão de crédito, circunstância que valorou como vexatória e, portanto, passível de ser indenizada a título de danos morais.

Discorre sobre o direito aplicável à espécie e requereu, em grau de urgência e ao final, a baixa da negatização.

Postulou por indenização e, bem ainda, pela confirmação da tutela antecipada.

Em decisão interlocutória, houve a concessão da medida de urgência colimada (fls. 35-36).

Citada, a ré ofereceu, a tempo e modo, resposta.

Disse que o cancelamento da compra deveria ser feito diretamente com o comerciante e após isso ter ocorrido regularizou a situação.

Teceu comentários sobre ilegitimidade passiva e a inexistência de dano moral.

Encerrou clamando pela improcedência da pretensão deduzida.

Replicada a defesa, os autos vieram, em seguida, conclusos.

(p. 486).

Na parte dispositiva da decisão constou:

ISSO POSTO, com resolução de mérito, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil, julgo PROCEDENTES os pedidos formulados por Elizabeth Rodrigues Lopes Limas contra Banco

Itaucard S.A. e, por consequência, confirmando os efeitos da tutela antecipada:

a) Declaro a inexistência do débito que originou a inscrição de fls. 18/20 e, bem assim, determino a exclusão definitiva do nome da parte autora do órgão de proteção ao crédito em que inserido;

b) Condeno a parte ré ao pagamento da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, cujo valor deverá ser atualizado monetariamente a partir desta data (Súmula 362 do STJ), pelos índices do INPC/IBGE, acrescida de juros de mora no patamar de 1% (um por cento) ao mês.

Como não se sabe a data em que foi efetivada a inscrição no órgão de proteção ao crédito, deve-se contar, para efeitos da incidência dos juros, a data em que a parte tomou conhecimento da inscrição indevida quando da emissão do documento de notificação, ou seja, 12.12.2012 (Súmula 54 do STJ).

Condeno a parte ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e em verba honorária, esta que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o quantum condenatório, após consideradas as diretrizes do § 2.º do art. 85 do Código de Processo Civil.

(p. 162)

Irresignado, o réu Banco Itaucard S/A interpôs recurso de apelação (pp. 165-176), defendendo, em suma, que: a) é parte ilegítima, pois funcionou como mero meio de pagamento, não podendo ser responsabilizado por danos oriundos do contrato de compra e venda; b) qualquer cancelamento de compra deverá ser comunicado em até 90 (noventa) dias do vencimento da fatura; c) no caso, houve o estorno do valor pago a maior em 27-1-2013; d) houve a baixa na inscrição do rol de inadimplentes em 29-12-2012; e) não houve abalo anímico apto a ensejar o dano moral; f) de qualquer modo, o valor fixado na origem a título de danos morais é excessivo; e g) a atualização monetária e os juros de mora devem correr a partir da data do evento danoso.

Ao final, postulou o provimento do recurso para julgar improcedentes os pedidos vertidos na exordial.

Intimada, a parte adversa apresentou suas contrarrazões (pp. 181-192).

Após, vieram os autos a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

1 Da legitimidade das partes

A insurgente sustenta que não é parte legítima para figurar no polo passivo da ação, uma vez que os vícios existentes em contrato de compra e venda celebrado pela autora com terceiro, utilizando os seus serviços de cartão de crédito apenas como intermediário do pagamento, não a faz integrar a cadeia de consumo.

Sem razão a recorrente.

A exordial narra que a requerente adquiriu produtos junto à Marisa Lojas Varejistas Ltda em 6-8-2012, efetuando o pagamento inicialmente por meio de cartão de crédito emitido pela ré.

Na mesma data, a autora requereu o cancelamento da compra e o estorno do valor pago, conforme “solicitação de cancelamento de venda ITAUCARD” acostada à p. 24.

Apesar de cancelada a transação junto à operadora ré, ela enviou para a autora boletos de cobrança relativos à operação desfeita (pp. 26 e 28) e, ante o não pagamento deles, inscreveu o seu nome no rol de inadimplentes nos órgãos de proteção ao crédito (pp. 18, 20 e 22).

Vê-se, pois, que a tese autoral é de que o defeito não está na compra e venda celebrada com o estabelecimento comercial, senão que no serviço prestado pela ré, que a inscreveu no cadastro de maus pagadores por débito que alega não existir.

Portanto, considerando-se que as condições da ação devem ser aferidas *in status assertionis*, isto é, conforme os fatos narrados na inicial, resta evidenciada a legitimidade passiva da empresa Itaucard S.A., operadora do cartão de crédito.

2 Do defeito na prestação do serviço

O fornecedor de serviços ao mercado de consumo responde objetivamente pelos danos causados aos consumidores em razão de defeitos na prestação do serviço ou pela insuficiência ou inadequação das informações sobre a sua fruição e riscos (art. 14 do Código de Defesa do Consumidor).

Esse dever de reparar apenas poderá ser afastado, quando o fornecedor comprovar que não há defeito no serviço ou que ele decorreu exclusivamente do consumidor ou de terceiro.

No caso em tela, a autora sustentou que a operadora de cartão de crédito ré a inscreveu indevidamente no cadastro de inadimplentes, o que abalou a sua honra objetiva, por débito inexistente.

A ré, por sua vez, embora tenha sustentado a ausência de defeito na prestação do seu serviço, não comprovou a legitimidade da cobrança no valor de R\$ 63,00 (sessenta e três reais) que ensejou a anotação desabonadora (pp. 18, 20 e 22), deixando de arcar com o ônus probatório que lhe incumbia por força do art. 333, II, do Código Buzaid, vigente à época da citação.

Nada obstante sustente ser incumbência contratual da consumidora ou do estabelecimento comercial informar sobre o cancelamento de compras no prazo de noventa dias a contar da fatura, na situação em tela verifica-se que a comunicação do cancelamento da compra para o estabelecimento comercial (Marisa Lojas Varejistas Ltda) se deu na própria data da aquisição (p. 24), de modo que eventual vício de comunicação entre as pessoas jurídicas não pode ser arcado pela autora.

É que, para ela, Marisa Lojas Varejistas Ltda e a ré constituíam a mesma pessoa jurídica, visto que o cartão de crédito por ela utilizado possui a logomarca da empresa na qual estava adquirindo os produtos e também leva o nome dela estampado no plástico.

Aliás, em documento juntado pela própria ré é possível observar que o nome do produto contratado (cartão de crédito) é "Marisa Mastercard" (p. 61), ou seja, pela teoria da aparência, as pessoas jurídicas do estabelecimento comercial e da operadora de cartão de crédito pareciam confundir-se em uma só para a consumidora.

Em casos nos quais o plástico do cartão estampa a logomarca de estabelecimento varejista, dando ao consumidor a ideia de que se tratam da mesma pessoa, este Tribunal é uníssono ao aplicar a teoria da aparência em favor do consumidor, veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COMPRA VIA CARTÃO DE CRÉDITO OFERTADO PELO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. INADIMPLÊNCIA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DA AUTORA.

ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM SUSCITADA NAS CONTRARRAZÕES. SERVIÇO OFERTADO NO ESTABELECIMENTO DA RÉ E DENOMINADO "CARTÃO PONTO FRIO". TEORIA DA APARÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS INTEGRANTES DA CADEIA DE CONSUMO.

MÉRITO. ALEGADO VÍCIO DE CONSENTIMENTO QUANTO À FORMA DE PAGAMENTO, POR MEIO DO CARTÃO DE CRÉDITO. INSUBSISTÊNCIA. DOCUMENTO ASSINADO PELA AUTORA DEMONSTRANDO A CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO.

ALEGAÇÃO DE QUE EFETUADO PAGAMENTO EM VALOR SUPERIOR À MERCADORIA CONTRATADA. COMPROVANTES JUNTADOS PELA AUTORA QUE DEMONSTRAM PAGAMENTOS A MENOR E EM ATRASO, REITERADAMENTE, RESULTANDO NA INCIDÊNCIA DE MULTAS E ENCARGOS. DÉBITOS EM NOME DA AUTORA QUE, ADEMAIS, NÃO DECORREM SOMENTE DA RELAÇÃO JURÍDICA COM A RÉ. ILICITUDE DA NEGATIVAÇÃO NÃO COMPROVADA. SENTENÇA MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO. SENTENÇA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 7 DO STJ.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJSC, Apelação Cível n. 0053373-37.2010.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Selso de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 14-11-2019, destacou-se).

No mesmo sentido esta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO C/C INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA. DÉBITO ORIUNDO DE CARTÃO DE CRÉDITO “CLUBE ANGELONI VISA”. PRETENDIDA DECLARAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DO SUPERMERCADO. IMPOSSIBILIDADE. SERVIÇO ADQUIRIDO NO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. CARTÃO QUE ESTAMPA A LOGOMARCA DA EMPRESA VAREJISTA. OFERTA QUE OBJETIVA A CAPTAÇÃO DE CLIENTELA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. INCIDÊNCIA DOS ARTS. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, E 25, § 1º, DO CDC. LEGITIMIDADE EVIDENTE. RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS AO CONSUMIDOR EM SOLIDARIEDADE COM A ADMINISTRADORA DO CARTÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

É solidariamente responsável a empresa varejista com a instituição financeira pelos danos decorrentes da má-prestação de serviços relacionados ao cartão de crédito que, além de estampar sua logomarca, é oferecido e disponibilizado em seus próprios estabelecimentos, como seu fosse, em conformidade com a teoria da aparência adotada pelo CDC.

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES. PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS NÃO COMPROVADOS. AFASTAMENTO.

Para a caracterização da litigância de má-fé é necessária a presença concomitante dos requisitos objetivo e subjetivo do tipo, ou seja, o dano processual e o dolo ou a culpa grave da parte maliciosa, sem os quais a pretensão condenatória não medra.

(TJSC, Apelação Cível n. 0010875-38.2014.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 17-05-2018, sem destaque no original).

Dessa forma, eventual falha na comunicação entre as pessoas jurídicas deverá ser resolvida entre elas, não cabendo ao consumidor o ônus de arcar pelo vício na cadeia de consumo.

3 Da presunção do dano moral

O direito da autora em ser compensada pelos danos decorrentes do ilícito civil praticado pela ré não depende de comprovação do seu sofrimento, pois este é presumido (dano in re ipsa) e não pode ser considerado tão somente como mero dissabor.

Sobre o tema, colhe-se dos julgados desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TELEFONIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

FALTA DE COMPROVAÇÃO DE SERVIÇO CONTRATADO PELA AUTORA. ÔNUS DA RÉ PREVISTO NO ART. 373, INCISO II, DO CPC. NEGÓCIO REALIZADO POR FALSÁRIO. AUSÊNCIA DE ZELO

NA COLETA DOS DADOS NO ATO DA CONTRATAÇÃO. ART. 14 DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. MANUTENÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR.

Nas demandas declaratórias de inexistência de débito, em razão da natureza negativa que as caracteriza, o ônus probatório para demonstrar a origem da dívida incumbe ao réu, por impossibilidade de o autor, por razões lógicas, comprovar a inexistência de relação negocial.

Ainda que a pessoa jurídica alegue ter sido vítima de fraude, a sua falta de zelo, ao não conferir adequadamente as informações que lhe foram encaminhadas para a realização do contrato, não a exclui do dever de indenizar a vítima pelos prejuízos sofridos, pois responde objetivamente pelos danos causados pela má prestação do serviço.

AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO. DESNECESSIDADE. DANO MORAL IN RE IPSA.

É assente na jurisprudência que a inscrição indevida, na SERASA e no SPC, enseja a indenização por danos morais que, além de amparada por presunção, segue independente da demonstração dos respectivos prejuízos.

[...]

(Apelação Cível n. 0302483-39.2015.8.24.0040, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 19-7-2018; grifou-se).

4 Do valor da indenização

Acerca do valor fixado a título da indenização, é cediço que a legislação em vigor não estabelece critérios objetivos para tanto, cabendo a tarefa ao julgador.

Entretanto, também é pacífico que a indenização deve ser fixada em valor suficiente à restauração do constrangimento suportado pela vítima, e que deva ser capaz de impedir que a outra parte continue praticando atos ilícitos da mesma espécie.

O quantum deve, ainda, ser mensurado de acordo com o caso em concreto, em observância especial à extensão do dano e à capacidade econômica das partes, a fim de não permitir a ocorrência de enriquecimento indevido daquele que vai receber, tampouco o empobrecimento inadequado daquele que desembolsará referida quantia.

Sobre a questão leciona Carlos Alberto Bittar:

[...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos

efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

(Reparação civil por danos morais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 233).

No mesmo sentido é o entendimento deste Sodalício:

O valor da indenização dos danos morais será, sempre, fixado pelo juiz para abrandar o sofrimento anímico ou psíquico da vítima, decorrente da lesão ou trauma a ela infligido, com o devido cuidado para não lhe enriquecer sem causa, nem servir de estímulo à recidiva do ofensor, tudo devendo ser feito para que também represente papel pedagógico e reprimenda indelével a quem cometeu o fato danoso.

(Apelação Cível n. 2007.011164-1, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 27-11-2009).

No caso em tela, a autora teve a inscrição desabonadora exibida em 8-12-2012 e excluída em 29-12-2012, ou seja, foi injustamente prejudicada por apenas 22 (vinte e dois) dias.

Em que pese, como indicado acima, o dano moral seja presumido e, portanto, devida a indenização, estabelecê-la no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) revela-se excessivo diante da pequena extensão do dano, motivo pelo qual minora-se o quantum da compensação para R\$ 3.000,00 (três mil reais).

Esse valor deve ser aditado de correção monetária pelo INPC-IBGE desde a publicação desta decisão e juros de mora a contar da data da exibição da negativação, isto é, 8-12-2012, no valor de 1% (um por cento) ao mês, forte nos enunciados sumulados ns. 362 e 54 do Superior Tribunal de Justiça respectivamente.

5 Da sucumbência e dos honorários de advogado

Em que pese tenha havido a parcial reforma da sentença com o acolhimento de parcela do apelo, não é devida a redistribuição da sucumbência.

É que durante a vigência do ab-rogado Código Buzaid, o valor dos danos morais pleiteado pela parte autora tinha caráter meramente estimatório, não limitando o juízo ou influenciando na sucumbência.

Assim, uma vez que foi mantida a procedência do dever de indenizar por danos morais, a mera alteração do quantum indenizável não é capaz de modificar a distribuição da sucumbência tal como fixada na origem.

Nesse sentido, inclusive, há verbete sumulado do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula n. 326 - Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.

Por fim, embora se trate de Inconformismo interposto contra sentença publicada em 06-04-2017, já sob a vigência do Novo Código de Processo Civil — Lei n. 13.105/2015 —, e o recurso tenha sido parcialmente acolhido, deixa-se de fixar a verba dessa natureza para o patrono da ré, pois não lhe foram arbitrados honorários sucumbenciais na origem, sendo, portanto, impossível majorar aquilo que inexistente.

Este é o voto.

Ante o exposto, por unanimidade, conhece-se do recurso e dá-se-lhe parcial provimento para minorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 3.000,00 (três mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC-IBGE desde a publicação desta decisão e acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a data da negativação (8-12-2012).

Agravo de Instrumento n. 4030054-71.2019.8.4.0000, de Araranguá

Relator: Desembargador Raulino Jacó Brüning

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUTADA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. *QUANTUM* EXEQUENDO. NATUREZA EXTRACONCURSAL RECONHECIDA NA ORIGEM. RECURSO DA DEVEDORA. 1. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. EVENTO DANOSO. OCORRÊNCIA ANTERIOR AO PEDIDO RECUPERACIONAL. CRÉDITO CONCURSAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. NECESSIDADE, CONTUDO, DE EFETIVA LIQUIDAÇÃO PARA POSTERIOR HABILITAÇÃO NO JUÍZO COMPETENTE. PROSSEGUIMENTO DA LIDE EXECUTIVA. 2. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 403054-71.2019.8.24.0000, da Comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que é agravante Oi S.A. em Recuperação Judicial e agravada Maria das Graças Reus Guidi:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de reconhecer a natureza concursal do crédito em discussão e determinar o prosseguimento do cumprimento de sentença até a definitiva liquidação do *quantum*. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Gerson Cherem II, com voto, e dele participou o Desembargador Paulo Ricardo Bruschi.

Florianópolis, 04 de junho de 2020.

[assinado digitalmente]

Desembargador Raulino Jacó Brüning

RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Araranguá tramita **ação declaratória de inexistência de débito cumulada com pedido de indenização por danos morais, em fase de cumprimento de sentença** (autos n. 0002575-72.2013.8.24.0004/01), ajuizada por Maria das Graças Reus Guidi contra Oi S.A., agora exequente e executada, respectivamente.

O **agravo de instrumento** investe contra a decisão proferida após iniciada a fase executiva, nos seguintes termos:

I - Nos autos em que se processa a recuperação judicial da requerida (0203711-65.2016.8.19.0001, da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do TJRJ), em 26/02/2018, foi proferida decisão com o seguinte teor:

“Assim, acolho os embargos e determino que seja oficiada a Presidência do Tribunal de Justiça para solicitar expedição de Aviso aos demais juízos no seguinte sentido: “Com a realização da Assembleia Geral de Credores realizada em 19.12.2017 os processos ajuizados em face do Grupo OI/TELEMAR que se encontravam suspensos podem retomar seu curso, sendo certo que aqueles que cuidam de créditos concursais (constituídos antes de 20.06.2016) deverão ser pagos na forma do plano aprovado, extinguindo-se, então, os processos em curso. Com relação aos créditos extraconcursais, as ações seguem seu curso natural, mas, na esteira do posicionamento da doutrina e da jurisprudência, os atos de constrição devem ser determinados pelo Juízo da Recuperação”.

Em 02/05/2018 foi prolatada nova decisão, na qual se estabelece que:

“Os processos que tiverem por objeto créditos extraconcursais devem prosseguir até a liquidação do valor do crédito. Com o crédito líquido, e após o trânsito em julgado de eventual impugnação ou embargos, o Juízo de origem expedirá ofício ao Juízo da Recuperação Judicial comunicando a necessidade de pagamento do crédito”.

No que diz respeito à constituição dos créditos, tenho que esta ocorre com o trânsito em julgado da ação de conhecimento, quando o título executivo judicial torna-se definitivo.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRETENSÃO DE HABILITAÇÃO DO CRÉDITO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA DEVEDORA. REJEIÇÃO NA ORIGEM. EXECUÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO COM O TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO QUE FIXOU A INDENIZAÇÃO. FATO OCORRIDO APÓS A HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 49 DA LEI N. 11.101/05. DECISÃO ESCORREITA. [...] (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4010223-42.2016.8.24.0000, de Campos Novos, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 30-11-2017).

No caso, considerando que os créditos pleiteados na presente demanda classificam-se como extraconcursais (constituídos posteriormente a 20/06/2016), determino o prosseguimento deste feito até a liquidação do valor do crédito.

II - Intime-se a parte devedora para, sob pena de inclusão de honorários advocatícios de 10% e de multa de 10% (ambos sobre o valor executado), cumprir a sentença no prazo de quinze dias, observando-se no cumprimento do ato as determinações dos parágrafos 2º, 3º e 4º do art. 513 do CPC.

No caso dos autos há que ser observado que a parte devedora deverá ser intimada para cumprir a sentença pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos (fls. 100/101).

A parte agravante, Oi S.A. em Recuperação Judicial, sustenta: a) o fato gerador da dívida é o dia do ilícito (inscrição indevida); b) sendo assim, cuida-se de crédito concursal, o qual deve ser habilitado no Juízo competente, estando sujeito ao plano de recuperação aprovado pelos credores; c) equivocou-se o Togado ao considerar o trânsito em julgado como a data da constituição do débito; d) portanto, deve “o processo ser julgado extinto após trânsito em julgado do cumprimento de sentença com o acolhimento total da Impugnação apresentada às fls. 40-56, e o valor ser habilitado e pago na forma prevista no plano de recuperação judicial homologado” (fl. 4).

Nesta instância, o pedido de efeito suspensivo restou indeferido, porque ausente o *periculum in mora*, em *decisum* monocrático da lavra deste Relator (fls. 288/292).

Intimada, a agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para ofertar contraminuta (fl. 297).

VOTO

O presente recurso é cabível (art. 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil), tempestivo (consulta ao SAJ), está munido de preparo (fls. 17/18) e, adianta-se, merece ser provido. Explica-se.

É fato notório que a executada/agravante passa por um processo de recuperação judicial, instaurado em 20/6/2016, em curso na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro (autos n. 0203711-65.2016.8.19.0001).

Naquele Juízo, estabeleceu-se uma série de diretrizes com o escopo de organizar a forma de pagamento dos débitos da empresa e o processamento das ações judiciais em que litiga a Oi Móvel S.A., no polo ativo ou passivo. Nesse contexto, esclareceu o Administrador Judicial:

- 1. Com a realização da Assembleia Geral de Credores em 19.12.2017, os processos em que as empresas do Grupo OI/TELEMAR são parte poderão seguir dois trâmites distintos, a depender se o objeto da demanda diz respeito a créditos concursais (fato gerador constituído antes de 20.06.2016 e, por isso, sujeito à Recuperação Judicial) ou a créditos extraconcursais (fato gerador constituído após 20.06.2016 e, por isso, não sujeito à Recuperação Judicial).**
- 2. Os processos que tiverem por objeto créditos concursais devem prosseguir até a liquidação do valor do crédito, que deve ser atualizado até 20.06.2016. Com o crédito líquido, e após o trânsito em julgado de eventual impugnação ou embargos, o Juízo de origem deverá emitir a respectiva certidão de crédito e extinguir o processo para que o credor concursal possa se habilitar nos autos da recuperação judicial e o crédito respectivo ser pago na forma do Plano de Recuperação Judicial, restando vedada, portanto, a prática de quaisquer atos de constrição pelos Juízos de origem.**
- 3. Os processos que tiverem por objeto créditos extraconcursais devem prosseguir até a liquidação do valor do crédito. Com o crédito líquido, e após o trânsito em julgado de eventual impugnação ou embargos, o Juízo de origem expedirá ofício ao Juízo da Recuperação Judicial comunicando a necessidade de pagamento do crédito.**
4. O Juízo da Recuperação, com o apoio direto do Administrador Judicial, o Escritório de Advocacia Arnoldo Wald, receberá os ofícios e os organizará por ordem cronológica de recebimento, comunicando, na sequência, às Recuperandas para efetuarem os depósitos judiciais.
5. Os depósitos judiciais dos créditos extraconcursais serão efetuados diretamente pelas Recuperandas nos autos de origem, até o limite de 4 milhões mensais, de acordo com a planilha apresentada pelo Administrador Judicial. Os processos originários deverão ser mantidos ativos, aguardando o pagamento do crédito pelas Recuperandas.

6. Esse procedimento pretende viabilizar tanto a quitação progressiva dos créditos extraconcursais, quanto a manutenção das atividades empresariais e o cumprimento de todas as obrigações previstas no Plano de Recuperação Judicial (grifo acrescido).

Assim, em casos desse jaez, é de importância salutar definir se o crédito é extraconcursal ou concursal, aplicando-se nesta última hipótese o art. 49, *caput*, da Lei 11.101/05, *in verbis*: “*estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos*”.

Pois bem.

Compulsando-se o processado, verifica-se que, na decisão agravada, o Togado da Comarca entendeu pela natureza extraconcursal do valor exequendo (indenização por danos morais). Isso porque, muito embora o ilícito que originou a demanda judicial tenha ocorrido em meados do ano de 2013, o trânsito em julgado da sentença condenatória aconteceu somente em junho de 2016, isto é, após o pedido de recuperação judicial.

Contudo, esta não é a posição que atualmente domina na jurisprudência. Dessarte, já está assente que o que deve ser levado em conta, em verdade, é o fato gerador/ato ilícito (e, não, o título judicial).

A propósito, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. DEVEDOR EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO VERIFICADA. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. EVENTO DANOSO OCORRIDO EM MOMENTO ANTERIOR AO PEDIDO RECUPERACIONAL. SUBMISSÃO AOS SEUS EFEITOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POSTERIORMENTE. IRRELEVÂNCIA. [...]

4. Para os fins do art. 49, *caput*, da Lei 11.101/05, a constituição do crédito discutido em ação de responsabilidade civil não se condiciona ao provimento judicial que declare sua existência e determine sua quantificação. Precedente.

5. Na hipótese, tratando-se de crédito derivado de fato ocorrido em momento anterior àquele em que requerida a recuperação judicial, deve ser reconhecida sua sujeição ao plano de soerguimento da sociedade devedora. [...] (REsp 1727771/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 15-5-2018, DJe 18-5-2018).

E, desta colenda Primeira Câmara de Direito Civil:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. CRÉDITO ORIGINÁRIO DE INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. FATO GERADOR ANTERIOR AO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA EXECUTADA. SUJEIÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO. MONTANTE ILÍQUIDO. NECESSIDADE DE PRÉVIA LIQUIDAÇÃO DA DÍVIDA COM TRÂNSITO EM JULGADO DA IMPUGNAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. INTERLOCUTÓRIO REFORMADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. “O crédito oriundo de responsabilidade civil por fato preexistente ao momento do deferimento da recuperação judicial deve ser habilitado no quadro geral de credores da sociedade em recuperação. Precedentes. 2. No caso concreto, é incontroverso nos autos que o crédito refere-se a obrigação anterior à recuperação judicial, o

que faz incidir o artigo 49 da Lei 11.101/2005” (STJ, AgInt no REsp 1260569/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/04/2017, DJe 25/04/2017). 2. “Os processos referentes a créditos concursais e extraconcursais contra o grupo recuperando merecem prosseguir nos juízos de origem até a liquidação dos respectivos valores, com trânsito em julgado de eventuais impugnações ou embargos, consoante já informado na anterior Circular CGJ n. 68/2018” (Circular CGJ n. 90/2018). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4010106-46.2019.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 15-8-2019).

Assim, tal como defendido no recurso ora em análise, o prosseguimento do cumprimento de sentença é medida que se impõe, apurando-se em definitivo a quantia devida, para posterior habilitação no Juízo competente.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - OI - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CRÉDITO CONCURSAL - EXTINÇÃO - LIQUIDAÇÃO - CGJ, CIRCULAR N. 68

1 Na linha do que ficou definido pelo plano de recuperação judicial da Oi S.A., as decisões tomadas no curso da demanda recuperacional “*permitem firmar as seguintes premissas: 1) O encerramento da suspensão das ações e execuções desde 19-12-17; 2) Os créditos concursais - constituídos antes de 20-6-16 - serão pagos conforme os balizamentos do plano de recuperação judicial, devendo ser extintos os processos individuais nos quais são objeto de discussão; 3) Os processos que versam sobre os créditos extraconcursais continuam sendo processados normalmente nos juízos em que foram propostos, porém quaisquer atos expropriatórios devem ser realizados exclusivamente pelo juízo da ação recuperacional; 4) A aprovação do plano de recuperação judicial não atingiu a eficácia da decisão que deferiu o pedido recuperacional - e que foi posteriormente reformada em parte pela corte estadual do rio de janeiro - persistindo: 4.1) A liberação de valores depositados judicialmente pela recuperanda 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 créditos ilíquidos até que se possibilite sua execução, quando deverão ser observadas as diretrizes do item ‘2’ ou ‘3’ adrede vazados, conforme o caso; 5) A competência exclusiva do juízo recuperacional para tratar de atos que digam respeito à disponibilização do patrimônio da ré, excetuando-se os valores depositados antes de 21-6-16, cuja destinação deverá atentar para as premissas do item 4.1.; e 6) Cabe ao credor promover a habilitação e impugnação do seu crédito perante o juízo de soerguimento” (AC n. 0018512-61.2018.8.24.0000, Des. José Carlos Carstens Köhler).*

2 Consoante definido pelo Superior Tribunal de Justiça, “a noção de crédito envolve basicamente a troca de uma prestação atual por uma prestação futura. A partir de um vínculo jurídico existente entre as partes, um dos sujeitos, baseado na confiança depositada no outro (sob o aspecto subjetivo, decorrente dos predicados morais deste e/ou sob o enfoque objetivo, decorrente de sua capacidade econômico-financeira de adimplir com sua obrigação), cumpre com a sua prestação (a atual), com o que passa a assumir a condição de credor, conferindo a outra parte (o devedor) um prazo para a efetivação da contraprestação. Nesses termos, o crédito se encontra constituído, independente do transcurso de prazo que o devedor tem para cumprir com a sua contraprestação, ou seja, ainda, que inexigível. 2. A consolidação do crédito (ainda que inexigível e ilíquido) não depende de provimento judicial que o declare - e muito menos do transcurso de seu trânsito em julgado -, para efeito de sua sujeição aos efeitos da recuperação judicial” (REsp n. 1634046/RS, Min. Marco Aurélio Bellizze).

3 Em outras palavras, em demandas cujo pedido indenizatório tem por causa a inscrição indevida em cadastros de inadimplentes, é a data da negativação que define a origem do crédito. Por conseguinte, se o dia do apontamento em rol restritivo é anterior ao pedido de recuperação judicial, o crédito decorrente é caracterizado como concursal.

4 Resulta dessa premissa que o cumprimento de sentença de crédito concursal movido contra a OI S.A. deve tramitar até finalizar a liquidação. Liquidado o direito, as ações devem ser extintas, mediante extração de certidão de crédito para entrega ao credor, de modo a ser quitado seguindo as balizas do plano de recuperação (CGJ, Circular n. 68). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4002611-14.2020.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 7-4-2020, destacou-se).

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 do recurso e dar-lhe provimento, a fim de reconhecer a natureza concursal do crédito em discussão e determinar o prosseguimento do cumprimento de sentença até a definitiva liquidação do *quantum*.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 4010956-03.2019.8.24.0000 e Agravo Interno n. 4010956-03.2019.8.24.0000/50000, de Sombrio

Relatora: Desembargadora Rosane Portella Wolff

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. JUÍZO A QUO QUE INDEFERE O PLEITO LIMINAR. INCONFORMISMO DO AUTOR.

IMISSÃO NA POSSE. PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA QUE PRESSUPÕE A PROVA DA TITULARIDADE DO DOMÍNIO PELO POSTULANTE, A INDIVIDUALIZAÇÃO DA COISA E A POSSE INJUSTA DO REQUERIDO.

“A reivindicatória, de natureza real e fundada no direito de seqüela, é a ação própria à disposição do titular do domínio para requerer a restituição da coisa de quem injustamente a possui ou detenha (CC/1916, art. 524, e CC/2002, art. 1.228), exigindo a presença concomitante de três requisitos: a prova da titularidade do domínio pelo autor, a individualização da coisa e a posse injusta do réu (REsp 1.060.259/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe de 04/05/2017).” (AgInt no AREsp 947.898/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 29-10-2019).

No âmbito da demanda reivindicatória, a posse injusta não se caracteriza apenas pela clandestinidade, precariedade ou violência, nos termos do art. 1.200 da Norma Civil. Consoante explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, a posse injusta do legitimado para figurar no polo passivo de uma demanda reivindicatória é mais ampla, pois “é aquela que, mesmo obtida pacificamente – despida de realçados vícios -, sobeja desamparada de causa jurídica eficiente capaz de respaldar a atividade do possuidor” (*Curso de direito civil: direitos reais*. v. 5, 8ª ed., Salvador: Jus Podvum, 2012, p. 297).

CASO CONCRETO EM QUE AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE NÃO FOI PROPOSTA EM FACE DO DEVEDOR HIPOTECÁRIO EXPROPRIADO PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA QUE ALIENOU, EM LEILÃO, O BEM LITIGIOSO AO AUTOR. DEMANDA AFORADA EM FACE DOS OCUPANTES DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DA POSSE INJUSTA. CONCESSÃO DO PROVIMENTO JURISDICIONAL EM SEDE LIMINAR QUE SE MOSTRA INVIÁVEL. TESES RECURSAIS REJEITADAS. DECISÃO MONOCRÁTICA REVOGADA.

AGRAVO INTERNO. TERCEIRO QUE PRETENDE A REVERSÃO DE DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEFERIU A IMISSÃO LIMINAR NA POSSE AO AGRAVANTE. PERDA DE OBJETO PELO JULGAMENTO DO MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO E AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4010956-03.2019.8.24.0000 e Agravo Interno n. 4010956-03.2019.8.24.0000/50000, da 1ª Vara da comarca de Sombrio, em que Agravante por Instrumento Francisco Klock e Agravante Interna Silvia Borges Vieira:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do Agravo de Instrumento e negar-lhe provimento, bem como julgar prejudicado o Agravo Interno. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Luís Costa Beber e dele participaram, com voto, o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz e a Exma. Sra. Desa. Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 6 de fevereiro 2020.

Desembargadora Rosane Portella Wolff
Relatora

RELATÓRIO

Francisco Klock interpôs Agravo de Instrumento em face da decisão prolatada pela magistrada Livia Borges Zwetsch Beck nos autos da Ação de Imissão na Posse n. 0300283-30.2019.8.24.0069, proposta em face de Adronei Paulo de Oliveira, perante a 1ª Vara da comarca de Sombrio, que indeferiu o pedido de imissão liminar na posse do imóvel objeto da contenda (pp. 16-18).

Nas razões recursais (pp. 1-6), o Recorrente verberou, em síntese, que: a) a ação tem por objeto “o imóvel descrito na petição inicial, adquirido pelo autor/AGRAVANTE em Leilão Extrajudicial de venda de bem imóvel adjudicado por inadimplência de contrato de mutuo com pacto adjeto de hipoteca, a favor de quem, anteriormente, havia sido consolidada a propriedade”; b) é dispensável o *periculum in mora* para a concessão da tutela liminar no caso concreto, nos termos do art. 37, § 2º, do Decreto-Lei n. 70/66; e c) o pressuposto para a antecipação do provimento jurisdicional é a “comprovação da consolidação da propriedade em seu nome, o que, no caso, se faz presente pelo registro da aquisição na matrícula”.

Ao final, rogou pela outorga do efeito ativo e pela reforma da decisão, a fim de deferir a tutela liminar.

Em análise preliminar, o então relator, Des. Sebastião César Evangelista, deferiu a antecipação de tutela recursal (pp. 24-29).

Na sequência, os autos foram redistribuídos a esta relatoria, que observou modificação no polo passivo da contenda, que passou a ser ocupado por Silvia Borges Vieira, e determinou a retificação do cadastro do presente recurso, bem como a intimação desta para responder ao Recurso (p. 41).

Sem contrarrazões (p. 44), os autos vieram conclusos.

Contra a decisão que deferiu o efeito ativo nesta Corte, a Ré/Agravada interpôs Agravo Interno n. 4010956-03.2019.8.24.0000/50000, pugnando pela suspensão do referido provimento liminar (pp. 1-11). Argumentou que: a) o “imóvel em questão é objeto de uma ação de usucapião ajuizada pela agravante e seu ex-marido que tramita na 2ª Vara da Comarca de Sombrio, autuada sob o nº 0300072-33.2015.8.24.0069 sendo que ainda não fora proferido sentença”; b) “a agravante reside no imóvel com seus dois filhos e sofre de depressão há muitos anos, agora encontra-se na iminência

de ser despejada de seu lar injustamente”; c) “não há provas nos autos acerca da precariedade da posse da agravante”; d) “não há má fé na posse da autora”; e) tem o imóvel “como seu desde o ano de 2007, tendo realizado inúmeras benfeitorias e sem nunca ter sofrido qualquer tipo de esbulho ou ameaça”; f) “não é a devedora do financiamento, não fez parte do mútuo e possui a posse mansa e pacífica do imóvel desde o ano de 2007 juntamente com seu ex- cônjuge”.

Por fim, requereu a revogação da ordem de imissão na posse.

Intimado, o Agravado (Agravante por instrumento), ficou-se silente (p. 26).

Na sequência, vieram ambos os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Agravo de Instrumento.

Insurge-se o Demandante contra a decisão proferida pela Magistrada de origem que denegou a pretendida imissão liminar na posse sob os seguintes fundamentos:

A matrícula acostada demonstra que o imóvel era gravado por hipoteca, cujo credor era o Banco Bamerindus (atualmente denominado Banco Sistema S/A). Ocorre que, em razão de inadimplemento por parte da devedora, foi ajuizada execução hipotecária, tendo o bem sido adjudicado em favor da instituição financeira que, posteriormente, vendeu à parte autora (págs. 11/16, 17/24).

Nesse ínterim, preenchendo o primeiro requisito, a parte autora comprovou a propriedade sobre o imóvel reclamado (área correspondente a 375m² de um terreno situado na Praia Turimar, no município de Balneário Gaivota, inscrito na matrícula 33.317 do CRI desta Comarca (págs. 11/16).

Na sequência, tem-se que foi delimitada a área pretendida, posto que o autor comprou a área total do imóvel (375m²), e pretende ser imitado na posse do bem em sua fração total.

No entanto, não ficou comprovado nos autos a posse injusta praticada pela requerida, o que poderia ter sido feito, por exemplo, através da juntada de notificação extrajudicial remetida pelo autor e recebida pela possuidora.

Ausente a probabilidade do direito, verifica-se que também não ficou demonstrado o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Isso porque, o autor, alegando urgência em ser imitado na posse do imóvel, não comprovou a existência de riscos ou danos que o indeferimento da liminar eventualmente lhe causaria.

[...]

(pp. 16-17).

Ao interpor o Agravo de Instrumento, o Autor defendeu que os pressupostos para a concessão de imissão liminar autorizando sua imissão na posse estavam preenchidos, porquanto satisfeitos os requisitos do art. 37, § 2º, do Decreto-Lei 70/66.

O Recurso, contudo, não merece provimento.

A ação de imissão na posse é espécie de demanda petitória, que tem por finalidade assegurar ao proprietário o direito de postular a restituição do bem de quem injustamente o detenha.

O fundamento da referida pretensão é o art. 1.228 do Código Civil, que preceitua: “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Daí se extrai que os pressupostos para o deferimento de pretensão reivindicatória são (a) a prova da titularidade do domínio do bem pelo postulante, (b) a individualização da coisa e (c) a posse injusta do requerido.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DOS DEMANDADOS.

1. **A reivindicatória, de natureza real e fundada no direito de sequela, é a ação própria à disposição do titular do domínio para requerer a restituição da coisa de quem injustamente a possua ou detenha (CC/1916, art. 524, e CC/2002, art. 1.228), exigindo a presença concomitante de três requisitos: a prova da titularidade do domínio pelo autor, a individualização da coisa e a posse injusta do réu (REsp 1.060.259/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe de 04/05/2017).**

2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem, com base nos elementos fático-probatórios constantes dos autos, concluiu que o recorrido apresentou título idôneo, apto a comprovar a propriedade do bem, e consignou não estarem presentes os requisitos necessários à configuração da usucapião em favor dos recorrentes. Alterar tais conclusões demandaria o reexame de fatos e provas, inviável em recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 947.898/DF, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 29-10-2019; grifou-se).

Ademais, no âmbito da demanda reivindicatória, a posse injusta não se caracteriza apenas pela clandestinidade, precariedade ou violência, nos termos do art. 1.200 da Norma Civil. Consoante explicam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, a posse injusta do legitimado para figurar no polo passivo de uma demanda reivindicatória é mais ampla, pois “é aquela que, mesmo obtida pacificamente – despida de realçados vícios -, sobeja desamparada de causa jurídica eficiente capaz de respaldar a atividade do possuidor” (*Curso de direito civil: direitos reais*. v. 5, 8ª ed., Salvador: Jus

Podvum, 2012, p. 297).

Feitas essas considerações preliminares, passa-se ao exame do caso concreto.

Ao contrário do que foi consignado na decisão monocrática de pp. 24-29, a ação originária não foi proposta contra o devedor que perdeu a propriedade em execução de cédula hipotecária em favor do Banco que alienou o bem, em leilão, ao Requerente.

Verifica-se na petição inicial que ao polo passivo da contenda foi apontado Adronei Paulo de Oliveira, pessoa que, juntamente com seus familiares, ocupava o imóvel. Todavia, em conformidade com o apontado pela Magistrada de origem, não restou demonstrada a posse injusta dos Ocupantes, porquanto não foram notificados para a respectiva desocupação.

Outrossim, em 2015, muito antes da aquisição do bem pelo então Autor (2018), Adronei – ex-marido de Silvia Borges Vieira, ora Agravante Interna – já havia ajuizado a ação de usucapião n. 0300072-33.2015.8.24.0069 com o objetivo de obter a propriedade do imóvel em questão.

Na inicial da referida ação, foram narrados os seguintes fatos:

O autor possui de forma mansa, pacífica e ininterrupta com ânimos de dono, há mais de 10 (dez) anos, o imóvel situado na cidade de Balneário Gaivota/SC.

Durante todos estes anos, o autor utiliza o imóvel como sua residência, efetuando pontualmente o pagamento dos tributos incidentes, zelando e cuidando desse como se dono fosse.

A posse exercida pelo autor jamais sofreu qualquer contestação, de quem quer que fosse, até porque o proprietário que consta no registro do imóvel (doc. Em anexo), durante o tempo em que o autor exerce a posse, nunca o procurou.

Ali o requerente estabeleceu moradia com sua família no imóvel usucapiendo desde o final do ano de 2004, permanecendo lá até hoje, sem a interpelação de ninguém quanto à posse e/ou propriedade do imóvel, o que vem exercendo desde aqueles dias.

[...]

(p. 2 dos referidos autos)

Ademais, consta do processo de conhecimento originário do presente Recurso que a ocupação por pessoa diversa do devedor expropriado pela instituição bancária era situação conhecida do Autor quando da propositura da ação. Isso porque, além de ter acostado a matrícula do imóvel, segundo a qual a devedora hipotecária era Zuleika Abreu de Souza (pp. 11-16), apresentou petição ao Juízo requerendo a emenda à inicial para fazer constar no polo passivo a Sra. Silvia Borges Vieira (Agravante Interna), justificando que:

[...] a identificação do polo passivo anteriormente informado se deu com base em informações levantadas perante vizinhos e corroborada pela Ação de Usucapião n. 0300072-33.2015.8.24.0069, em trâmite perante

esta Comarca, na qual Adronei postula a aquisição originária fundamentada na posse do imóvel, bem como o pedido de imissão na posse se dirigia ao requerido e seus familiares.

[...]

(p. 82 da ação petítória)

Diante das circunstâncias esquadrihadas, tem-se que, não obstante o Autor ostente a condição de proprietário e o bem reivindicado esteja individualizado, não há evidência da posse injusta dos ocupantes do imóvel, tanto de Adronei como de Silvia, uma vez que a posse até então exercida por eles, em conjunto ou isoladamente após o divórcio, em conformidade com o informado na exordial da ação de usucapião, não sofreu oposição por qualquer interessado e, no local litigioso, estabeleceram moradia habitual, tendo edificado sua casa.

Assim, não se encontram preenchidos os pressupostos, *a priori*, da concessão de tutela de urgência, nos moldes do art. 300 do Código de Processo Civil, de modo que a decisão agravada deve ser mantida e a monocrática de pp. 24-29 revogada.

Em situação semelhante, esta Corte já assentou:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DEFERIDA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ. AGRAVANTE QUE ALEGA EXERCER A POSSE SOBRE O BEM HÁ MAIS DE CINCO ANOS, UTILIZANDO-O COMO RESIDÊNCIA. IMÓVEL, ADEMAIS, QUE É OBJETO DE DISPUTA EM OUTROS PROCESSOS JUDICIAIS. QUESTÕES QUE MERECEM SER OBJETO DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE INDICATIVOS SEGUROS DA POSSE INJUSTA DA RÉ. REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA LIMINAR DE IMISSÃO NA POSSE NÃO SATISFEITOS. EXEGESE DO ART. 300 DO CPC. DECISÃO REVOGADA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(Agravado de Instrumento n. 4028975-57.2019.8.24.0000, rel. Des. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 12-12-2019).

Outrossim, com o julgamento do mérito do Agravo de Instrumento, queda-se prejudicada a análise do Agravo Interno. Neste sentido, confira-se:

AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO ORIGINÁRIO. RECURSO PREJUDICADO.

(Agravado n. 4003759-31.2018.8.24.0000, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 31-7-18).

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade:

a) conhece-se do Agravo de Instrumento e nega-se-lhe provimento, revogando-se a decisão monocrática de pp. 24-29; e

b) julga-se prejudicado o Agravo Interno.

Comunique-se o presente julgamento ao Juízo de origem.

Agravo de Instrumento n. 4000032-93.2020.8.24.0000, de Capital

Relator: Desembargador Rubens Schulz

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PENHORA ON-LINE. INDEFERIMENTO. RECURSO DA CREDORA.

BACENJUD. CONSTRIÇÃO DE ATIVOS EM NOME DA DEVEDORA. NEGATIVA DO PLEITO EM FACE DA SUPOSTA INCIDÊNCIA EM TIPO PENAL DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE. INOCORRÊNCIA NO CASO. INTERLOCUTÓRIO PROFERIDO AO TEMPO DA *VACATIO LEGIS* PRÉVIA À VIGÊNCIA DA NOVA LEI PENAL. CONDUTA, ADEMAIS, QUE NÃO CONFIGURARIA O TIPO ALI PREVISTO SE ESTE ESTIVESSE VIGENTE. PREFERÊNCIA DO DINHEIRO COMO PRIORIDADE NA CONSTRIÇÃO PARA SATISFAÇÃO DA DÍVIDA. PRECEDENTES DESTA CORTE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4000032-93.2020.8.24.0000, da comarca da Capital (1ª Vara Cível), em que é Agravante Márcia da Silva Pereira e Agravada A. P. L Incorporações e Construções Ltda:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para, confirmando a tutela antecipada recursal antes deferida, reformar o interlocutório no ponto que toca à consulta ao sistema Bacenjud. 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, 18 de junho de 2020.

Desembargador Rubens Schulz

RELATOR

RELATÓRIO

Márcia da Silva Pereira interpôs Agravo de Instrumento contra a decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da comarca da Capital que, nos autos do Cumprimento de Sentença n. 0100411-95.2007.8.24.0023/01 que move em face de APL Incorporações e Construções, indeferiu o pedido de penhora via Sistema BacenJud. Aduziu que, ao contrário do posicionamento adotado pelo magistrado singular, a penhora on-line não configura medida ilegal ou arbitrária, caracterizadora da conduta típica prevista no art. 36 da Lei n. 13.869/2019 (Nova Lei de Abuso de Autoridade), mas sim baseada em determinação legal, prevista no art. 854 do Código de

Processo Civil. Assim, salientando ter apresentado planilha atualizada do débito e destacando que a impugnação apresentada pela executada, aqui agravada, foi rejeitada, requereu a antecipação da tutela recursal, para que seja deferida a penhora através do Sistema BacenJud, com a confirmação da medida no julgamento do mérito deste agravo.

Este Relator deferiu o pleito liminar para determinar a consulta ao Bacenjud (fls. 96-99).

Cientes o Juízo de origem e a agravada, esta apresentou contrarrazões (fls. 104-109)

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade recursal, conforme a exegese dos arts. 1.015, parágrafo único, a 1.017 do Código de Processo Civil, conhece-se deste agravo de instrumento.

Nos autos do cumprimento de sentença na origem, oposta Impugnação pela agravada, esta restara rejeitada pela Magistrada singular pela decisão recorrida.

No mesmo ato, contudo, embora deferida a busca de veículos e averbação de restrição para evitar alienação através do sistema Renajud com relação à executada, negou o pedido de penhora on-line sob o fundamento da inexistência de tempo hábil para cumprir os trâmites administrativos ligados ao cumprimento de ordem pelo Sistema BacenJud antes do recesso do Poder Judiciário, bem como pela possibilidade de eventual indisponibilidade de bens recair sobre importância superior ao débito e, com isso, caracterizar o crime de abuso de autoridade, previsto no art. 36 da Lei n. 13.869/2019.

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la.

Tocante ao tipo penal objeto da fundamentação de sua Excelência, importa que algumas questões aqui sejam ponderadas.

Primeiramente, destaco que a decisão restou proferida nos autos no início do mês de dezembro de 2019.

A Lei n. 13.869/2019 foi sancionada e publicada no mês de setembro de 2019, sendo certo que seu artigo 45 estabeleceu *vacatio legis* de 120 (cento e vinte dias). A sua vigência, então, teve início em 3-1-2020.

À vista de tanto, não se afigura juridicamente possível que a autoridade que prolatou a decisão recorrida pudesse incorrer em qualquer dos tipos penais que estivessem apostos na letra da lei penal nova.

Na *vacatio legis* a lei não tem vigência, sendo certo que seus efeitos somente começarão a se produzir quando findo este período de vacância (art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Sem embargo deste argumento atinente ao processo legislativo, a referida Nova Lei de Abuso de Autoridade foi clara ao dispor, em seu art. 1º, que as condutas nela descritas constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente “*com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal*” (§ 1º), ressaltando ainda que “*a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade*” (§ 2º).

A novidade legislativa ainda é origem de certa dúvida na doutrina quanto ao dolo da conduta do agente – notadamente se cabível ou não o reconhecimento do dolo eventual.

Contudo, em primeiras impressões da interpretação teleológica e sistemática afere-se que a lei não prevê o tipo penal em questão na modalidade culposa, mas sim, de modo que a determinação de penhora via Bacenjud pelo magistrado somente configuraria crime de abuso de autoridade se ele agisse com o dolo de prejudicar a parte ou beneficiar a si ou a terceiro, aliado às próprias condutas específicas descritas no art. 36, quais sejam, o bloqueio excessivo e a ausência de correção, a partir de indicação feita pela parte.

O tipo consubstancia não só o bloqueio on-line em si, mas a prática da conduta movida pela motivação específica de causar prejuízo, beneficiar o agente ou pelo mero capricho, aliado ao segundo proceder de, à vista da prova do excesso, não promover o desbloqueio do montante penhorado a maior.

Nesta Corte recentemente afirmou-se que, “*embora não se desconheça que a decretação do Bacenjud por vezes alcança ativos financeiros em contas múltiplas, só haverá crime por parte do magistrado se, dolosamente, após a demonstração da excessividade da medida pela parte prejudicada, deixar de corrigir o ato com o especial fim de agir supramencionado*” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4031507-04.2019.8.24.0000, da Capital, rela. Desa. Janice Goulart Garcia Ubialli, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 28-1-2020).

Não é demais considerar também que, nos termos do art. 835, I, § 1º, c/c art. 854 do Código de Processo Civil, a penhora on-line de ativos em nome da parte devedora tem preferência sobre a dos demais bens e constitui eficiente mecanismo de efetivação das medidas executórias.

Este Órgão Fracionário recentemente manifestou-se pela viabilidade da consulta e penhora de ativos no Bacenjud, rechaçando o temor da incidência do tipo penal em comento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. INTERLOCUTÓRIO QUE INDEFERIU A PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS VIA SISTEMA BACENJUD COM

FUNDAMENTO DA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE. RECURSO DA PARTE EXEQUENTE, QUE TENCIONA O DEFERIMENTO DA CONSTRIÇÃO.

FUNDAMENTO DA DECISÃO INSUSTENTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO SINGULAR INCORRER NA CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 36 DA LEI 13.869/2019, POIS PROFERIDA A DECISÃO RECORRIDA DURANTE A *VACATIO LEGIS*.

PRÁTICA ILÍCITA QUE, ADEMAIS, DEPENDERIA DA DEMONSTRAÇÃO DA INTENÇÃO ESPECÍFICA DO AGENTE DE PREJUDICAR OUTREM, BENEFICIAR A SI MESMO OU DE AGIR POR MERO CAPRICHOU OU SATISFAÇÃO PESSOAL (ART. 1º, § 1º, DA LEI 13.869/2019), O QUE NÃO SE EVIDENCIA NO REGULAR PROCESSAMENTO DA PRESENTE EXECUÇÃO.

PENHORA ELETRÔNICA DE NUMERÁRIO QUE, ADEMAIS, É PLENAMENTE AUTORIZADA PELA LEI ADJETIVA. DINHEIRO QUE, INCLUSIVE, OCUPA PREFERÊNCIA NA ORDEM LEGAL DE CONSTRIÇÃO. EXEGESE DOS ART. 854 E 835, I, AMBOS DO CPC.

DEFERIMENTO DA PENHORA, NA FORMA PRETENDIDA PELO EXEQUENTE, QUE SE IMPÕE. DECISÃO REFORMADA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4033642-86.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 30-4-2020).

Diante do exposto, vota-se por dar provimento ao recurso a fim de que se proceda à busca por ativos no Bacenjud, confirmando a medida antes deferida em sede de tutela antecipada recursal.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0303058-74.2014.8.24.0010, Braço do Norte

Relator: Deembargador Marcus Tulio Sartorato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. SUPOSTAS DOAÇÕES INOFICIOSAS. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO PELA PRESCRIÇÃO. NEGÓCIOS JURÍDICOS CELEBRADOS NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. DOAÇÕES INOFICIOSAS JÁ CLASSIFICADAS À ÉPOCA COMO NEGÓCIOS JURÍDICOS NULOS (ART. 1.176). JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA QUE SUBMETE O DIREITO POTESTATIVO DE DESCONSTITUIÇÃO DO PACTO AO PRAZO PRESCRICIONAL VINTENÁRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. POSIÇÃO SUPERADA POR ESTA CÂMARA EM JULGAMENTO RECENTE. NEGÓCIOS JURÍDICOS NULOS QUE NÃO CONVALESCEM PELO DECURSO DO TEMPO. INTELIGÊNCIA DO ART. 169 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. DOUTRINA NESSE SENTIDO. SENTENÇA ANULADA. RETORNO AO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

Os negócios jurídicos absolutamente nulos, ainda que firmados sob a égide do Código Civil de 1916, não convalidam pelo decurso do tempo. *Mutatis mutandis*, “Resultando provado que a escritura de compra e venda for forjada, o ato é tido como nulo e não convalida pela prescrição. A nulidade é perpétua, no sentido de que, em princípio, não se extingue por efeito da prescrição, eis que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido” (STJ, Resp 12.511/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 08/10/1991).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303058-74.2014.8.24.0010, da comarca de Braço do Norte 2ª Vara Cível em que é Apelante Marcos Alexandre Walter Rech e Apelados Rosinete Rech Debiasi e outros.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso para anular a sentença e determinar o prosseguimento do feito na origem. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, com votos vencedores, a Exma. Sra. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta e o Exmo. Sr. Des. Saul Steil.

Florianópolis, 30 de junho de 2020.

Desembargador Marcus Tulio Sartorato
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado às fls. 372/373, por revelar com transparência o que existe nestes autos, *in verbis*:

Trata-se de ação declaratória de nulidade e anulatória de negócio jurídico, proposta por Marcos Alexandre Walter Rech em face de Rosinete Rech Debiase e seu esposo Vítor Debiase, Romilton Jasper Rech e Rosilene Rech Geremias e seu esposo Ari Antônio Dalsasso Geremias.

Sustentou o autor que é filho de Martinho Rech, também genitor dos requeridos, o qual doou para os mencionados filhos, em 1996, cerca de 18 imóveis, além de vender-lhes outros três. Em consequência, o autor alegou que as referidas doações foram inoficiosas, porque excederam à parte que o doador poderia dispor no momento do contrato, consistente na legítima que compete ao requerente. Além disso, disse que o negócio jurídico relativo à alienação dos três imóveis é anulável, porque realizada aos descendentes sem o consentimento dos demais. Assim, pleiteou a declaração de nulidade da doação e a anulação da venda, bem como a indisponibilidade dos imóveis respectivos.

Fez os demais requerimentos de estilo e juntou documentos (páginas 1/117).

Recebida a inicial, o processo foi extinto sem resolução de mérito em relação ao pedido de anulação da venda dos três imóveis, em razão do reconhecimento da decadência. No mais, o pedido de indisponibilidade dos bens foi acolhido e determinada a citação (páginas 114/117).

Os requeridos foram citados e, em contestação, alegaram preliminarmente a ocorrência da prescrição. Após, disseram que metade do patrimônio referido dos autos pertencia unicamente à esposa do genitor, a senhora Maria Jasper Rech, em razão da meação do regime matrimonial de bens. Em relação à metade restante, alegaram que 50% poderia ser disposto livremente pelo genitor, sendo somente 50% relativo à legítima, a qual, em tese, o requeute tem direito. Pugnaram, assim, pela improcedência do pedido (páginas 137/151).

O autor manifestou-se sobre a contestação, reiterando os argumentos da exordial (páginas 192/200).

Na decisão saneadora, o Juízo rechaçou a alegação de prescrição, bem como afastou a indisponibilidade da maior parte dos imóveis (páginas 219/222).

Designada audiência de instrução e julgamento, as partes e os procuradores não compareceram (página 260), apresentado alegações finais por memoriais (páginas 358/371).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

O MM. Juiz de Direito, Dr. Fernando Machado Carboni, decidiu a lide nos seguintes termos (fls. 377/378):

Ante o exposto, JULGO EXTINTO o feito, com resolução de mérito, em razão da prescrição, nos termos do artigo 487, inciso II, do Código de Processo Civil Condeno o autor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, os quais fixo em 20% do valor da causa, suspensos em razão da gratuidade da justiça deferida, nos moldes do artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

Oficie-se ao Cartório de Registro de Imóveis, para que retire a averbação de indisponibilidade dos imóveis discutidos nesta ação.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Inconformado, o autor interpôs recurso de apelação (fls. 385/392), no qual sustenta, em suma, que o negócio jurídico nulo não se submete à prescrição e, ainda que se submetesse, o prazo inicial somente poderia ser contado a partir da abertura da sucessão e não do registro das escrituras. Diz, com isso, que não é possível reconhecer a prescrição na hipótese.

Em contrarrazões, os apelados pugnam pelo desprovimento do recurso (fls. 402/418).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em manifestação de lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira, deixou de emitir parecer por não vislumbrar razão para a intervenção (fls. 423/424).

VOTO

Discute-se nesta ação a (in)validade das doações efetuadas pelo Sr. Martinho Rech, falecido pai do autor, em favor de seus meio-irmãos e cunhados, no ano de 1996. Segundo o autor, a liberalidade teria ultrapassado a parcela do patrimônio de que o seu genitor poderia dispor em testamento, o que a macularia na parte excedente, nos termos do art. 1.176 do Código Civil de 1916, vigente à época.

O pleito não chegou a ser analisado na sentença, uma vez que o magistrado singular julgou extinto o processo pela prescrição.

A questão a ser resolvida nesta instância, portanto, está em saber se o pleito formulado na inicial, realmente, submete-se à prescrição, já que a inoficiosidade da doação é causa de nulidade absoluta, que, segundo o Código Civil de 2002 (art. 169), “*não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo*”.

Na jurisprudência, há quase uma unanimidade quanto ao assunto. São pouquíssimos os julgados que divergem da orientação, já antiga, de que as ações relativas a doação inoficiosa submetem-se ao prazo prescricional vintenário do Código Civil de 1916 ou, se for o caso, do prazo prescricional decenal do Código Civil de 2002.

Esta Câmara mesmo já seguiu essa posição em mais de uma oportunidade (cf., por exemplo, AC n. 2008.025543-4, rel. Des. Henry Petry Júnior, j. 21-10-2008; AC n. 2001.016183-4, rel. Des. Dionízio Jenczak, j. 20-05-2005). Contudo, recentemente, este Colegiado houve por bem superá-la, para seguir o entendimento – baseado na literalidade do Código Civil e na posição majoritária da doutrina – de que o direito de postular a desconstituição de negócio jurídico nulo não está sujeito à prescrição ou decadência.

O *overruling* ocorreu no julgamento da Apelação Cível n. 0307439-36.2017.8.24.0038, de minha relatoria, que tratava de causa na qual se pedia a desconstituição de venda realizada entre ascendente e descendente não anuída pelos demais descendentes. Na ocasião, elaborei extenso voto para justificar a superação da Súmula 494 do STF e demonstrar a incoerência do raciocínio de que os negócios jurídicos nulos estão submetidos a prazo prescricional. Assim, para evitar desnecessária

repetição de argumentos, adotam-se aqui como razões de decidir, com as devidas adaptações, os argumentos lá lançados:

O contexto fático do caso que se põe a exame é, resumidamente, o seguinte: os autores, filho e nora de Leopoldo Nass e Agnes Nass (já falecidos), pretendem anular uma escritura pública de venda de imóvel realizada por estes, em 06.01.1997, às irmãs do autor e seus respectivos maridos, pois jamais teriam dado sua anuência a tal negócio, que fora feito às escondidas. O negócio seria nulo pois configuraria venda de ascendente a descendente sem a anuência de todos os filhos, violando o art. 1.132 do Código Civil de 1916.

No que interessa inicialmente a este apelo, a discussão limita-se à definição do prazo prescricional ou decadencial aplicável à hipótese.

O juízo a quo, ao considerar que à época da alienação o prazo a ser aplicado a esta hipótese seria o vintenário do art. 177 do Código Civil de 1916 (CC/1916), valeu-se da regra de transição do art. 2.028 do Código Civil de 2002 (CC/2002) e, concluindo pela incidência da nova legislação, decidiu pelo prazo decadencial de 2 (dois) anos previsto no art. 179. Assim, porque já haviam decorrido mais de 2 (dois) anos entre o início da vigência do CC/2002 (11.02.2003) e o ajuizamento da ação, o Magistrado pronunciou na sentença a decadência do direito da parte autora.

A despeito de sua lógica interna, a decisão recorrida parte de premissas questionáveis, as quais serão aqui examinadas mais detidamente.

Em princípio, o prazo prescricional aplicável à ação que pretendia anular venda direta de ascendente para descendente, na vigência do antigo Código, parecia ser realmente de 20 (vinte) anos, de acordo com a Súmula 494 do Supremo Tribunal Federal, de 1969, que dispunha: “A ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula nº 152”.

Não obstante, a venda de ascendente para descendente realizada sem o consentimento dos irmãos, prática vedada pelo art. 1.132 do CC/1916, era classificada majoritariamente como negócio jurídico nulo pela doutrina e pela jurisprudência, fosse porque caracterizava ato praticado contra expressa vedação legal, fosse porque não apresentava solenidade essencial prevista em lei, amoldando-se, então, à hipótese do art. 145, IV, do mesmo Código.

A nulidade absoluta da venda era, desde lá, entendimento amplamente encontrado na jurisprudência dos tribunais superiores:

VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. SEM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS DESCENDENTES, ELA É NULA E NÃO APENAS ANULÁVEL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.132 DO COD. CIVIL. (STF, RE 51523, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 27/09/1966, DJ 22-02-1967 PP-00296 EMENT VOL-00680-02 PP-00652)

A VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE, SEM O CONSENTIMENTO DOS DEMAIS, É NULA QUER SEJA FEITA DIRETA OU INDIRETAMENTE, ART. 1132 DO CÓDIGO CIVIL. [...] (STF, RE 92810, Relator: Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 21/08/1981, DJ 23-10-1981 PP-10630 EMENT VOL-01231-01 PP-00291 RTJ VOL-00099-03 PP-01286)

Se a venda é proibida, nula ela é, mesmo feita por interposta pessoa [...] (STF, RE 79109, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Segunda Turma, julgado em 05/11/1974, DJ 21-03-1975 PP-01717 EMENT VOL-00978-01 PP-00357)

CIVIL. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. NULIDADE. USUCAPIÃO COMO DEFESA.

1. A VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE, SEM O CONSENTIMENTO EXPRESSO DOS DEMAIS DESCENDENTES, É NULA [...].

Seja, portanto, pela prática de ato em fraude a lei, seja porque o consentimento expresso dos demais ascendentes se reputa como formalidade essencial à validade da venda, o certo é que estamos diante de verdadeira nulidade, dado que, embora de direito privado a regra do art. 1.132 do Código, contém ela carga de ordem pública indisfarçável, desde a sua introdução na legislação do reino, para afastar “enganos e demandas”. [...]

(STJ, Resp 10.038/MS, Rel. Ministro DIAS TRINDADE, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/05/1991, DJ 17/06/1991, p. 8209)

VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE. [...] A venda de ascendente a descendente, sem interposta pessoa, é nula [...]

(STJ, Resp 208.521/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/1999, DJ 21/02/2000, p. 132)

Porém, ao mesmo tempo em que consideravam o ato nulo *ipso iure*, os julgados seguiam (e seguem) aplicando, aparentemente de modo irrefletido, o prazo prescricional de 20 (vinte) anos previsto na Súmula 494 do STF, sem que uma atenção mais específica fosse dada aos fundamentos da incidência de tal prazo a essa hipótese. Aliás, nem mesmo os precedentes que culminaram na adoção da Súmula 494 fornecem razões claras e explícitas para a aplicação do prazo vintenário a tais casos, uma vez que a discussão, na adoção da súmula, centrou-se mais na busca pelo termo inicial da prescrição (se da data do ato ou da data da morte) do que no prazo em si.

É verdade que o contexto legislativo não favorecia a procura por clareza acerca do tema. Afinal, como amplamente se difundiu, o CC/1916, desconsiderando muitas das nuances ligadas à prescrição e à decadência, tratou todos os prazos de propositura de ações como prescricionais, não atentando ao conceito de decadência e, com isso, criando uma série de confusões neste domínio sobre as quais a doutrina e a jurisprudência se debateram por anos a fio.

Alguns interpretavam que, na ausência de previsão específica sobre o prazo prescricional aplicável a uma determinada hipótese, independentemente da natureza da ação, deveria ser empregado o prazo geral previsto no art. 177 do CC/1916, que era de 20 (vinte) anos para as ações pessoais e de 10 (dez) anos para as ações reais. Nessa ótica, não haveria qualquer caso de imprescritibilidade (ou de “ações perpétuas”) na antiga codificação, pois toda ação para a qual não houvesse regulação específica prescreveria, no máximo, em 20 (vinte) anos.

Entretanto, além de ignorar completamente a importante distinção entre decadência e prescrição (ou precisamente por isso), essa interpretação era muito difícil de ser enquadrada no panorama da teoria jurídica, especialmente no âmbito processual. Isto porque não se podia compreender, por exemplo, de que modo uma ação de natureza declaratória poderia estar sujeita a um prazo prescricional, já que não envolvia qualquer espécie de pretensão, pois tinha o único objetivo de conseguir uma certeza jurídica sobre determinada situação – e nada mais.

Nesse contexto, uma das referências doutrinárias mais marcantes do período foi o prestigiado artigo intitulado “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, de autoria de Agnelo Amorim Filho (RT 300, p. 8, 1960). Não foi sem razão que Humberto Theodoro Júnior lhe prestou tributo em seu artigo chamado “Distinção científica entre prescrição e decadência. Um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho” (In: DIDIER Jr., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. Reflexos do Novo Código Civil no Direito Processual. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 225). Devido à clareza da obra, que iluminou as discussões de então, vale a pena seguir-lhe o raciocínio.

Primeiro, quanto às ações declaratórias. Todo prazo prescricional está inexoravelmente ligado à lesão de um direito. Se não há direito violado, não há pretensão; e se não há pretensão, não se pode falar em prescrição. De modo semelhante, toda decadência pressupõe o exercício de um direito. Se não há direito a ser exercido, não pode haver prazo decadencial para exercê-lo. Assim, uma vez que a simples ação declaratória não visa nem à reparação de um direito violado e nem ao exercício de um direito, ela não pode ser objeto nem de prescrição nem de decadência. Essa conclusão decorre da própria teoria geral do processo e do direito civil.

Dificuldade análoga envolvia as ações constitutivas. No caso destas, também não há violação de direito que faz surgir pretensão – ou seja, não se exige, nelas, uma prestação por parte do réu, de modo que não se pode falar em prescrição. O que há é o mero objetivo de formar, modificar ou extinguir um determinado estado jurídico, situação a cujos efeitos o réu simplesmente se sujeita, independentemente de sua vontade. A ação constitutiva é o meio através do qual se exerce um direito potestativo, e seu conteúdo se esgota no próprio provimento judicial, sem necessidade de execução. Exemplos de tais ações são as de nulidade contratual ou de divórcio. Por terem caráter potestativo, de exercício de direito, tais ações estão sujeitas à decadência, e não à prescrição. A dificuldade, porém, residia no fato de que o CC/1916 não havia previsto prazos decadenciais, mas apenas prescricionais. Logo, na ausência de previsão específica, tais ações não estariam sujeitas a prazo nenhum: seriam “perpétuas”, como denominou o Agnelo Amorim Filho.

Não havia, portanto, norma dispondo sobre a decadência aplicável às ações constitutivas no antigo Código. Evidentemente que, ainda assim, seria possível argumentar em favor da aplicação do prazo prescricional geral de 20 (vinte) anos a tais ações, de forma analógica, considerando-se que o Código não atentou às devidas distinções entre os institutos da decadência e da prescrição. Entretanto, o caso específico da venda de ascendente para ascendente, como se viu, não envolvia mera ação constitutiva: envolvia também nulidade absoluta.

A característica fundamental de uma nulidade absoluta é de que ela não pode convalidar pelo decurso do tempo e não pode ser suprida, nem pelo juiz, nem pela vontade das partes (art. 146, parágrafo único, CC/1916). Admitir o contrário, inclusive, conduziria a situações absurdas nas quais, por exemplo, um contrato qualquer firmado por uma criança de 6 anos não pudesse mais ser anulado depois de transcorrido certo tempo. Ou, ainda, um contrato com objeto ilícito (envolvendo tráfico de drogas ou pagamento de propinas, por exemplo), viesse a se convalidar pelo simples decurso do tempo.

Assim, mesmo os julgados da época do CC/1916 já admitiam, de forma tranquila, a imprescritibilidade (ou a perpetuidade) de ações constitutivas voltadas à anulação de negócios jurídicos absolutamente nulos:

Processual Civil. Ação de Anulação de Declaração de Compra e Venda de Imóvel. Prescrição. Ato Nulo. Ausência. Outorga Uxória.

I - A ausência de consentimento ou outorga uxória em declaração de transferência de imóvel pertencente ao patrimônio do casal é ato jurídico absolutamente nulo e, por isso, imprescritível, podendo sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, além de não produzir qualquer efeito jurídico.

II - Inaplicabilidade à espécie dos artigos 177 e 178 do Código Civil.

III - Precedentes desta Corte.

IV - Recurso especial não conhecido. (Resp 38.549/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2000, DJ 28/08/2000, p. 70).

CIVIL - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - NULIDADE DA ESCRITURA - PRESCRIÇÃO - MATÉRIA DE FATO.

I- RESULTANDO PROVADO QUE A ESCRITURA DE COMPRA E VENDA FOI FORJADA, O ATO E TIDO COMO NULO E NÃO CONVALESCE PELA PRESCRIÇÃO. A NULIDADE É PERPETUA, NO

SENTIDO DE QUE, EM PRINCÍPIO NÃO SE EXTINGUE POR EFEITO DA PRESCRIÇÃO, EIS QUE O DECURSO DO TEMPO NÃO CONVALIDA O QUE NASCEU INVALIDO.

II- MATÉRIA DE PROVA EM QUE SE FORROU A CAUSA, NÃO SE A EXAMINA NO ESPECIAL.

III- RECURSO NÃO CONHECIDO.

(Resp 12.511/SP, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/1991, DJ 04/11/1991, p. 15684)

AGRAVO REGIMENTAL. AÇÕES DE USUCAPIÃO E REIVINDICATÓRIA .TITULOS NULOS. IMPRESCRITIBILIDADE.

1. ATOS JURÍDICOS NULOS NÃO PRESCREVEM, PODENDO SER DECLARADOS NULOS A QUALQUER TEMPO, NÃO VIOLANDO LEI FEDERAL O ACÓRDÃO QUE, ACOLHENDO ESSE ENTENDIMENTO, JULGA PROCEDENTE AÇÃO DE USUCAPIÃO E IMPROCEDENTE AÇÃO REIVINDICATÓRIA.

2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(AgRg no Ag 84.867/PR, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/1996, DJ 14/10/1996, p. 39005)

Registros públicos. Ação anulatória de registro imobiliário. Prescrição.

1. As nulidades de pleno direito invalidam o registro (Lei nº 6.015/73, art. 214). Princípio da continuidade.
2. Segundo boa parte da doutrina, a nulidade, além de insanável, é imprescritível. Conforme precedente da 3ª Turma do STJ, "Resultando provado que a escritura de compra e venda for forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição" (Resp-12.511, DJ de 4.11.91).
3. Não se perde a propriedade pelo não-uso (Resp-76.927, DJ de 13.4.98). Não se extingue enquanto não se adquire, a saber, "a prescrição extintiva não ocorre enquanto não se perfizer a prescrição aquisitiva que se lhe contrapõe" (RP-55/196).
4. Caso em que se entendeu imprescritível a pretensão. Inocorrência de afronta ao art. 177 do Cód. Civil.
5. Recurso especial não conhecido.

(Resp 89.768/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/03/1999, DJ 21/06/1999, p. 149)

PRESCRIÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CASAMENTO. BIGAMIA.

- A ação proposta com a finalidade de declarar-se a nulidade absoluta do casamento, por bigamia, é imprescritível.

Recurso especial não conhecido.

(Resp 85.794/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 05/10/1999, DJ 17/12/1999, p. 371)

Nesse panorama, porque a venda de ascendente a descendente sem anuência dos interessados era ato que se viciava por nulidade absoluta, não fazia sentido dizer que o manejo da ação constitutiva direcionada à decretação de sua nulidade poderia ser impedido pela prescrição. Afirmar o contrário não apenas ignora a teoria processual, mas atinge a própria coerência do raciocínio jurisprudencial, que, de um lado, considera os atos nulos incapazes de convalescerem pelo decurso do tempo e, de outro lado, aplica prazo prescricional à ação anulatória de venda de ascendente para descendente, que era ato nulo.

Para solucionar tais incoerências, enfim, a via mais acertada é não aplicar prazo prescricional à venda de ascendente para descendente celebrada na vigência do CC/1916, por tratar-se de ação constitutiva, modalidade que não se sujeita a prescrição; e nem aplicar prazo decadencial, pois não havia previsão específica de tal prazo para essa ação no código antigo, e, além disso, porque os atos nulos não podem convalescer pelo decurso do tempo. Assim, colocados os devidos pingos nos is, a ação de nulidade para desconstituir a venda não anuída de ascendente a descendente, sob o Código Civil de 1916, caracteriza-se como perpétua.

Não se ignora, por fim, que a Súmula 494 do STF, de 1969, ainda segue sendo respeitada na jurisprudência do STJ em casos de anulação de venda de ascendente a descendente sob a vigência do antigo Código (vide: AgRg no Resp 769.894/MT, Rel. Ministra Maria Isabel Galotti, Quarta Turma, j. 20/09/2012). No entanto, como já exposto, isso produz uma incoerência no entendimento da Corte Superior, pois em outros casos similares, referentes à nulidade absoluta de negócios jurídicos, a Corte afirma não haver prazo de prescrição para decretar a nulidade do ato (cf. jurisprudência acima colacionada). A venda de ascendente para descendente é, sob o Código de 1916, negócio nulo como todos os outros nulos. Portanto, a não ser que haja outra razão para uma distinção, deve-se-lhe aplicar a mesma regra.

Assim, não ignorando o especial cuidado e respeito que se deve ter ao papel da súmula no direito brasileiro contemporâneo, mas dando privilégio ao propósito de manter a coerência jurídica do sistema diante do modo como o entendimento dos tribunais foi se desenvolvendo ao longo dos anos, conclui-se que, no atual cenário, não se deve mais aplicar a antiga Súmula 494/STF, uma vez que a lógica que a sustentava não encontra correspondência nas razões de decidir adotadas em casos semelhantes no STJ – todos na vigência do CC/1916.

Anota-se, ainda, que, por ter o CC/2002 reconhecido de forma expressa que os negócios jurídicos nulos não convalescem com o decurso do tempo (art. 169), ele não estabeleceu prazo para a ação de anulação de tal ato, de modo que a regra de transição do art. 2.028 é irrelevante no presente caso, pois só se aplica quando houve redução do prazo prescricional ou decadencial em relação à lei anterior.

Logo, não há prescrição ou decadência na hipótese.

A Sexta Câmara de Direito Civil deste Tribunal também tem seguido essa orientação, como demonstra o precedente trazido pelo autor em seu recurso, *in verbis*:

ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. COMPRA E VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE SEM ANUÊNCIA DA FILHA EXTRAMATRIMONIAL. CESSÃO DE COTAS EMPRESARIAIS À ESPOSA E DESTA AOS FILHOS ORIUNDOS DO CASAMENTO. SENTENÇA RECONHECENDO A PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO A ALGUNS NEGÓCIOS JURÍDICOS E A CARÊNCIA DE AÇÃO EM RELAÇÃO A OUTROS. RECURSO DA FILHA PRETERIDA. SIMULAÇÃO CONFIGURADA PELA CADEIA NEGOCIAL DOS ATOS PRATICADOS PELO ASCENDENTE FALECIDO. EXISTÊNCIA DE DOAÇÃO INOFICIOSA INDIRETA. PREJUÍZO DA LEGÍTIMA DA RECORRENTE INCONTESTE. NULIDADE DA PARTE QUE EXCEDE A QUE PODERIA DISPOR O DOTADOR MAIS A LEGÍTIMA DOS DONATÁRIOS. SUCUMBÊNCIA REDISTRIBUÍDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Em que pese ter ganhado espaço na doutrina e jurisprudência, à luz do Código Civil revogado, a tese de prazo prescricional vintenário para se desconstituir a parte excedente da doação inoficiosa, tem-se recentemente repensado a questão, especialmente porque, no atual Diploma Civil, após toda celeuma anterior, clara é a menção à nulidade da parte excedente, conforme se extrai do artigo 549. Ademais, o âmbito do direito tutelado - legítima dos herdeiros necessários, reflete evidente interesse público, pela natureza cogente da norma, com respaldo constitucional de direito fundamental (direito à herança - artigo

5º, inciso XXX da CRFB de 1988). Ainda que se pudesse, a exemplo do que se decidia na vigência do Código Civil de 1916, aplicar à doação inoficiosa prazo prescricional, restaria controversa a contagem de seu termo inicial, pois, conforme notícia Maria Helena Diniz, há quem defenda que só se pode pleitear a invalidação da doação inoficiosa após a morte do doador, sob pena de se estar litigando sobre herança de pessoa viva. (Código Civil Anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 437). Sendo assim, considerando-se que os atos alienatórios representam, na essência, doação inoficiosa indireta, notadamente diante do inusitado usufruto em favor dos vendedores nos negócios envolvendo compra e venda, além da cessão das cotas em favor da esposa mimetizarem uma doação aos filhos do casal, por interposta pessoa, a invalidação do excesso é medida que se impõe. (TJSC, Apelação Cível n. 2010.004182-5, de Itajaí, rel. Des. Ronei Danielli, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 22-04-2014).

O próprio Superior Tribunal de Justiça, aliás, tem sinalizado a mudança de entendimento. Veja-se, nesse sentido, o voto proferido pelo Ministro João Otávio de Noronha no julgamento do Recurso Especial n. 1.321.998/RS:

Sr. Presidente, pedi vista dos autos para melhor examinar a questão neles debatida.

Discute-se, em ação declaratória de nulidade de partilha e doação, qual o prazo para que a herdeira necessária possa insurgir-se contra a transferência da totalidade dos bens do pai para a ex-esposa e para a filha do casal, sem observância da reserva da legítima, circunstância que caracteriza a doação inoficiosa.

Trata-se, portanto, de caso de nulidade expressamente prevista no art. 549 do atual Código Civil, em razão do disposto nos arts. 1.789 e 1.846 do mesmo diploma legal.

E, a teor da norma contida no art. 169 do mesmo código, “o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo”, a significar que a nulidade é imprescritível. Essa é a tese que defendo.

Não desconheço a discussão existente a respeito dessa norma e que, em nome da paz social, levou ao entendimento jurisprudencial de que tal nulidade não fica imune à ocorrência de prescrição.

Reservo-me o direito de, em momento oportuno, trazer a matéria a debate na profundidade que entendo necessária.

No caso concreto, todavia, seja pela tese que advogo, a da imprescritibilidade, seja pela tese eleita pela eminente relatora, de que o prazo prescricional era vintenário pelo Código de 1916 e decenal pelo Código de 2002, chega-se ao mesmo resultado, o de negar provimento ao recurso Especial.

Dessa forma, afasta-se a prejudicial de prescrição.

Como as provas até aqui produzidas não esclarecem todas as questões de fato relevantes para o julgamento do pleito, o processo não está maduro para julgamento, sendo impossível aplicar ao caso o disposto no art. 1.013, § 4º, do CPC. Ainda pende dúvida sobre a extensão e o valor do patrimônio do *de cuius* à época da doação, fatos cuja apuração se faz necessária para determinar se as doações realmente invadiram a legítima.

Ante o exposto, vota-se no sentido de dar provimento ao recurso para anular a sentença, afastando-se a prescrição e determinando-se o prosseguimento do feito na origem.

Apelação Cível n. 0012226-86.2013.8.24.0018 e 0011844-93.2013.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Desembargador Saul Steil

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÕES CONEXAS. AÇÃO DE COBRANÇA E AÇÃO PAULIANA. FRAUDE CONTRA CREDITORES. ALIENAÇÃO DO ÚNICO IMÓVEL DE EMPRESA LEVADA À INSOLVÊNCIA. PRETENSÃO, NA AÇÃO PAULIANA, DE INEFICÁCIA DA ALIENAÇÃO DO IMÓVEL OU DE CONDENAÇÃO DA EMPRESA QUE INTERMEDIOU A FRAUDE. PEDIDOS NA AÇÃO DE COBRANÇA QUE ENVOLVEM A EXIGÊNCIA DO VALOR DA DÍVIDA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA DEVEDORA PRINCIPAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO PAULIANA E DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE COBRANÇA. RECURSOS INTERPOSTOS PELA AUTORA, POR RÉUS E POR ADVOGADOS DOS RÉUS, TODOS ANALISADOS CONJUNTAMENTE.

FRAUDE CONTRA CREDITORES. ATOS DE FRAUDE ARQUITETADOS ENTRE OS SÓCIOS DE DUAS DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS NA ALIENAÇÃO SUCESSIVA DO IMÓVEL A TERCEIRO DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE DE OPOR AO TERCEIRO DE BOA-FÉ A INEFICÁCIA DO NEGÓCIO. POSSIBILIDADE, TODAVIA, DE CONDENAR-SE A EMPRESA QUE DOLOSAMENTE PARTICIPOU DA FRAUDE PERPETRADA CONTRA OS CREDITORES DA DEVEDORA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE PARA DECLARAR A RESPONSABILIDADE DA SEGUNDA RÉ AO PAGAMENTO DO VALOR DA DÍVIDA, O QUAL É INFERIOR AO VALOR DO IMÓVEL FRAUDULENTAMENTE ALIENADO.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECISÃO DE ORIGEM ACERTADA. PROVA ROBUSTA NO SENTIDO DE QUE O SÓCIO DA EMPRESA DEVEDORA, EMBORA NÃO ATUASSE EM SUA ADMINISTRAÇÃO, ARQUITETOU O DESVIO DE FINALIDADE DA EMPRESA COM FITO DE FRAUDAR OS CREDITORES. RESPONSABILIDADE MANTIDA. RETIRADA DO SÓCIO MAIS DE DOIS ANOS ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO QUE NÃO TEM RELEVÂNCIA NO CASO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA QUE NÃO GUARDA OBSERVÂNCIA AO ART. 1.003 DO CC. PRECEDENTES. ALEGADA NOVAÇÃO DA DÍVIDA APÓS A RETIRADA DO SÓCIO. NÃO OCORRÊNCIA. MERA CONFIRMAÇÃO DO PRIMEIRO NEGÓCIO (ART. 361 DO CC). SENTENÇA MANTIDA NO PONTO.

PRETENDIDO ALARGAMENTO DO ÂMBITO DE RESPONSABILIDADES RECONHECIDO MEDIANTE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESCABIMENTO. PESSOAS INDICADAS PELA AUTORA QUE NÃO SÃO SÓCIAS DA DEVEDORA. PEDIDO EXPRESSO, NA PETIÇÃO INICIAL, DE QUE A *DISREGARD DOCTRINE* FOSSE APLICADA SOMENTE CONTRA A EMPRESA DEVEDORA. SENTENÇA MANTIDA.

READEQUAÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE SE IMPÕE. FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA EM OBSERVÂNCIA AO ART. 85, § 2.º, DO CPC.

RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0012226-86.2013.8.24.0018, da comarca de Chapecó 4ª Vara Cível em que são Apelante Marcelo Battirola e outro e ApdoApteRdoAds Trans Kothe Transportes Rodoviários Ltda e outros.

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Marcus Tulio Sartorato, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Fernando Carioni.

Florianópolis, 21 de janeiro de 2020.

Desembargador Saul Steil
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ações conexas de cobrança e pauliana, as quais foram processadas conjuntamente e julgadas simultaneamente, embora não na mesma sentença. Dada a confluência das alegações e das provas produzidas em ambos os processos, passo a relatá-las em conjunto para, após, analisar os respectivos recursos também conjuntamente.

Ação de cobrança n. 0011844-93.2013.8.24.0018

Trans Kothe Transportes Rodoviários S/A ajuizou ação de cobrança contra Thermo Sara Implementos Rodoviários S/A, J. Battirola & Cia. Ltda., Transportes Framento Ltda., Rodrigo Battirola, Jaime Battirola, Marlene Tereza Giradelli Battirola, Glademir José Kuhn, Delma Zanusso Kuhn e Regis Adriano Kuhn.

Alegou, em suma, que era parceira comercial da primeira ré, a qual ora lhe vendia carrocerias novas, ora comprava suas carretas usadas, não tendo ela satisfeito, porém, as obrigações decorrentes dos últimos negócios celebrados entre as partes.

Disse que, em março de 2011, vendeu à primeira demandada dez carretas usadas pelo preço de R\$ 950.000,00 (novecentos e cinquenta mil reais), cujo pagamento foi ajustado em oito cheques de R\$ 118.750,00 (cento e dezoito mil setecentos e cinquenta reais), todos eles, todavia, devolvidos por insuficiência de fundos. Reunidos os contraentes para negociar a quitação da dívida no mês de agosto de 2011, avançaram então a dação em pagamento, pela primeira ré, de 5 (cinco) carrocerias frigoríficas e 1 (um) semi-reboque, assim consolidando o débito no montante de R\$ 965.000,00 (novecentos e sessenta e cinco mil reais). Novamente, porém, a requerida deixou de satisfazer o preço ajustado, não tendo entregado os bens que havia se comprometido a dar.

Sustentou que, nesse íterim, em 22.03.2011, as partes celebraram outro contrato, por meio do qual a autora adquiriu dez carrocerias da primeira ré no preço total de R\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais). Outra vez, a requerida deixou de entregar a totalidade dos bens ajustados,

não efetuando a entrega de uma carroceria de R\$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais). A dívida foi parcialmente adimplida após a entrega de duas carrocerias no importe de R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais) cada, restando R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) de que a ré ainda é devedora.

Aduziu a autora, demais disso, que a primeira ré, em clara operação de fraude contra credores, encontra-se insolvente após a alienação de seu único imóvel para terceiros, quais sejam a segunda e a terceira rés, J. Battirola & Cia. Ltda. e Transportes Framento Ltda. Pontuou que a primeira venda, à segunda ré, foi ajustada por preço vil em 24.08.2011, e a segunda alienação sucedeu apenas dois meses depois, em 24.10.2011, pelo preço de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), circunstâncias que indicam a falta de lisura nas negociações. Apontou, ainda, outros indícios, tais como: a) o grau de parentesco entre Rodrigo Battirola e Jaime Battirola (filho e pai, administradores da primeira e da segunda ré); b) a retirada desses sócios na época dos negócios, com cessão de cotas sociais das duas primeiras rés entre Rodrigo e Jaime Battirola; c) a existência de inúmeros protestos de títulos inadimplidos contra a primeira ré; d) o imóvel alienado não ter sido desocupado imediatamente pela primeira requerida após a venda; e e) a transferência de bens do réu Glademir José Kuhn, também sócio da primeira ré, para seu filho, o réu Régis Adriano Kuhn.

Por derradeiro, a demandante suscitou a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, alegando que os atos evidenciam desvio de finalidade da primeira ré e a existência de confusão entre os patrimônios dos sócios e da sociedade. Defendeu que os sócios e ex-sócios da primeira ré devem responder com patrimônio pessoal para a satisfação dos débitos da empresa.

Pleiteou, então: a) a concessão de medida cautelar a fim de que se imponha a indisponibilidade do imóvel de matrícula n. 50.628 do ofício de registro de imóveis de Chapecó; b) ao final, a condenação dos réus à satisfação do valor de R\$ 1.005.000,00 (um milhão e cinco mil reais), resultante da soma de ambas as dívidas; c) a desconsideração da personalidade jurídica da primeira ré; e d) a declaração de ineficácia da alienação do imóvel vendido sob fraude.

Juntou documentos (fls. 45-294).

A análise da medida cautelar pretendida foi postergada para após a citação (fl. 295).

Os réus J. Battirola & Cia. Ltda., Jaime Battirola e Marlene Tereza Girardelli Battirola contestaram em conjunto (fls. 298-321). Em sede preliminar, defenderam serem ilegítimos para figurarem no polo passivo da lide, na medida em que não são responsáveis, nem estão implicados, pelo pagamento da dívida contraída pela primeira ré.

No mérito, pontuaram que a aquisição e posterior alienação do bem descrito na exordial foi lícita e observou os parâmetros de mercado, conforme as particularidades que envolviam a ré Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda. Disseram, ainda, que não é devida a desconsideração da personalidade jurídica da primeira requerida de forma a atingir o patrimônio de Jaime Battirola, uma vez que o mero inadimplemento, pela empresa, não é suficiente à descaracterização da *affectio societatis*, nem há prova de malversação dos recursos da empresa. Sustentaram que Jaime Battirola, enquanto sócio da primeira ré, não exercia sua administração ou gerência, e que, para mais, ele

se retirou da sociedade mais de dois anos antes do ajuizamento do ação, o que impede que se o responsabilize pelo pagamento das dívidas da empresa, nos termos do art. 1.003 do CC.

Defenderam, ao fim, que a repactuação da dívida de R\$ 950.000,00 e a sua conversão em obrigação de dação em pagamento por R\$ 965.000,00 configura novação, sucedida após a saída de Jaime Battirola do quadro social, o que também obsta qualquer forma de responsabilização sua.

Pugnaram pela extinção do processo, sem resolução de mérito, ou, quando muito, a improcedência dos pedidos.

Juntaram documentos (fls. 325-437).

A ré Transportes Framento Ltda. também ofereceu contestação (fls. 440-455). Igualmente, defendeu sua ilegitimidade passiva em sede preliminar e, no mérito, sustentou que a aquisição do imóvel foi feita de forma lícita, indicando os elementos que demonstram a lisura da negociação. Requereu, por derradeiro, a extinção do processo sem resolução de mérito ou a rejeição dos pedidos.

Juntou documentos (fls. 456-523).

A requerente peticionou (fls. 549-554; documentos às fls. 555-590), informando haver descoberto indícios de sucessão empresarial ocorrida entre as empresas DZ Kuhn & Filha Ltda. ME e a primeira ré, e requerendo a inclusão da pessoa jurídica sucedida no polo passivo da lide.

A ré Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda., citada, ofereceu resposta (fls. 631-640), deduzindo, no mérito, as mesmas alegações declinadas pelos réus J. Battirola & Cia. Ltda., Jaime Battirola e Marlene Tereza Girardelli Battirola. Ao final, requereu o julgamento de improcedência dos pedidos.

A autora apresentou réplica (fls. 643-659).

O juízo rejeitou o pedido de inclusão da empresa DZ Kuhn & Filha Ltda. na lide (fl. 660).

Certificou-se o decurso do prazo para resposta em relação aos réus Rodrigo Battirola, Glademir José Kuhn, Delma Zanusso Kuhn e Régis Adriano Kuhn (fl. 661).

O processo foi saneado concomitantemente com a ação pauliana n. 0012226-86.2013.8.24.0018, em apenso, e determinada a instrução conjunta de ambas as ações (fls. 696-697).

Nestes autos, sobrevieram as alegações finais da demandante (fls. 708-718) e dos demandados J. Battirola & Cia. Ltda., Jaime Battirola e Marlene Tereza Girardelli Battirola (fls. 719-729).

Enfim, foi proferida sentença (fls. 730-756), por meio da qual a juíza Maira Salete Meneghetti decidiu o litígio nos seguintes termos:

“Assim sendo, acolho apenas em parte o pedido formulado na inicial (inciso I do artigo 487 do Novo Código de Processo Civil) para, via de consequência:

“a) condenar a requerida Thermo Sara no pagamento, em favor da autora, da quantia de R\$ 965.000,00 (novecentos e sessenta e cinco mil reais), a qual deverá ser corrigida monetariamente (pelo índice INPC/IBGE) a partir da data de 26.08.2011 (data da repactuação do negócio jurídico que deu causa ao débito, na forma da fundamentação supra) e acrescida de juros de mora na ordem de 1% ao mês a contar da citação;

“b) condenar a mesma requerida Thermo Sara, ainda, no pagamento do valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), igualmente em favor da autora, o qual também deverá ser corrigido monetariamente (pelo índice INPC/IBGE) e acrescido de juros de mora, ambos a contar da citação;

“c) declarar a descon sideração da personalidade jurídica da sociedade Thermo Sara, declarando, como consequência, a responsabilidade patrimonial dos sócios pessoas físicas Glademir Kuhn, Rodrigo Battirola e Jaime Battirola, pela satisfação da dívida reconhecida nos itens supra, até o seu limite integral, a fim de que possam seus bens particulares ser alcançados e/ou con stritados em futura demanda executiva.

“No que respeita ao pedido de declaração de ineficácia/alienação do bem imóvel matriculado sob o n. 50.628 caracterizou-se a ausência de interesse de agir da autora pela perda do objeto (inciso VI do artigo 485 do CPC) – porque decidida tal questão no feito em apenso, na forma da fundamentação acima.

“Em relação aos demais requeridos – Marlene Tereza Giradelli Battirola, Delma Zanusso Kuhn, Régis Adriano Kuhn e J. Battirola & Cia. Ltda. –, rejeito o pedido formulado na inicial, igualmente com fundamento no inciso I do artigo 487 do CPC.

“Via de consequência, condeno as partes Thermo Sara, Rodrigo Battirola, Jaime Battirola e Glademir Kuhn no pagamento de honorários advocatícios de sucumbência em favor do patrono da parte autora, no montante equivalente a 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (§ 2.º do artigo 85 do NCPC), os quais deverão ser distribuídos (§ 1.º do artigo 87 do mesmo diploma legal) na forma da fundamentação do tópico retro ‘Dos honorários advocatícios de sucumbência’ (ou seja, 10% devidos pela empresa Thermo Sara e os 5% remanescentes de forma solidária e *pro rata* entre os demais sucumbentes – Rodrigo, Jaime e Glademir).

“Do mesmo modo, também condeno a parte autora no pagamento em favor do patrono dos réus J. Battirola, Transportes Framento e Marlene Battirola (por ser sucumbente em relação a eles), em honorários de sucumbência, os quais arbitro, de modo equitativo (com base no § 8.º do artigo 85 do NCPC), em R\$ 3.000,00 (três mil reais) a cada um deles, na forma da fundamentação retro.

“Considerando, por fim, que a parte autora decaiu, como visto, de substancial parte dos pedidos em relação a diversos réus (J. Battirola, Transportes Framento, Marlene Battirola, Delma Zanusso Kuhn e Régis Kuhn) – ainda que não tenham alguns deles apresentado contestação –, condeno-a no pagamento de 60% (sessenta por cento) das custas processuais, sendo que o montante remanescente (40%) deve ser adimplido, *pro rata* e solidariamente, entre os demandados sucumbentes Thermo Sara, Rodrigo Battirola, Jaime Battirola e Glademir Kuhn” (fls. 754-756).

Os réus J. Battirola & Cia. Ltda., Jaime Battirola e Marlene Tereza Girardelli Battirola (fls. 759-762) e a autora (fls. 763-768) opuseram embargos de declaração, ambos rejeitados (fls. 770-771).

Ainda irressignada, a autora apelou (fls. 776-790). Argumentou que a prova indica que as pessoas Marlene Tereza Girardelli Battirola e Régis Adriano Kuhn participaram ativamente dos atos fraudulentos de blindagem patrimonial e, por conseguinte, devem ser responsabilizados pelo pagamento da dívida. Aduziu que a pretensão encontra respaldo também no art. 1.080 do CC, na medida em que a alienação de imóveis – no caso, a sede da empresa – não estava inserida no objeto

social da sociedade, consoante contrato. Sustentou que há provas da má-fé da terceira Transportes Framento Ltda. na compra e venda efetuada com a devedora Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda., de sorte que também há de ser condenada pelo pagamento. Por fim, sustentou que deve ser readequada a distribuição da verba sucumbencial. Juntou documentos (fls. 791-835).

Também inconformados, Jaime Battirola e seu advogado Marcelo Battirola apelaram (fls. 836-875). Alegaram que não há falar em desconsideração da personalidade jurídica da empresa Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda., pois se encontra em funcionamento por força de sucessão empresarial em favor da empresa DZ Kuhn & Filha Ltda. ME. Sustentaram que não há prova de excesso de poderes ou infração à lei ou estatuto, e que o mero inadimplemento não autoriza a medida de desconsideração. Reiteraram que ocorreu novação em relação à dívida de R\$ 950.000,00, quando Jaime Battirola já havia se retirado da empresa. Alegaram que não é possível responsabilizar o sócio retirante mais de dois anos após a sua retirada da sociedade, e que, de toda sorte, Jaime Battirola não exercia atos de administração. Disseram que não houve má-fé na operação de compra e venda do imóvel entre as empresas Thermo Sara e J. Battirola, na medida em que a aquisição do bem, por esta, deu-se na verdade com a empresa Miotto Participações Ltda., a qual havia vendido o bem à Thermo Sara e dela era credora. Alegaram que a venda do imóvel à J. Battirola foi anterior à novação da dívida pela qual era responsável a Thermo Sara, do que se retira que não havia intenção de fraudar credores. Por derradeiro, pleitearam a readequação da verba sucumbencial honorária. Juntaram documentos (fls. 878-999).

Também apelou o advogado André Flach (fls. 1044-1049). Pleiteou a majoração dos honorários de sucumbência.

Foram oferecidas contrarrazões (fls. 1002-1031, 1051-1067, 1068- 1077, 1080-1089).

A autora peticionou pleiteando a juntada de documentos novos (fls. 1101-1106), ao que se manifestou a ré J. Battirola & Cia. Ltda. (fls. 1110-1113) e a ré Transportes Framento Ltda. (fls. 1115-1117).

A ré Transportes Framento Ltda. compareceu para juntar cópia da sentença proferida na ação n. 0012225-04.2013.8.24.0018 (fls. 1119-1121).

É o relatório.

Ação pauliana n. 0012226-86.2013.8.24.0018

Trans Kothe Transportes Rodoviários S/A ajuizou ação pauliana em face de Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda., J. Battirola & Cia. Ltda., e Transportes Framento Ltda., alegando, em suma, os mesmos fatos deduzidos na ação de cobrança, quanto aos negócios jurídicos praticados com a primeira ré e que lhe tornaram credora da quantia de R\$ 1.005.000,00 (um milhão e cinco mil reais). Disse que, após contrair a dívida, a primeira ré alienou fraudulentamente o seu imóvel à segunda ré, que, por sua vez, alienou-o à terceira ré, todas elas em *consilium fraudis*, cientes da situação de insolvência em que incorreria a primeira ré.

Sustentando a ocorrência de fraude contra credores, pleiteou então a procedência do pedido para que se declare a ineficácia da alienação do imóvel ou, quando menos, que se anule o contrato e que o bem retorne ao patrimônio da devedora, ou, ainda, que seja a ré J. Battirola & Cia. Ltda. condenada a pagar o valor atualizado da dívida a título de indenização por perdas e danos.

Juntou documentos (fls. 28-307).

A ré J. Battirola & Cia. Ltda. contestou (fls. 332-344). Sustentou, em suma, que não há dívida anterior ao negócio supostamente fraudulento, pois que houve a novação do débito. Disse que não houve *consilium fraudis*, pois adquiriu o imóvel, em verdade, da empresa Miotto Participações Ltda., que havia vendido o bem à primeira ré e dela era credora quanto às parcelas da alienação, vez que a primeira ré encontrava-se inadimplente. Assentou que, também por essa razão, não há que falar em *eventus damni*, pois o imóvel não pertencia realmente à ré Thermo Sara, antes sim à sua credora, de sorte que não poderia responder pelo pagamento de dívida da devedora. Alegou que não ocorreu fraude na posterior alienação do bem à empresa Transportes Framento Ltda. Requereu, ao final, o julgamento de improcedência dos pedidos.

Juntou documentos (fls. 346-460).

A terceira ré Transportes Framento Ltda. Igualmente contestou (fls. 464-481). Alegou que o preço praticado na compra do bem foi de R\$ 6 milhões, o que desconstitui a tese de preço vil alegada na inicial, e que a locação do imóvel à empresa Thermo Sara justificou-se na medida em que a compradora não tinha necessidade imediata do bem e a então locatária assumiu condições que a então locadora considerou favoráveis. Disse que não há crédito anterior, nem prova de *consilium fraudis* que autorize o manejo da ação pauliana, recordando que deve ser presumida a sua boa-fé, em especial porque se cercou de cautela quando da aquisição, quanto à solvência da vendedora J. Battirola. Ao final, requereu fosse o pedido julgado improcedente.

Juntou documentos (fls. 482-590).

Houve réplica (fls. 606-616).

Foi decretada a revelia da primeira ré Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda. (fl. 641).

A juíza determinou a reunião das ações pauliana e de cobrança (fls. 652-653).

A ré Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda. compareceu aos autos e juntou contestação (fls. 657-667). Após manifestação da autora (fls. 669- 677), sobreveio decisão saneadora (fls. 681-682), a qual reafirmou a revelia da primeira ré e designou audiência.

A audiência foi realizada, com oitiva de testemunhas (fls. 701-703), e continuada às fls. 720-722.

As partes ofereceram alegações finais (fls. 737-748, 749-758 e 784- 792).

Enfim, foi proferida sentença (fls. 793-809), por meio da qual a juíza Maira Salete Meneghetti decidiu o litígio nos seguintes termos:

“Assim sendo, rejeito o pedido formulado na inicial e, com fundamento no inciso I do artigo 487 do NCPC, decido o processo com apreciação do mérito.

“Via de consequência, condeno a parte autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência, os quais, por analogia ao disposto no § 8º do artigo 85 do NCPC, arbitro em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) – porque o valor da causa e/ou o proveito econômico dado à causa em comento restou superestimado (deu-se, sem maiores razões, o valor da causa em mais de R\$ 1.000.000,00), fixo-os de forma equitativa – aos procuradores das rés J. Battirola e Transportes Framento.

“Em relação à requerida Thermo Sara, considerando que foi decretada a sua revelia (a contestação foi apresentada de forma intempestiva, além de ser cópia daquela apresentada pela corré J. Battirola), não tendo havido de outro lado maior participação que justifique o arbitramento.”

A ré J. Battirola & Cia. Ltda. opôs embargos de declaração (fl. 812), assim como a autora (fls. 813-818). Os primeiros foram acolhidos, somente para esclarecer que o valor dos honorários é devido a cada parte, e os últimos foram rejeitados (fls. 820-821).

Irresignado, o advogado Marcelo Battirola recorreu (fls. 827-843), e requereu a readequação dos honorários de sucumbência.

A autora também recorreu (fls. 846-880). Alegou, em suma, que é inquestionável e foi reconhecida por sentença a má-fé da empresa J. Battirola & Cia. Ltda. na alienação do imóvel, de sorte que ao menos ela deve se sujeitar ao pagamento da dívida em relação a cuja satisfação obrou para blindar a primeira ré. No mais, sustentou que há prova de que a negociação foi travada diretamente entre a primeira ré e a terceira ré, de sorte que a segunda ré funcionou apenas a título de interposta pessoa, revelando a má-fé da empresa Transportes Framento Ltda., reiterando ainda os termos expostos na exordial. Juntou documentos (fls. 882-926).

O advogado André Flach interpôs recurso adesivo (fls. 1033-1038), requerendo a readequação dos honorários de sucumbência.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 930-950, 1040-1047, 1048- 1057 e 1062-1071).

A autora peticionou com documentos novos (fls. 1082-1089), a que se manifestaram a terceira e a segunda rés (fls. 1092-1093 e 1096-1099).

Este é o relatório.

VOTO

Os recursos atendem aos requisitos de admissibilidade e deles conheço.

Trata-se de ações pauliana e de cobrança movidas por Trans Kothe Transportes Rodoviários Ltda. em face das empresas Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda., J. Battirola & Cia. Ltda

e Transportes Framento Ltda, nas duas demandas, além de Marlene Tereza Giradelli Battirola, Rodrigo Battirola, Jaime Battirola, Glademir José Kuhn, Delma Zanusso Kuhn e Régis Adriano Kuhn, na ação de cobrança.

Ambas as ações compartilham o mesmo pano de fundo, que, aliás, tornou-se incontroverso no curso da lide: a existência de um débito no importe de R\$ 1.005.000,00 (um milhão e cinco mil reais) contraído pela primeira ré Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda. em face da autora. A razão subjacente para tanto, segundo se deduz dos autos, é o longo histórico de relações negociais entre essas partes, pois que ora a autora adquiria da primeira ré carretas novas a fim de implementar seu objeto social, ora lhe vendia carrocerias usadas.

É nesse contexto que surge o incontroverso débito, na medida em que, em março de 2011, a requerida tornou-se inadimplente em relação à monta de R\$ 950.000,00, após ter adquirido e não pago o preço relativo a 10 carretas usadas da requerente, consolidando-se, em agosto daquele ano, uma dívida no valor de R\$ 965.000,00. Além disso, após negociação parcialmente frustrada, na qual a autora veio a adquirir 10 carrocerias novas da primeira ré, que por sua vez não as entregou na totalidade, avençaram as partes um saldo devedor de R\$ 40 mil, a ser descontado em negociações futuras que, todavia, jamais ocorreram.

Isto, frise-se, é conteúdo inconteste em ambas as ações. O que se discute e o que traz a insurgência ao conhecimento da Corte, em realidade, é o pretendido alargamento da ordem de pessoas responsáveis pelo pagamento, eis que a autora alega que a primeira ré tornou-se insolvente depois da alienação de seu único imóvel, e que tal operação se teria dado em fraude contra credores. No mais, sustenta também que houve confusão patrimonial e desvio de finalidade da empresa devedora, a subsidiar pedido de desconsideração de sua personalidade jurídica para alcançar também seus sócios.

Após o processamento de ambos os feitos, as sentenças lançadas em um e em outro processo decidiram, em suma, o seguinte: a) pela inexistência de má-fé por parte da terceira adquirente Transportes Framento Ltda. que possa subsidiar o pedido formulado na ação pauliana; b) pela ausência de controvérsia acerca da dívida contraída pela ré Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda., a qual foi condenada ao seu pagamento; c) pela ocorrência de atos de fraude, a embasar a desconstituição da personalidade jurídica da empresa devedora para alcançar os sócios e ex-sócios Rodrigo Battirola, Jaime Battirola e Glademir José Kuhn; e d) pela impertinência dos pedidos deduzidos contra as demais pessoas naturais, que não participaram do quadro societário da empresa devedora.

Assim fixadas as primeiras premissas do presente julgamento, noto que os apelos tendem, em síntese, quanto à autora: 1) o reconhecimento da má-fé da terceira adquirente Transportes Framento Ltda. na aquisição do imóvel que a devedora Thermo Sara alienou à empresa J. Battirola e, assim, a ineficácia desta transação; 2) sucessivamente, a condenação da empresa J. Battirola à satisfação do valor da dívida, dado o reconhecimento de sua má-fé na sentença; e 3) a condenação de ambos Marlene Battirola e Régis Kuhn ao pagamento do débito; quanto aos réus: I) a reforma da

condenação de Jaime Battirola, que diz não ter exercido ato de administração que pudesse sujeitá-lo à responsabilidade reconhecida em sentença; e II) a readequação dos honorários sucumbenciais.

Ante esse cenário, adianto que a sentença está a comportar parcial reforma, unicamente quanto ao pedido, formulado na demanda pauliana, de que a empresa J. Battirola seja também condenada ao pagamento da dívida.

Passo à fundamentação.

1. Fraude contra credores: efeitos quanto à terceira adquirente

A fraude contra credores é alegada na ação pauliana com relação à alienação do bem matriculado sob o n. 50.628 do Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Chapecó, registrado em nome da devedora Thermo Sara, e que, a rigor, perfazia a totalidade de seu patrimônio. Consoante se retira da narração dos fatos e dos registros levados a efeito na matrícula (fls. 45-50 da pauliana), o imóvel havia sido adquirido pela ré Thermo Sara em 2007 (R-7) e vendido para a ré J. Battirola em 24.08.2011 (R-9), quando já se havia consolidado a dívida. Ao depois, em 24.10.2011 (R-11), o bem foi vendido de J. Battirola para Transportes Framento. A alegação da autora é de que as duas alienações sucessivas deram-se em conluio das partes envolvidas, e, tendo a operação reduzido à insolvência a devedora, tratou-se de fraude contra credores.

A pretensão firmada na ação pauliana contra a terceira Transportes Framento Ltda. foi obstada pela sentença em razão da firme convicção da juíza sentenciante de que não havia como considerar que a aquisição do imóvel, pela terceira, se tenha dado de má-fé. Com efeito, foi como fundamentou a decisão, a qual, por ter enfrentado detidamente a prova produzida, peço vênias para citar *in verbis*:

“Dentro de tal contexto fático, tem-se, portanto, que, não obstante a discussão travada entre as partes a respeito da anterioridade (ou não) do crédito em face do ato fraudulento, bem como do estado de insolvência do alienante do imóvel (*eventus damni*), o que de fato se sobressai relevante de todo o processado nos autos é que não há satisfatórias evidências a respeito da efetiva existência do *consilium fraudis* (intenção ou intento de fraudar) nas condutas realizadas, de um lado, pelas rés J. Battirola e Thermo Sara e, de outro, pela corré Transporte Framento (ainda que em relação as duas primeiras sociedades, resulte verdade que a situação enseja certa nebulosidade, sendo mesmo indicativa de anormalidade). [...]

“Logo, como dito, em que pese tais discussões quanto à anterioridade do crédito ou à efetiva redução da devedora Thermo Sara ao estado de insolvência após a alienação do bem, constato que - independente de quaisquer dessas duas outras circunstâncias terem ou não ocorrido - a conduta da terceira adquirente do imóvel Transportes Framento se encontra revestida da mais lúdima e absoluta boa-fé, uma vez que em nenhum momento restou estampado no feito quaisquer elementos probatórios que indicassem seu suposto envolvimento na eventual tentativa, pelas empresas Thermo Sara e J. Battirola, de fraudar os legítimos interesses da parte autora (o fato é que se houve trama fraudatária, dela não participou a terceira adquirente de boa-fé Framento) - o que bem descaracteriza o *consilium fraudis* e, como consequência, impõe o desacolhimento do pleito inaugural. [...]

“Nessa ordem de ideias e após a farta colheita da prova oral acima esmiuçada, verifico que todos os

argumentos ventilados pela autora em sua peça inaugural dando conta do suposto envolvimento (de má-fé) da empresa Transportes Framento na aquisição do referido imóvel restaram robustamente refutados.

“De maneira sucinta, sustentou a demandante, na petição inicial, que a caracterização do consilium fraudis estaria comprovado em razão das seguintes hipóteses fáticas: a) negociação do bem por **preço vil**, em montante muito abaixo de seu valor de mercado; b) **curto lapso temporal** (dois meses, aproximadamente) entre a transferência do imóvel da empresa Thermo Sara à J. Battirola e, posteriormente, à Transportes Framento; c) **grau de parentesco** entre os administradores das sociedades **Thermo Sara e J. Battirola**; d) infinidade de protestos de **títulos em desfavor da Thermo Sara** (o que demonstraria seu estado de insolvência); e) o imóvel **não foi imediatamente desocupado pela aludida sociedade Thermo Sara** (no local funcionava e continuou funcionando sua sede); e, f) o valor pago a título de aluguel para ocupação do bem também era em muito inferior ao praticado no mercado imobiliário. [...]

“Nessa senda, veja-se que **o preço do imóvel angariado pela empresa J. Battirola junto à Transportes Framento nada tem de vil**, conforme quer fazer crer a autora. É verdade que o montante da operação restou registrada na matrícula com uma importância a menor da efetivamente praticada. Porém, também é realidade que **os R\$ 6.000.000,00 pagos pelo imóvel (satisfatoriamente comprovados) se encontram em consonância com o valor de mercado** (porque muito próximo do valor que foi ofertado aos demais empresários Sr.s. Ivalberto Tozzo e Edson Dalla Valle, conforme depoimentos supra).

“Não bastasse isso, tanto as testemunhas que laboravam na cooperativa Aurora (Alceu e Édipo) quanto os demais documentos referentes a tal operação, bem amparam a tese da ré Framento de que teria assumido (por meio de uma cessão de crédito), junto à aludida cooperativa, um débito de, aproximadamente, R\$ 4.000.000,00 que a J. Battirola possuía junto à Aurora em razão de operações comerciais que entabulavam. **Também restou demonstrado que tal crédito devido pela Framento em favor da J. Battirola (que restou quitado junto à Aurora, por conta da cessão) era derivado de uma transação comercial firmada entre elas (Framento e J. Battirola)** - toda a prova oral e documental confirma tal cenário -, o que criva de ainda maior verossimilhança seus argumentos.

“Do mesmo modo, ainda que não tenha restado documentalmente registrado tal assertiva (na confissão de dívida ou na cessão de crédito mencionada), verifica-se que as notas promissórias que foram sendo, mês a mês, quitadas pelas Framento (junto à Aurora) guardam estrita relação com o crédito oriundo da venda do imóvel litigioso objeto da lide (entre a Framento e a J. Battirola), conforme bem aludiram os mencionados testigos Alceu e Édipo, contra quem não se levantou qualquer suspeita de estarem ocultando fatos relevantes ou mesmo a verdade. **Assim, evidente que tais importâncias foram pagas (diretamente à Aurora) pela Framento como meio de quitar parte do imóvel então adquirido por ela (da J. Battirola), até porque a existência de nenhuma outra vinculação negocial entre ambas foi aventada**, a ponto de justificar tais pagamentos como relacionados a outro negócio. Logo, de ser afastada a alegação quanto à negociação do bem por preço vil.

“Ainda nessa mesma linha de raciocínio, observo que a constatação, pela requerente, **do pequeno interregno existente entre a aquisição pela J. Battirola (da empresa corré Thermo Sara) do referido imóvel e sua consequente transferência à Transportes Framento (dois meses após), apesar de amparar eventual tese de existência de fraude entre as empresas Thermo Sara e J. Battirola** (já que corrobora com o depoimento do sócio Glademir, dando conta de ter sido tal operação feita rapidamente para blindar o patrimônio dos devedores contra os bancos credores da sociedade Thermo Sara e proceder à posterior venda do bem para saldar dívidas), **não desfavorece a situação do terceiro Transportes Framento** (muito ao contrário, somente dá indícios em seu favor!).

“Isso porque restou reconhecido no próprio depoimento pessoal do sócio da empresa Thermo Sara, Glademir, que a transferência do imóvel à J. Battirola se deu como forma de prejudicar credores (especialmente as

instituições financeiras) e possibilitar a ‘salvação’ do bem para posterior venda à terceiros junto ao mercado imobiliário. **Logo, ainda que possa ter havido conluio fraudatório nesta primeira operação (entre Thermo Sara e J. Battirola), ressai cristalino que, já na segunda (da J. Battirola à Transportes Framento), o que ocorreu foi que, de fato, vendeu tal sociedade o bem a terceiro de boa-fé alheio à fraude (houve apenas a concretização do desiderato final da transferência).**

“Aliás, parece mesmo que a transferência do bem da Thermo Sara, já em vias de insolvência, para J. Battirola, se deu com o intuito de dar aparência de regularidade para a transação seguinte. Vale dizer, foi necessário tal transferência para que, na sequência, pudesse ser o bem alienado sem levantar suspeita por parte do terceiro adquirente, até porque a pessoa de Jaime Battirola, da referida empresa, tratava-se de pessoa conhecida no meio. Ademais, dita empresa, além de ares de regularidade à venda, ao que consta, não apresentava restrições cadastrais que pudessem impedir a venda ou mesmo tornar o terceiro adquirente eventual transator de má-fé.

“Ademais, disso, **não vislumbro absolutamente nenhuma justificativa plausível (sequer indiciária) que pudesse sustentar eventual intenção da empresa Transportes Framento em auxiliar as demais corrés em eventual fraude existente (os sócios não são parentes, amigos, ou qualquer coisa do gênero ou mesmo foi evidenciado que, por maneira oblíqua, pudessem ter qualquer tipo de interesse de obter vantagem na situação que estava prestes a se desenhar)** e, não bastasse, o próprio contexto da negociação bem evidencia que a venda do imóvel à Transportes Framento (pela J. Battirola) nada mais se tratou do que o desfecho final da trama que esperavam os fraudadores intentar (alienação do bem de raiz para terceiro de boa-fé, a fim de obter o produto do embuste para si, sendo por certo falaciosa a intenção, descrita pelo sócio Gladir Kuhn, de que a transferência visada justamente saldar dívidas perante credores). Só que, mesmo com a constatação, pelo juízo, de tal situação, ainda assim não se é possível nesse momento prejudicar o terceiro adquirente de boa-fé Transportes Framento, porquanto não participou dos atos fraudatórios.

“Por fim, apesar de já estar suficiente fundamentado a inexistência de intenção de fraudar (*consilium fraudis*) por parte do adquirente de boa-fé Transportes Framento, mas em respeito ao que dispõe o § 1º do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil, aponto que **também a situação de não ter a ré Thermo Sara imediatamente desocupado o bem após a compra pela aludida empresa transportadora restou esclarecida e devidamente justificada** no caderno probatório (dando conta, mais uma vez, de não se tratar de fraude quanto à última transferência operada no imóvel).

“É que tais circunstâncias igualmente restaram esclarecidas pelas testemunhas ouvidas pelo juízo (especialmente por Wilson e Leandro), porque **apontaram a comodidade e utilidade para ambas as partes (tanto da Framento quanto da própria Thermo Sara) na permanência desta naquele local por ainda um breve período de tempo**” (fls. 798-804 da pauliana; destaquei).

Como forma de desconstituir a compreensão da sentenciante, alega a autora que:

“[...] a proximidade entre as alienações, a manutenção da primeira alienante (Thermo Sara) no imóvel, a pressa em entabular negócios, a assunção de dívida perante a Cooperativa Aurora (que demanda reuniões, autorizações) e uma via indireta de saldar pagamentos, revela que a Transporte Framento Ltda estava sim envolvida na fraude.

“É incontroverso nos autos que **a Transportes Framento assumiu o pagamento de R\$ 4.000.000,00 perante a Cooperativa Aurora, dívida de única responsabilidade da J. Battirola & Cia. Ltda.** [...]”

“Ora se a Transporte Framento Ltda tinha aporte financeiro para honrar a dívida perante terceiro, qual o motivo de não pagar diretamente a sua credora: J. Battirola & Cia Ltda.

“A resposta é simples: para **fraudar credores da J. Battirola & Cia Ltda.** Como? Evitando que este aporte financeiro ingressasse em seu patrimônio e fosse objeto de penhora, desconsideração de personalidade jurídica, cobrança de credores, etc.

“Um negócio dessa envergadura, compra de um imóvel pelo valor de R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), aliado a uma cessão de crédito com a Cooperativa Aurora, **cria uma complexidade que não é razoável neste tipo de negócio.**

“O depoimento do funcionário da Thermo Sara, Wilson Fernandes Vieira, afirma textualmente que a venda foi efetuada para Transportes Framento Ltda. [...]

“Na realidade a venda foi concretizada entre a Thermo Sara e a Transportes Framento Ltda., servindo a J. Battirola & Cia Ltda. como interposta pessoa, considerando que um adquirente, no caso a Transporte Framento Ltda., não teria interesse em adquirir patrimônio de empresa que tivesse mais de 100 títulos protestados na praça (na época 131), diluindo risco com prováveis ações paulianas, etc.

“Optou-se, de forma proposital, que terceiro (J. Battirola & Cia Ltda.) participasse da transferência do patrimônio para confundir os credores e deixá-los sem garantia patrimonial.

“Configurada a má-fé da Transportes Framento Ltda. que não só se utilizou deste mecanismo (venda por interposta pessoa), como ainda, sequer pagou diretamente a alienante (J. Battirola & Cia. Ltda) mas a seus credores. Logo, duplamente esvaziado o patrimônio de sociedades devedoras. A primeira, Thermo Sara que viu esvaziado de seu patrimônio o imóvel que suportaria o pagamento das dívidas de seus credores. A segunda, J. Battirola & Cia. Ltda., que sequer teve o ingresso em seu patrimônio do valor correspondente à transferência deste mesmo imóvel, eis que Framento não pagou diretamente a J. Battirola, mas assumiu dívida perante terceiro (Cooperativa Aurora)” (fls. 857-859; destaquei).

A rigor, não são necessárias largas digressões para que se conclua que, efetivamente, os argumentos lançados em apelo não mitigam as conclusões alcançadas pela sentença.

Como se nota das próprias alegações, em momento algum a autora é capaz de implicar a terceira Transportes Framento Ltda. na fraude que parece ter sido orquestrada entre a devedora Thermo Sara e a J. Battirola & Cia. Ltda. A tese de preço vil que embasava a petição inicial foi abandonada por ocasião do presente apelo, tendo a autora reconhecido que, de fato, o preço praticado entre a segunda e a terceira rés deu-se na ordem dos R\$ 6.000.000,00, equivalente ao valor de mercado para o imóvel, até mesmo porque os autos, como bem dispôs a sentença, estão fartos de prova documental a roborar que foi este mesmo o valor pactuado para o negócio.

Demais disso, não há qualquer complexidade excessiva, a apontar possível intenção fraudulenta, no ajustamento de que o pagamento do preço, à J. Battirola, se daria pela quitação de uma dívida desta em favor de credora sua. Ao revés, essa operação dá ainda mais guarida à boa-fé da terceira, haja vista que assumiu obrigação da então proprietária registral do imóvel, empresa com a qual negociava (J. Battirola). Houvesse ela assumido obrigação a que estava sujeita a empresa Thermo Sara, aí sim se poderia evidenciar atuação insidiosa a revelar a existência de má-fé; mas, não tendo sucedido isso, senão o pagamento de dívida da alienante, à terceira a aparência era de um negócio em tudo liso e lícito.

A suposta intenção de fraudar credores da J. Battirola, com efeito, e ainda que fosse procedente,

não dá à autora o alcance que ela pretende conferir no presente apelo. Afinal, embora tenha deduzido pleito de condenação também da empresa J. Battirola ao pagamento do valor da dívida, ela não era credora da alienante à época dos fatos, de sorte que eventual intento fraudulento, no sentido sugerido pela demandante, é incapaz de lhe socorrer. Não bastasse, a verdade é que mesmo essa tese carece de substrato probatório, pois que não foi revelada relação alguma de proximidade entre os administradores ou os sócios de uma e de outra empresa (a J. Battirola e a Framento, gize-se) que pudesse desvelar a ciência da adquirente em relação ao que sucedia com a alienante. Ao revés, toda a documentação colacionada pela terceira ré com sua contestação (fls. 491-538), em especial as certidões negativas exaradas contra a vendedora J. Battirola (fls. 529-538), estão a indicar que nada maculava o negócio que a terceira adquirente se propôs a realizar. É, para mais, inoponível à terceira adquirente a existência de vários títulos protestados contra a devedora Thermo Sara, a qual, à época do negócio, já não era mais a proprietária registral do imóvel.

Demais disso, e conquanto a tese tenha sido reeditada unicamente como remissão às razões da peça exordial, também não está a revelar particular circunstância o fato de que a devedora Thermo Sara permaneceu no imóvel após a sua alienação, da J. Battirola para a Framento. Afinal, do que se retira da prova amealhada, a operação parecia conveniente a ambas as envolvidas, tendo elas firmado competente contrato de locação (fls. 540-543), sendo certo que a terceira inclusive colocou o bem sob a administração de imobiliária justamente para fins de locação (fls. 544-549), manifestando sua intenção de não o ocupar de pronto.

Gize-se, por fim, que não há como qualificar de documento novo ou prova nova a mídia audiovisual trazida pela autora após a interposição do apelo, na qual anexa cópia de depoimento pessoal dos representantes das empresas J. Battirola e Transportes Framento (fls. 1083-1088). Com efeito, é o que dispõe o art. 435 do CPC:

“Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

“Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5º.”

Embora se deva reconhecer que a tomada do depoimento pessoal juntado nesta Segunda Instância apenas ocorreu após a interposição do apelo, o que, em tese, poderia sugerir que a prova é cognoscível, verdade é que ela não se destina “a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados”, tampouco se cuida de documentos “que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos”. Afinal, a possibilidade de tomar o depoimento pessoal da parte sempre esteve à disposição da autora, e não é a sua mera produção em outros autos que os torna “acessíveis” só agora; rigorosamente, eles sempre estiveram acessíveis, e a parte abriu mão de produzi-los no curso da instrução.

Nesse contexto, conhecer tal elemento de prova significaria, por via transversa, fazer letra morta da regra geral da preclusão, segundo a qual a parte perde a chance de praticar ato processual quando não o faz na ocasião oportuna (arts. 357, § 4.º, e 451 do CPC). Isto porque, não tendo sido requerida a tomada do depoimento pessoal dos representantes legais das demandadas J. Battirola e Transportes Framento, precluiu à demandante a oportunidade de fazê-lo, não lhe sendo dado tentar repetir o ato mediante prova emprestada.

Dessarte, assim bem delimitado o espectro de cognição e os fatos que envolvem a pretensão esposada na ação pauliana, agiu com acerto a juíza *a quo* ao rejeitar o pedido tendente à declaração de ineficácia da alienação do bem à terceira Transportes Framento Ltda., que, como se viu até aqui, obrou com boa-fé na negociação que implementou com a requerida J. Battirola & Cia. Ltda.

2. Atos de fraude praticados entre a primeira e a segunda rés

O segundo ponto de interesse reside na pretensão de condenação da empresa J. Battirola & Cia. Ltda., no bojo da ação pauliana, ao pagamento do valor da dívida contraída pela devedora Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda., na medida em que, segundo alega a autora, está sobejamente provado o intuito daquela em fraudar os credores desta. A pretensão encontra-se imbricada com alegações deduzidas tanto no apelo da demandante, como do demandado Jaime Battirola, uma vez que, para que se alcance a condenação pretendida da empresa J. Battirola, é imperativo afastar as teses defensivas de seu sócio Jaime Battirola. Assim, passo a examinar todas as alegações pertinentes em conjunto.

Neste ponto, adianto, a sentença comporta mesmo parcial reparo.

As teses de defesa devolvidas por força do recurso do réu são, em síntese, as que seguem: a) de que houve a novação da dívida de R\$ 950.000,00 quando da sua consolidação em R\$ 965.000,00, estipulando-se a dação como a forma de quitação do valor; b) de que a venda do imóvel foi anterior à novação e, de conseguinte, quando a nova dívida surgiu, o bem já não estava mais inserido no patrimônio da devedora, não se podendo cogitar de fraude a esse título; e c) de que não houve, verdadeiramente, compra e venda entre a Thermo Sara e a J. Battirola, mas negócio estabelecido entre esta e a empresa Miotto Participações, que havia vendido o mesmo imóvel anos antes à Thermo Sara, e era credora de valores que ainda havia a saldar da aludida alienação.

As alegações não prosperam. Por singelas razões, aliás.

A uma, porque a intenção de novar deve ser inequívoca quando da novação, consoante determina o art. 361 do CC (*“Não havendo ânimo de novar, expresso ou tácito mas inequívoco, a segunda obrigação confirma simplesmente a primeira”*). Nesse cenário, em que, como visto acima, é inconteste que a dívida originária de R\$ 950.000,00, assumida pela Thermo Sara, foi consolidada, após o inadimplemento, no valor de R\$ 965.000,00, e alterada sua forma de quitação (de cheques para dação em pagamento, também não adimplida), incumbia então à devedora comprovar que tal operação envolveu a novação do negócio jurídico, o que prova alguma nos autos respalda. A

rigor, não há um elemento sequer de prova documental a subsidiar a tese de novação, tampouco foi produzida prova oral neste sentido, mormente porque nenhuma testemunha declarou ter sucedido o que os réus sustentaram em contestação e reiteraram em apelo.

De efeito, toda a tese veiculada no apelo se dirige ao que consta do documento de fl. 60, em contraposição com o documento de fl. 59 dos autos da ação de cobrança. Todavia, tudo o que a comparação entre esses documentos revela é que as partes consolidaram o valor da dívida, tendo em vista o período de inadimplência da devedora, para R\$ 965.000,00 (pouco mais de 1,5% – um e meio por cento – a mais do que o valor original), e a alteração da forma como se haveria de efetuar quitação. Não há menção alguma à extinção do débito anterior ou mesmo ao instituto da novação, o que, a considerar o alto valor da dívida, era de se esperar, fosse mesmo o caso de novação. Assim, não havendo elementos que sugiram ter ocorrido essa especial forma de extinção da obrigação, o que se deve presumir é a simples confirmação do negócio, na exata forma do citado art. 361 do CC.

Nesse cenário, não há que falar em anterioridade da alienação do imóvel em relação à suposta novação da dívida, que desvincule o patrimônio da devedora, presente à época da formação do débito anterior (em março de 2011), ao pagamento do valor consolidado na operação de fl. 60.

Demais disso, não convence a tese de que não teria ocorrido fraude ou conluio entre a primeira e a segunda rés, em razão de que o imóvel adquirido pela demandada J. Battirola & Cia. Ltda. haveria sido negociado com a empresa Miotto Participações Ltda., credora da Thermo Sara. Em outras palavras: alega o réu Jaime Battirola que não haveria que falar em fraude contra credores porque, a uma, o bem não poderia responder por dívida da empresa Thermo Sara (visto que não havia quitado todo o seu preço perante a pessoa de quem o comprou, a empresa Miotto), e, a duas, posto que o contrato teria sido celebrado diretamente com a empresa Miotto, de sorte que a escritura lavrada pela devedora Thermo Sara diretamente à J. Battirola teria se dado unicamente para reduzir os entraves burocráticos na transferência do bem.

A tese não convence por simples razão: embora houvesse cláusula resolutiva inserida no contrato celebrado entre Thermo Sara e Miotto, o imóvel se encontrava registrado já em nome da devedora Thermo Sara (R-7, fl. 47 da ação pauliana), o que a qualifica, para todos os fins – inclusive o de responder por seu débito (art. 789 do CPC) –, como sua proprietária (art. 1.246 do CC). Além disso, dias antes da lavratura de escritura pública entre a devedora Thermo Sara e a J. Battirola, a cláusula resolutiva foi cancelada na forma disciplinada no registro (R- 7 e Av-8, fls. 47-48 da pauliana), para todos os efeitos consolidando o domínio e o ingresso do bem no patrimônio da empresa Thermo Sara. Nesse cenário, não guarda particular relevância o contrato particular apresentado pelo réu (fls. 413- 415), celebrado entre a empresa Miotto e a J. Battirola, e em que esta reconhece ser devedora daquela. Afinal, foi a própria J. Battirola que lançou mão de similar operação quando alienou o mesmo bem à terceira Transportes Framento Ltda., a qual assumiu dívida da alienante J. Battirola perante credor particular seu. Isto é: da mesma forma como a Framento assumiu débito da J. Battirola, a J. Battirola assumiu débito da Thermo Sara, não servindo isso para desqualificar a posição de proprietária do imóvel que, até então, a devedora Thermo Sara ostentava.

Isso estabelecido, observo que, em sua contestação à pretensão da autora na ação pauliana, a empresa J. Battirola unicamente alegou que a fraude não estava configurada porque: a) não havia dívida anterior, dada a novação, o que já foi afastado acima; b) não houve *consilium fraudis*, porquanto a aquisição do bem se deu licitamente pela J. Battirola, que estava mesmo interessada no imóvel e resolveu assumir o débito que a devedora Thermo Sara possuía frente a quem lhe alienou o bem; e c) que não há *eventus damni*, pois que a Thermo Sara continua operando e pode responder pela dívida.

Quanto ao último ponto, observo que o estado de insolvência da ré Thermo Sara é elemento, a rigor, manifestamente comprovado nos autos, dada a soma de títulos que ela somava protestados em seu desfavor (fls. 185-294), bem ainda a ausência de um singular documento que comprove ter liquidez para fazer frente às dívidas contraídas. A situação, para mais, foi também confessada pelo sócio-administrador da própria Thermo Sara em depoimento pessoal (cf., nesse sentido, a transcrição do depoimento às fls. 738-739 da ação de cobrança, a que procedeu a sentença). Além disso, e embora o réu Jaime Battirola assevere que não tinha poderes de administração ou gerência na empresa Thermo Sara, tem-se que a prova indica o exato oposto. Por brevidade, e porque nenhuma dessas conclusões foi frontalmente impugnada nos apelos, transcrevo a decisão *a quo*, que bem esquadrinhou o litígio nesse tocante:

“Como se nota e ainda analisando o depoimento de dito requerido, os aludidos sócios das empresas em comento também esquematizaram (em comunhão de vontades, eivados de intenção fraudatória) uma tentativa de redistribuir as cotas sociais entre si a fim de blindar o patrimônio pessoal de sócios pessoas físicas específicos - notadamente Jaime Battirola -, com o único intuito de frustrar legítimos direitos de credores (além de transferir, de forma simulada, o único bem da Thermo Sara passível de constrição à empresa corrê J. Battirola curiosamente administrada pelo próprio Jaime -, o que a tornou insolvente).

“Nesse passo, conforme demonstra a 4ª alteração contratual da referida sociedade (folhas 399 e seguintes) as cotas de propriedade do Sr. Jaime Battirola foram cedidas ao sócio Rodrigo Battirola (que convenientemente é também seu filho), tendo, com isso, se retirado da sociedade Thermo Sara na data de 13.5.2011 (exatamente no interregno entre a constituição da dívida originária cobrada pela autora - em março/2011 - e a alegada novação sustentada pela defesa - em agosto/2011, conforme segue).

“Não obstante o próprio depoimento do sócio Glademir dar conta de tal situação fraudatória (intenção de resguardar patrimônio de sócios pessoas físicas em detrimento de interesses sociais), o certo é que também o contexto das negociações que deram origem à dívida buscada pela autora demonstra, estreme de dúvida, o engodo praticado pelos mencionados réus.

“Veja-se, em tal linha de raciocínio, que a dívida original foi pactuada entre autora e Thermo Sara em março/2011, sendo que, logo após (aproximadamente dois meses) - em 13.5.2011 -, já cedeu o requerido Jaime suas cotas ao seu filho Rodrigo, tendo conseguido, com isso, se retirar dos quadros sociais da empresa devedora, cuja inviabilidade financeira já se encontrava em franca ocorrência o que dá indícios da tentativa de se esquivar de eventual responsabilidade (em razão da arquitetada e eminente situação de insolvência da sociedade Thermo Sara que estava em andamento). [...]

“No mais, afastadas tais questões mas ainda dentro da análise quanto à desconsideração da personalidade jurídica, não obstante tais (robustos) indícios que dão conta da tentativa desenfreada dos réus em fraudar credores por meio do uso abusivo da pessoa jurídica Thermo Sara (auxiliada pela empresa J. Battirola) -

inclusive, como visto acima, em razão da redistribuição de cotas e retirada de sócios dos quadros societários, conforme tentado pelo réu Jaime -, há ainda a nebulosa transação do imóvel matriculado sob o n. 50.628 (sede da Thermo Sara), que se deu, sem sombra de dúvidas, de forma fraudulenta (ao menos no que concerne à primeira alienação, feita da empresa Thermo Sara à J. Battirola - porque em relação à posterior terceira adquirente Framento, restou reconhecida sua boa-fé na ação pauliana em apenso).

“É que restou satisfatoriamente demonstrado nos autos que a empresa Thermo Sara alienou tal imóvel em favor da J. Battirola com o fito de prejudicar credores e blindar tal bem para posterior venda (tanto que isso foi conseguido!), sendo que a intenção dos fraudadores não era como não foi de fato saldar as dívidas da sociedade, mesmo que defendida tal tese pelo réu Gladimir.

“Tal situação é confirmada, em primeiro lugar, pelo próprio depoimento pessoal de Gladimir Kuhn (colhido em juízo e já esmiuçado acima), um dos sócios administradores da empresa Thermo Sara, o qual relatou com minúcias de detalhes os passos da fraude engendrada. Não obstante tal indiciária (mas verossímil) prova, há também a circunstância de ter sido tal imóvel alienado justamente para a empresa J. Battirola, cujo sócio-administrador acabava de se retirar da sociedade devedora Thermo Sara (a suposta venda se deu em agosto/2011, enquanto o aludido demandado Jaime saiu do quadro societário em maio/2011) - sendo que também Rodrigo Battirola se retirou, em 10.5.2011, da sociedade J. Battirola (para evitar fosse ela igualmente prejudicada ou alcançada de alguma forma por terceiros credores da Thermo Sara).

“Constata-se com isso, pois, uma reciprocidade entre os sócios com o intuito de fraudar credores e blindar bens particulares (Jaime se retirou da sociedade Thermo Sara enquanto Rodrigo saiu da J. Battirola), consistente, basicamente, no fato de que, por ter Jaime saído do quadro societário da empresa Thermo Sara e, logo após, ter havido a alienação do imóvel (matrícula n. 50.628) justamente para a outra empresa da qual era ele sócio administrador (J. Battirola), restaria referido bem de raiz, em tese, blindado (pois não poderia ser alcançado pelos credores em caso de cobrança e/ou desconsideração da personalidade jurídica da Thermo Sara).

“Evidentemente reforça tal conclusão, ainda, a circunstância de também Rodrigo Battirola ter cedido suas cotas referente à empresa J. Battirola à Jaime (e com isso se retirado do quadro societário), pois tornaria aludida empresa (J. Battirola), outra vez em tese, inalcançável no que toca à constrição do bem que lhe havia sido transferido pela Thermo Sara, ainda mais quando transferido o imóvel para terceiro de boa-fé, como ocorreu no caso (concretização do intuito fraudatório).

“Observe-se, portanto, que com a saída recíproca de Jaime e Rodrigo Battirola das empresas Thermo Sara e J. Battirola, respectivamente, e com a posterior alienação do bem para esta última empresa e, logo após, à terceiro de boa-fé (Transportes Framento), restou tal bem (n. 50.628), de fato, impassível de constrição pelas dívidas da sociedade Thermo Sara (intento buscado pelos fraudadores desde o início), o que bem demonstra o quadro geral da burla arquitetada.

“Aliás, a própria existência das constatadas comunhões de sócios existente nas empresas fraudadoras (especialmente entre Rodrigo e Jaime nas empresas Thermo Sara e J. Battirola) - mas também em outras sociedades por eles administradas, como, por exemplo, o Posto GT Ltda. - já bem demonstram um clima propício às fraudes orquestradas, porquanto facilitaram sobremaneira as cessões simuladas de cotas entre eles, pois integrantes dos mesmos quadros societários - além da inafastável circunstância da relação de parentesco entre ambos (Jaime Battirola é pai de Rodrigo Battirola) também lhes ajudar nesse mister. Pouco interessa, nesse contexto, se o bem em questão pertencia, anteriormente, ao terceiro Miotto Participações LTDA., porque ressaí crível a tese de fraude, em razão do contexto delineado no feito.

“Nesse lume, portanto, tenho que é nítida a promiscuidade existente entre os sócios constantes nos quadros sociais de ambas as empresas (especialmente Rodrigo e Jaime, os quais contaram, sem dúvida, com o apoio

de Glademir), tanto isso sendo verdade que o próprio depoente Glademir afirmou que ‘o exsócio Jaime Battirola não participava das negociações envolvendo a empresa Thermo Sara, mas as ‘acompanhava’ na qualidade de ‘pai/conselheiro’ de seu filho Rodrigo Battirola’”. É que como restou sedimentado, evidente que suas cotas societárias eram cedidas e transferidas entre si de forma absolutamente artificial/simulada, exclusivamente para prejudicar credores e lhes resguardar patrimônio (de forma fraudada) - além da aludida oportunidade agravante de serem os mencionados réus pai e filho (o que facilita o conluio).

“Não bastasse isso, o próprio decurso de apenas dois meses entre a aquisição do imóvel litigioso pela J. Battirola (da empresa Thermo Sara) e sua posterior venda à terceira de boa-fé Framento bem corrobora com a alegada existência de fraude na primeira venda do bem de raiz em questão, pois confirma as alegações da autora de que feita justamente para livrar o imóvel de possíveis constrições a serem realizadas pelos credores da empresa Thermo Sara.

“Além do mais, também restou demonstrado no feito que quando da aventada reunião na qual restou decidido a respeito da equação final das cotas das empresas (que iria burlar os credores e resguardar bens), tinha tanto Rodrigo quanto Jaime ciência sobre o intuito fraudatório (do conluio em si), sendo que concordavam com tais questões, o que bem demonstra terem agido em comunhão de vontades (conjuntamente com Glademir) para fraudar credores (dentre eles a empresa autora).

“Dessa forma, **notório que a reorganização das cotas societárias realizada pelos sócios Glademir, Rodrigo e Jaime, aliada à venda fraudulenta do imóvel matriculado sob o n. 50.628 e das próprias circunstâncias facilitadoras da fraude (comunhão e similitude de sócios em diversos quadros societários por pessoas com grau de parentesco próximos, o que lhes facilitava o trânsito e a cessão das cotas societárias entre si) se revelam como expressões robustas do esquema fraudatório pensado pelos mencionados réus (com o uso abusivo da personalidade jurídica da empresa Thermo Sara), de sorte que resta autorizada a declaração de desconsideração da sociedade devedora, com a consequente extensão dos efeitos da sentença condenatória aos patrimônios particulares dos aludidos réus.**” (fls. 746-753 da ação de cobrança; destaqui).

Nesse cenário, em que está satisfatoriamente comprovado que: a) havia dívida contraída e inadimplida pela devedora Thermo Sara; b) que houve a alienação do único bem que compunha seu patrimônio e que poderia responder pelo pagamento do débito, levando-a à franca insolvência; c) que a alienação se deu a empresa gerida por parente próximo de sócio da devedora, inegavelmente ciente de sua situação de insolvência; e d) que o intuito de fraudar credores foi em tudo explícito em reunião da qual participaram as pessoas Jaime e Rodrigo Battirola e Glademir Kuhn; presentes estão todos os pressupostos subjacentes ao reconhecimento da ocorrência de fraude contra credores.

Embora isto não signifique que a alienação do imóvel em benefício da terceira de boa-fé seja anulada ou tornada ineficaz, a circunstância autoriza a extensão da responsabilidade pelo pagamento da dívida, cuja satisfação tornou-se frustrada pela fraude, à empresa que participou do esquema fraudulento. É o entendimento da jurisprudência:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PAULIANA. SUCESSIVAS ALIENAÇÕES DE VEÍCULO QUE PERTENCIA AO DEVEDOR. ANULAÇÃO QUE NÃO ALCANÇA OS TERCEIROS DE BOA-FÉ.

“1.- Em consonância com o art. 109 do CC/1916 (com redação correspondente no art. 161 do CC/2002), tendo havido sucessivos negócios fraudulentos, cabe resguardar os interesses dos terceiros de boa-fé

e condenar tão somente os réus que agiram de má-fé, em prejuízo do autor, a indenizar-lhe pelo valor equivalente ao do bem transmitido em fraude contra o credor.

“2.- Recursos Especiais providos.” (REsp 1145542/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014)

“AÇÃO PAULIANA. TERCEIRO ADQUIRENTE. BOA-FE. O TERCEIRO ADQUIRENTE DE BOA-FE NÃO É ATINGIDO PELO EFEITO DE SENTENÇA DE PROCEDENCIA DE AÇÃO PAULIANA, SATISFAZENDO-SE O INTERESSE DOS CREDORES, CONTRA OS FRAUDADORES, EM COBRAR-SE SOBRE O EQUIVALENTE DO VALOR DO BEM. ART. 109 DO CC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (REsp 102.401/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/1997, DJ 31/03/1997, p. 9635)

Como, *in casu*, o valor do imóvel objeto da alienação fraudulenta é inferior ao valor da dívida, impõe-se não condenar a empresa J. Battirola & Cia. Ltda. ao pagamento de valor “equivalente ao valor do bem transmitido”, na forma da jurisprudência acima, mas diretamente ao montante correspondente à dívida inadimplida, consoante o pedido formulado pela autora à fl. 21.

3. Responsabilidade do réu Jaime Battirola

O demandado Jaime Battirola sustenta que não deve ser operada a desconsideração da personalidade jurídica da devedora Thermo Sara, em suma, por três razões: a) que a empresa encontra-se em pleno funcionamento e que a mera inadimplência não é motivo para desconsideração da *affectio societatis*; b) que não exercia ato de administração que possa sujeitá-lo a satisfazer dívida da empresa; e c) que se retirou da sociedade mais de dois anos antes de aforada a ação, sendo relevante também a ocorrência de novação quanto à dívida que aqui a autora busca cobrar.

As alegações não procedem, todavia.

A uma, porque o funcionamento da empresa não é impedimento da desconsideração da personalidade jurídica. Com efeito, é mais que comum que a desconsideração da personalidade jurídica se dê enquanto a pessoa jurídica está ainda ativa, mormente no caso presente, em que se cuida não de encerramento irregular, mas de desvio de finalidade e confusão patrimonial, consoante alegado em exordial. Além disso, é mais que evidente que a sentença não caminhou pelo sentido da desconsideração da personalidade jurídica diante do inadimplemento puro e simples da dívida cobrada, mas por todos os atos fraudulentos revelados no curso da instrução processual, que conduziram à insolvência a empresa de que o requerido Jaime era sócio.

A duas, não há que falar que o réu Jaime Battirola não administrava a pessoa jurídica e que, por isso, não pode ser responsabilizado. Como visto até aqui, em especial pelos excertos da sentença citados acima, foi reconhecido pelo próprio sócio Glademir José Kuhn que Jaime Battirola era responsável pelos atos da empresa junto com seu filho, Rodrigo Battirola, ambos que engendraram toda a fraude aqui esposada. Chega a ser ingênua a alegação de que Jaime Battirola não tem responsabilidade alguma sobre os atos da pessoa jurídica, pois que, do que se viu, a fraude foi

perpetrada em especial para blindá-lo de responder com o seu patrimônio pelo débito assumido pela devedora Thermo Sara. Afinal, não fosse isso, não haveria motivos para que ele se retirasse da empresa ao mesmo tempo que a assumia seu filho, e que a mesma situação tenha sucedido, com os polos invertidos, na empresa J. Battirola & Cia. Ltda., que, para mais, foi ainda o receptáculo do imóvel que, ao depois, se repassou à terceira de boa-fé Framento Ltda. É dizer: Jaime Battirola é pessoa central em toda a fraude perpetrada pela devedora Thermo Sara, estando presente na reunião em que deliberada a ação fraudulenta, ainda que não tenha exercido atos formais de administração. Para a questão ficar estreme de dúvidas, faço citar o depoimento de Glademir Kuhn, na forma como transcrito em sentença:

“Glademir José Kuhn, depoimento pessoal do réu, além de sócio-administrador da empresa Thermo Sara: ‘era responsável pela administração do setor de produção da referida empresa, sendo que o outro sócio Rodrigo Battirola era quem administrava o setor financeiro em específico; no ano de 2011 **foi chamado para uma reunião - conjuntamente com seu filho Régis - por um advogado da empresa (Dr. Ricardo Ripke), na qual lhes foi informado que a sociedade estava em processo de falência** (por causa das dificuldades financeiras); tal advogado propôs, então, que o imóvel objeto da lide (matrícula n. 50.628) fosse alvo de transferência da empresa Thermo Sara para a sociedade J. Battirola, além de **retirar dos quadros societário daquela primeira os sócios Jaime, Raquel e Régis**; foi-lhe dito que ‘não haveria outra saída para a crise’, momento no qual concordou com a transferência simulada do bem, ‘porque tinha muito medo que os bancos tomassem o imóvel’; **na mencionada reunião estavam presentes o depoente, seu filho, o advogado da empresa (Dr. Ricardo Ripke), Jaime Battirola e seu filho Rodrigo Battirola, além de Leandro Bender (funcionário)**; a partir da transferência do bem à empresa J. Battirola, iria ela vender o imóvel a terceiros a fim de saldar as dívidas da Thermo Sara (impostos, cheques particulares que o depoente emprestou à empresa, etc.); no entanto, não teve acesso às negociações da venda do imóvel da empresa J. Battirola ao Transportes Framento (quem fez a negociação foi o sócio Rodrigo Battirola); o único ato que fez foi assinar a transferência da propriedade do imóvel da Thermo Sara (empresa que representava) à sociedade J. Battirola, não tendo conhecimento a respeito dos fatos posteriores envolvendo o bem litigioso em questão; não tinha poderes de administração junto à Thermo Sara (não sabe informar se no contrato social aparecia como administrador) - sendo que quem regularmente administrava a sociedade era Rodrigo Battirola (e sua assessoria administrativa); os problemas financeiros da Thermo Sara (bem como do Posto GT, que era outra empresa da qual era sócio) tiveram início no ano de 2011, sendo que o único bem que a aludida empresa detinha era o prédio onde estava localizado sua sede (bem litigioso); não sabe informar a respeito das supostas dívidas que a Thermo Sara tinha com a autora (Trans Kothe); **o ex-sócio Jaime Battirola não participava das negociações envolvendo a empresa Thermo Sara, mas as ‘acompanhava’ na qualidade de ‘pai/conselheiro’ de seu filho Rodrigo Battirola**; nessa mesma reunião também restou decidido a respeito da transferência das cotas de capital da empresa J. Battirola, Posto GT e da Thermo Sara (a equação final das cotas saiu dessa reunião); **Jaime Battirola concordava e tinha conhecimento de tais questões (a respeito da alienação fraudulenta e da transferência das cotas)**; a finalidade da transferência era blindar os bens para ‘os bancos não os tomarem’ e, após, os vender para saldar as dívidas societárias; se recorda da chegada, no pátio da Thermo Sara, das carretas usadas entregues pela autora; reafirma não saber nada a respeito da compra do imóvel pela Transportes Framento; confirma que seguidamente haviam transferências de recursos (realocação) entre as empresas Thermo Sara e Posto GT, sendo que elas se ajudavam mutuamente (com transmissão de recursos para quitação de títulos, por exemplo); o terreno onde estava localizada a empresa Thermo Sara (o qual foi posteriormente transferido à J. Battirola e, finalmente, à Transportes Framento) foi adquirido, por primeiro, de Flávio Miotto, por R\$ 4.800.000,00 (em cem parcelas

de R\$ 48.000,00); não sabe informar se todas as parcelas chegaram a ser pagas), tampouco se a empresa J. Battirola assumiu eventuais débitos diretamente junto ao Flávio Miotto; após a realização da transferência do imóvel à J. Battirola, sabe que foi o bem colocado à venda junto ao mercado” (fls. 738-739 da ação de cobrança; destaquei).

Reitere-se: não há como afastar a responsabilidade do sócio Jaime Battirola por supostamente não ter exercido atos de administração da devedora Thermo Sara, na medida em que, inequivocamente, esteve ciente da fraude que se perpetrava. Afinal, repito, retirou-se da sociedade quando já se encontrava em franca situação de insolvência (ou na iminência de tornar-se insolvente), e, após, já como sócio administrador da empresa J. Battirola, veio a firmar o negócio que implicou a alienação do imóvel pela devedora, e, ainda, o seu posterior repasse à terceira de boa-fé. Não é, pois, por simplesmente não exercer ato de administrar, que não pode ser responsabilizado, quando era sócio da devedora e, ante essa mesma qualidade, obrou para fraudar seus credores.

Nesse mesmo sentido, a três, não há que falar que não há prova de ato de confusão patrimonial ou de desvio de finalidade. Com efeito, tudo o que a prova demonstra é que, deflagrado o estado de iminente insolvência, os sócios da devedora passaram a arquitetar plano de fraude contra credores, ocultando o patrimônio da empresa para, posteriormente, aliená-lo sem que incorressem, em seu juízo, em possibilidade de declaração judicial de ineficácia da transação – no que, aliás, indesejavelmente lograram êxito, dada a posição de boa-fé da terceira adquirente. Nesse norte, e embora não houvesse esta previsão legal à época do sucedido, vem a calhar a definição de desvio de finalidade que o Código Civil, na esteira do que já orientava a doutrina, recentemente inseriu em seu art. 50, o que auxilia na exegese da norma e deixa claro que os fatos aqui provados são aptos a impor a responsabilidade direta do sócio:

“Art. 50. [...]”

“§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.”

Este Tribunal caminha no mesmo sentido:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de sentença em ação monitória. Desconsideração da personalidade jurídica da executada. Insurgência. Alegação de ausente má gestão ou fraude contra credores. Prova documental que depõe contra esta tese e evidencia o acerto da decisão agravada. Recurso desprovido. O expressivo número de demandas em face da empresa executada e do sócio, aliado à falta de verossimilhança de suas alegações, inviabiliza reforma da decisão que desconsiderou a personalidade jurídica.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.012273-3, de Itajaí, rel. Des. José Inácio Schaefer, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 31-05-2011).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE ARRESTO. IRRESIGNAÇÃO DO SUSCITANTE.

SUSTENTADA NECESSIDADE DA MEDIDA DEVIDO A RISCO DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. ACOLHIMENTO. INDÍCIOS DE FRAUDE CONTRA CREDORES. SÓCIOS QUE CONSTITUÍRAM DIVERSAS EMPRESAS COM POTENCIAL INTUITO DE INADIMPLEMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4022068-37.2017.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Newton Varela Júnior, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 25-06-2019).

Por derradeiro, a quatro, gize-se que a tese de novação da dívida já foi afastada oportunamente. E, respeitante ao fato de o sócio ter-se retirado do quadro social mais de dois anos antes do ajuizamento da ação, invocando, a seu favor, os arts. 1.003 e 1.032 do CC, cumpre ressaltar que a responsabilização do sócio por descon sideração da personalidade jurídica não se assenta nos citados dispositivos, conforme tem definido a jurisprudência:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO.

“1. **DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SÓCIO MINORITÁRIO. INDIFERENÇA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.**
2. EX-SÓCIO. INAPLICÁVEIS AS REGRAS DOS ARTS. 1.003 E 1.032 DO CC. SÚMULA 83/STJ. 3. AGRAVO DESPROVIDO.

“1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não há distinção entre os sócios da sociedade empresária no que diz respeito à disregard doctrine, de forma que todos eles serão alcançados. Assim, tendo o acórdão a quo asseverado estarem preenchidos os requisitos para a descon sideração da personalidade jurídica, torna-se inviável infirmar tais conclusões sem que se esbarre no óbice da Súmula 7/STJ.

“2. **Não se aplicam os arts. 1.003 e 1.032 do CC para os casos de descon sideração da personalidade jurídica, a qual tem como fundamento o abuso de direito efetivado quando a parte ainda integrava o quadro societário da pessoa jurídica alvo da execução.**

“Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, atraindo a incidência da Súmula 83/STJ.

“3. Agravo interno desprovido.” (AgInt no AREsp 1347243/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2019, DJe 22/03/2019; destaqueei)

Assim repelidas as teses de defesa do sócio responsabilizado pelo pagamento da dívida com o patrimônio pessoal, é mantida a decisão que impôs a descon sideração da personalidade jurídica da devedora Thermo Sara.

4. Responsabilidade de Marlene Battirola e Régis Kuhn

A derradeira alegação meritória que está a merecer atenção deste Órgão é a alegada responsabilidade dos sócios Marlene Battirola e Régis Kuhn, que a autora pretende seja reconhecida quanto ao implemento da dívida.

Sem delongas, o caso é de afastar-se a pretensão. E isto porque nenhuma dessas pessoas fez

parte do quadro social da devedora Thermo Sara, fato este absolutamente incontroverso. As supostas alienações de bens entre os sócios da devedora Thermo Sara e essas duas pessoas, que participavam ou da empresa J. Battirola, ou de ainda outra empresa, Auto Posto GT Ltda., não são capazes de atrair responsabilidade patrimonial *in casu*, porquanto, ao que indica a narrativa exordial, as operações negociais foram feitas não em nome particular dos sócios, antes sim dessas empresas.

E a inicial, a rigor, foi bastante clara ao delimitar a pretensão de que fosse realizada a desconsideração da personalidade jurídica unicamente da ré Thermo Sara (fl. 23). Assim, sem necessidade de maiores incursões no mérito do pleito, a verdade é que a pretensão esbarra no fato de que não há pedido que se tenha veiculado de desconsideração da personalidade da empresa J. Battirola & Cia. Ltda., por um lado, tampouco de condenação do Auto Posto GT Ltda., o que torna impossível alcançar o patrimônio de seus sócios, diante do princípio *affectio societatis*.

Demais disso, a menção ao art. 1.080 do CC, que torna ilimitada a responsabilidade do sócio que infringe o contrato ou a lei, não conforta o pedido da autora, na medida em que esta causa de pedir não foi inserida na exordial, a revelar a ocorrência de inaceitável inovação recursal neste ponto.

Dessarte, merece mantida também a sentença que rejeitou o pleito de responsabilização das aludidas pessoas pelo pagamento do débito contraído pela ré Thermo Sara.

5. Verba honorária

A fixação da verba honorária de sucumbência, pela sentença *a quo*, foi objeto de insatisfação de todas as partes. Visto que houve ligeira adequação no quadro de sucumbência, e que, de fato, não há espaço para que o estipêndio profissional seja fixado de forma equitativa, dada a redação do art. 85, § 2.º, do CPC, convém readequar, nesta Instância, o quadro de sucumbência arbitrado na origem.

Dessarte, na ação pauliana, o pedido é de ser julgado parcialmente procedente, unicamente para reconhecer a responsabilidade patrimonial da ré J. Battirola & Cia. Ltda. quanto ao pagamento do importe da dívida reconhecida na ação de cobrança e constituída em desfavor da corré Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda., com os mesmos consectários legais ali definidos, motivo pelo qual é esta de ser considerada também sucumbente na ação pauliana. Portanto, ficam a primeira e a segunda rés condenadas, na ação pauliana, ao pagamento de 66% (sessenta e seis por cento) das custas processuais e da verba honorária sucumbencial fixada em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa em favor do causídico da autora.

Lado outro, fica a autora Trans Kothe Transportes Rodoviários Ltda. responsável pelo pagamento de 33% (trinta e três por cento) das custas e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, para o causídico da empresa Transportes Framento Ltda.

Quanto à ação de cobrança, os pedidos são julgados procedentes em parte para condenar os réus Thermo Sara Implementos Rodoviários Ltda., J. Battirola & Cia. Ltda., Jaime Battirola, Rodrigo

Battirola e Glademir José Kuhn ao pagamento do débito conforme determinado em sentença. Dessarte, ficam todos condenados ao pagamento de 55% (cinquenta e cinco por cento) das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, solidariamente, à medida que, para todos os efeitos, todos poderão ser instados com seu patrimônio à satisfação da dívida.

Já a requerente, sucumbente quanto a quatro dos nove requeridos que inseriu em litisconsórcio passivo facultativo, fica condenada ao pagamento de 45% (quarenta e cinco por cento) das custas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa *pro rata* em favor de cada réu vencedor.

6. Dispositivo

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento para:

6.1. Na ação pauliana: reformar a sentença para julgar parcialmente procedentes os pedidos a fim de reconhecer a responsabilidade da ré J. Battirola & Cia. Ltda. à satisfação da dívida e declarar a ocorrência de atuação fraudulenta entre a primeira e a segunda rés. Por consequência, condenar ambas a primeira e a segunda rés ao pagamento de 66% (sessenta e seis por cento) das custas processuais e dos honorários fixados em 15% (quinze por cento) do valor da causa em favor do causídico da demandante. Condenar a autora Trans Kothe Transportes Rodovários Ltda. ao pagamento de 33% (trinta e três por cento) das custas, e de honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, para o causídico da empresa Transportes Framento Ltda.

6.2. Na ação de cobrança: reformar a sentença para condenar a ré J. Battirola & Cia. Ltda., junto com os demais já condenados pelo juízo *a quo*, ao pagamento da dívida como reconhecida na decisão recorrida. De conseguinte, condenar os réus vencidos ao pagamento de 55% (cinquenta e cinco por cento) das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, solidariamente. Ainda, condenar a requerente ao pagamento de 45% (quarenta e cinco por cento) das custas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da causa *pro rata* em favor de cada réu vencedor.

É o voto.

Apelação Cível n. 0300612-54.2017.8.24.0023, da Capital

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIAGEM DE CRUZEIRO. COMUNICADO NA CABINE, NO DIA DO EMBARQUE, INFORMANDO QUE O NAVIO PASSARIA POR ALGUMAS REFORMAS DURANTE O PERCURSO. INTERDIÇÃO DE DETERMINADAS ÁREAS, EXCESSO DE BARULHO, CHEIRO FORTE, FALTA DE ENERGIA E INCÊNDIO COM QUEIMA DE MATERIAIS TÓXICOS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR OS DANOS MATERIAIS. ABALO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE COMPENSAR. *QUANTUM* ARBITRADO. MANUTENÇÃO EM R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). SINTONIA COM OS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300612-54.2017.8.24.0023, da comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que é apelante Pullmantur Cruzeiros do Brasil Ltda. e apelada Maria Aparecida de Araújo Lima:

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

O julgamento, realizado no dia 18 de fevereiro 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, 19 de fevereiro de 2020.

Desembargador Fernando Carioni
RELATOR

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida, de pleno conhecimento das partes, proferida na ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Maria Aparecida de Araujo Lima contra Pullmantur Cruzeiros do Brasil Ltda.

Ao sentenciar o feito, o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca da Capital, Dr. Taynara Goessel, consignou na parte dispositiva:

À vista do exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, o que faço com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil e, em consequência, condeno as rés ao pagamento:

A) De indenização por material no montante de R\$ 4.214,78 (quatro mil duzentos e quatorze reais e setenta e oito centavos), acrescida de correção monetária pelo índice do INPC a partir do desembolso e juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso (Sumula 54 do STJ).

B) De indenização por danos morais no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atualizados monetariamente pelo índice INPC desta a data desta sentença, acrescidos juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Em face do princípio da sucumbência, condeno as rés, ainda, ao pagamento das despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor da condenação, com fundamento no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Inconformada, a ré interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que o valor a que foi condenada em danos materiais, é referente a gastos totalmente alheios aqueles que são de sua responsabilidade.

Alegou a impossibilidade de condenação por danos morais, uma vez que a viagem foi realizada pelo período e itinerário contratados. Acrescentou que a sentença ultrapassou o limite razoável na fixação da indenização, uma vez que o valor atribuído é quase 10 (dez) vezes maior que o valor adimplido na contratação da viagem.

A autora apresentou contrarrazões.

Este é o relatório.

VOTO

Insurge-se a apelante da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de indenização por danos materiais e morais.

Sabe-se que a responsabilidade civil e a obrigação de indenizar estão previstas no art. 927 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O art. 186 do Código Civil, por seu turno, esclarece em que consistem essas condutas antijurídicas que, se praticadas, ensejam a reparação 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”.

O direito à indenização, contudo, exige a demonstração pelo ofendido dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, que variam conforme a natureza da relação jurídica em que ocorreu o ato ilícito.

Na responsabilidade objetiva, a configuração do ato ilícito prescinde da comprovação da

culpa do agente pelo evento lesivo, bastando à vítima demonstrar o dano e o nexo de causalidade. Isso porque, essa teoria “tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21-22).

Desse modo, nos termos da legislação consumerista, exime-se o consumidor, em regra, de evidenciar a culpa do fornecedor, conforme dispõe o art. 14, *caput*, do referido diploma:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

A responsabilidade do fornecedor somente será afastada quando este demonstrar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (CDC, art. 14, § 3º).

Portanto, para a responsabilização do fornecedor, basta a demonstração do dano experimentado pelo consumidor e do nexo de causalidade entre este e a conduta praticada por aquele, independentemente de culpa.

No caso em comento, a reforma e o incêndio ocorridos no navio que transportava a apelada estão dentro do risco da atividade desenvolvida pela apelante. Destarte, evidente o dever de indenizar os danos que ocorreram em razão de várias partes do navio estarem interditadas e pelo incêndio ocorrido no seu interior.

Como bem observado pela Juíza de Piso “no que tange ao pedido de dano material, este deve ser acolhido, pois evidente a inexecução do contrato por parte das rés. Ainda que a autora tenha usufruído de acomodação e alimentação, a esta não resta outra alternativa, pois encontra-se em alto mar. Ademais, as acomodações nem de longe corresponderam ao que restou contratado e não houve qualquer impugnação específica quanto aos valores pleiteados” (fl. 155).

Por conseguinte, mantém-se a condenação da apelante ao pagamento de R\$ 4.214,87 (quatro mil, duzentos e quatorze reais e oitenta e sete centavos), a título de danos materiais.

Alega a apelante a impossibilidade de condenação por danos morais, uma vez que a viagem foi realizada pelo período e itinerário contratados.

No caso em tela, observa-se que a situação excedeu o mero incômodo, uma vez que de uma viagem de férias programada para 10 (dez) dias a bordo de um navio, este passou por reformas durante o percurso, o que causou a interdição de determinadas áreas do navio, excesso de barulho e cheiro, falta de energia na cabine e incêndio com queima de materiais tóxicos.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. VIAGEM DE CRUZEIRO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DAS PARTES.

DANOS MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. DEVER DE INDENIZAR. [...]

A falha na prestação dos serviços gera o dever da fornecedora em ressarcir os danos causados aos consumidores, nos termos do art. 14 do Código de Processo Civil. In casu, ficou evidenciada que a má prestação nos serviços, diante da ausência de higienização no cruzeiro, geraram abalos morais passíveis de indenização (TJSC, Ap. Cív. n. 2014.074962-4, da Capital, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 28-1-2016).

Logo, caracterizado o dano e o nexo de causalidade, passível a compensação pela injúria moral de que foi vítima o apelado.

Conveniente esclarecer que a caracterização do dano moral, por ser complexa, prescinde de prova do abalo à honra, consoante entendimento firmado na doutrina e na jurisprudência, de modo que, evidenciado o ilícito, presume-se o dano.

Nas palavras de Cavalieri Filho, “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 da experiência comum.” (*Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 86).

No que diz respeito a sua mensuração, menciono à guisa de ilustração, o seguinte precedente deste Tribunal:

A indenização por danos morais é fixada por equidade pelo magistrado, atendendo a dois objetivos: atenuação do dano causado ao lesado e reprimenda ao lesante pelo ilícito cometido. Importa observar o grau de culpabilidade e a condição econômica da parte a quem se vai impor a sanção, bem como o dano infligido à parte em favor de quem é imposta a indenização (TJSC, Apelação Cível n. 0304673-59.2015.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 9-4-2019).

Destarte, o *quantum* compensatório deve sujeitar-se às peculiaridades de cada caso concreto, levando-se em conta o sofrimento causado pelo dano, as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas, de modo a não ser por demais gravoso a gerar o enriquecimento sem causa dos ofendidos, nem tão insuficiente que não proporcione uma compensação pelos efeitos dos danos.

A par dessas considerações, e em atenção ao caráter compensatório e punitivo da condenação, mantém-se o *quantum* indenizatório fixado na origem em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

À vista do exposto, nega-se provimento ao recurso. Majoram-se os honorários advocatícios fixados pelo Juízo *a quo* para 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, em conformidade com o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0300349-17.2016.8.24.0036, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PRETENSÃO DE PAGAMENTO INTEGRAL DA COBERTURA SECURITÁRIA EM RAZÃO DE INVALIDEZ POR ACIDENTE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECONHECIDA INVALIDEZ PARCIAL. INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL. RECURSO DO AUTOR.

ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FOI CIENTIFICADO A RESPEITO DAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS. ALMEJADO PAGAMENTO DA COBERTURA INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. ÔNUS QUE COMPETE À ESTIPULANTE. INVALIDEZ PARCIAL ATESTADA PELA PERÍCIA JUDICIAL. ENQUADRAMENTO DA LESÃO À TABELA DA SUSEP QUE NÃO REPRESENTA OFENSA AO DEVER DE INFORMAÇÃO.

Não é razoável que o beneficiário de contrato de seguro em grupo pretenda indenização total do valor da apólice independentemente do grau de lesão apurado. Tal pretensão corresponde a equiparar a indenização de uma invalidez parcial de perda de uso de um dedo anular (9% da apólice) com um acidente que provoca a cegueira completa dos dois olhos (100% da apólice) e esbarra no conceito de risco assumido estipulado com clareza nas condições gerais do contrato.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300349-17.2016.8.24.0036, da comarca de Jaraguá do Sul 1ª Vara Cível em que é Apelante Setembrino João da Silva e Apelado Liberty Seguros S/A.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. José Agenor de Aragão e o Exmo. Sr. Des. Selso Oliveira.

Florianópolis, 30 de janeiro de 2020.

Helio David Vieira Figueira dos Santos

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Setembrino João da Silva contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de complementação de indenização securitária formulado contra

Liberty Seguros S/A, para condenar a seguradora ao pagamento de R\$ 937,33, mais consectários legais, a título de indenização securitária por invalidez parcial, e o autor ao custeio das despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor atualizado da condenação, suspensa a exigibilidade pela concessão do benefício da justiça gratuita (p. 222/224).

Sustenta o apelante que a) a lesão sofrida em decorrência do acidente pessoal coberto pelo seguro contratado implicou invalidez parcial permanente, que foi inclusive reconhecida pela seguradora na via administrativa; b) não foi cientificado das condições da apólice, razão pela qual o contrato deve ser interpretado de maneira mais favorável ao consumidor; c) pela não observância do dever de informação por parte da seguradora, notadamente em relação à tabela que particulariza a graduação da invalidez, ele faz *jus* à integralidade do capital segurado, descontado apenas o importe auferido administrativamente. Requer a reforma da sentença, para dar total procedência ao pedido, a fim de condenar a requerida ao pagamento de R\$ 28.119,73, corrigida desde a data da apólice, além das custas processuais e honorários advocatícios de 20% da condenação (p. 227/240).

Com as contrarrazões (p. 254/264), vieram os autos a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

Aplica-se o Código de Processo Civil de 2015, na forma do Enunciado Administrativo n. 3, do Superior Tribunal de Justiça.

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

O autor defende ser devida a indenização securitária em sua integralidade sob alegação de que não foi previamente informado acerca das condições gerais e cláusulas limitativas do seguro, notadamente quanto ao enquadramento do grau de invalidez nas tabelas de quantificação do dano.

Contudo, razão não lhe assiste.

É sabido que 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.

E, conforme determinado no art. 3º da Resolução n. 107/2004 do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), o dever de informação e de entrega de documentos não deve ser imputado à seguradora apelada e sim à estipulante do seguro, empregadora com quem o autor tem relação jurídica direta. Nesse sentido são inúmeros os julgados. Para exemplificar: Apelação Cível n. 0016739-97.2013.8.24.0018, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 3.10.2017; Apelação Cível n. 0301708-11.2016.8.24.0033, Rel. Des. Fernando Carioni, j. 26.9.2017; Apelação Cível n. 0026354-

14.2013.8.24.0018, Rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, j. 9.5.2017.

Também por esse motivo, não prospera a assertiva do autor de que não obteve prévio acesso aos termos do contrato. Por essa lógica distorcida, defendendo que não assinou as cláusulas gerais, poderia então o segurado exigir que a ré prestasse qualquer tipo de cobertura e sem nenhuma limitação, e isso sem que tenha, por ato próprio, buscado conhecer a extensão da cobertura contratada, que era o que realmente lhe interessava.

A alegação de vulnerabilidade do consumidor e as regras de proteção do CDC não são invocáveis aqui. O contrato de seguros é de grande clareza, não deixa margem a nenhuma dúvida e apresenta de forma clara os riscos excluídos da cobertura e como que será paga a indenização. Essa é uma característica fundamental dos contratos de seguro, cujo preço é calculado com base em critérios atuariais e de sinistro na forma proposta no contrato. É inaceitável ignorar essa noção elementar de risco assumido nos contratos de seguro.

Não vejo como ignorar as situações distintas e dar-lhes o tratamento que cada uma merece. Historicamente e de forma generalizada, as Tabelas da SUSEP são utilizadas para os cálculos das indenizações proporcionais, inclusive no Judiciário, que delas se vale com profusão nos casos de DPVAT.

A propósito, vale transcrever trecho do voto do Exmo. Des. Luiz Felipe Schuch em caso semelhante:

Ademais, não convence eventual alegação, em casos tais, de violação ao dever de informação, à luz do Código de Defesa do Consumidor, até porque se sabe que em casos tais a estipulante assume a postura de gestora do contrato ou mandatária, de sorte que sendo comunicada dos lances da contratualidade, assim também das condições gerais e especiais da apólice, deverá dar ciência desses pormenores aos componentes do grupo segurado, conforme dispõe as normas que regulam o tema, principalmente o art. 21, § 2º, do Decreto-Lei n. 73/66 e art. 3º, III, da Resolução-CNSP (Conselho Nacional de Seguros Privados) n. 107/04 (TJSC, Apelação Cível n. 0001017-09.2012.8.24.0034, de Itapiranga, rel. Des. Luiz Felipe Schuch, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 05-03-2018).

Por esse motivo é que o enquadramento da cobertura securitária proporcionalmente à gravidade da lesão e da seqüela não representa abusividade contratual; muito pelo contrário, vai ao encontro do princípio da mutualidade, elemento essencial do contrato de seguro. Se assim não fosse, estar-se-ia *“remunerando de modo idêntico consumidor que sofreu prejuízo consideravelmente menor do que o outro”* (Apelação Cível n. 0009636-50.2013.8.24.0079, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 24-10-2016).

Embora não conste dos autos a cópia das condições gerais do contrato firmado pela empregadora do autor com a ré, trata-se de instrumento padrão analisado com frequência em processos da mesma natureza (trata-se de seguro em grupo), o que autoriza afirmar com segurança que ele prevê, de forma expressa, o pagamento de indenização para os casos de invalidez permanente por acidente em até 100% do capital segurado, a depender da lesão sofrida, cujo grau deve ser enquadrado à tabela anexa à avença.

Portanto, estando expressamente consignado no contrato firmado entre as partes que o pagamento de indenização corresponderá ao valor proporcional à invalidez existente e sendo certo que a seguradora segue as normas disciplinados pela Susep, em especial a Circular n. 29/1991, não há falar em pagamento integral do capital segurado.

Sobre a matéria, já se pronunciou este Órgão Julgador:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. COMPLEMENTAÇÃO DE INDENIZAÇÃO DIANTE DA EXISTÊNCIA DE COBERTURA POR INVALIDEZ PERMANENTE POR ACIDENTE DE TRABALHO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR/SEGURADO. APLICAÇÃO DO CDC. DEVER DE INFORMAÇÃO. ART. 46 DA LEI PROTETIVA. ÔNUS DA ESTIPULANTE, E NÃO DA SEGURADORA. PRECEDENTES DESTA CORTE. PLEITO DE COMPLEMENTAÇÃO DE INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE A INTEGRALIDADE DO CAPITAL SEGURADO. INSUBSISTÊNCIA. PERÍCIA ATESTANDO INVALIDEZ PERMANENTE PARCIAL. ADIMPLEMTO PROPORCIONAL AO GRAU DA LESÃO. APLICAÇÃO TABELA DA SUSEP. SENTENÇA MANTIDA. É aplicável a redução variável do capital segurado com base em tabela constante nas “Condições Gerais” do contrato, na medida em que indicada a existência de cláusula limitativa na apólice, cuja obrigação de cientificação não era da seguradora, mas da estipulante do seguro em grupo. (TJSC, Apelação Cível n. 0307557-09.2016.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 17-07-2018). HONORÁRIOS RECURSAIS. ARBITRAMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0026033-43.2012.8.24.0008, Rel. Des. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 11-07-2019).

É necessário consignar que o contrato de seguro deve ser interpretado de forma restritiva, nos termos do art. 757 do Código Civil, de modo que não há conflito com o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, vez que a interpretação mais favorável ao segurado não pode resultar na alteração do tipo de risco para o qual o seguro não foi contratado.

Por conseguinte, há de ser mantida a distribuição dos ônus da sucumbência conforme consignado na origem, pois é evidente que o autor, que já havia recebido a indenização extrajudicialmente (R\$ 3.303,04, p. 143), decaiu da maior parte de seu pedido, pois conseguiu a complementação de aproximadamente 3% do que almejava (R\$ 937,33 de R\$ 28.119,73).

Logo, não há reparos a fazer na sentença.

Por fim, considerando que a decisão recorrida foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015, cabível a fixação de honorários recursais ao patrono da apelada, vez que o recurso, como dito, não foi provido (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ).

Assim, majoram-se os honorários devidos pelo apelante ao advogado da apelada, de 10% para 13% sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, § 2º do CPC, observada a gratuidade de custas.

Ante o exposto, vota-se para conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0062037-49.2003.8.24.0023, Capital

Relator: Desembargador José Agenor de Aragão

REEXAME EM RECURSOS REPETITIVOS. RECURSO ESPECIAL N. 1.551.488/MS (TEMA 943). ART. 543-C, § 7º, II, DO CPC/73, ATUALMENTE ART. 1.040, II, DO CPC/15.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO C/C DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. PLANO DE PECÚLIO. MIGRAÇÃO DE PLANO. PREVIDÊNCIA PRIVADA.

REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA EM RECURSO REPETITIVO. CONTROVÉRSIA QUE SE RESTRINGE AO MÉRITO.

ENTIDADE ABERTA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 321 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 289 DO STJ. MIGRAÇÕES SUCESSIVAS AOS PLANOS PECÚLIO E “MELHOR”. BENEFÍCIO CONSISTENTE EM PECÚLIO SALDADO. NOVAÇÃO CONTRATUAL COM RENÚNCIA EXPRESSA AOS BENEFÍCIOS DO PLANO ANTERIOR. PLENA CIÊNCIA DO CONSUMIDOR. NÃO DEMONSTRADO QUALQUER VÍCIO OU OMISSÃO QUANTO AO DEVER DE INFORMAÇÃO RELATIVAMENTE AOS NOVOS AJUSTES.

ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA CORTE SUPERIOR, EM RECURSO REPETITIVO (RESP N. 1.551.488/MS).

“[...]A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.551.488/MS, decidiu, por unanimidade, entre outras questões que, em caso de migração de plano de benefícios de previdência complementar, não é cabível o pleito de revisão da reserva de poupança ou de benefício, tendo a Súmula 289 do STJ, portanto, aplicação restrita ao instituto jurídico do resgate. Assim, de acordo com a orientação da Corte Superior, restringe-se a aplicação de correção monetária plena apenas aos casos de desligamento do participante do plano e resgate de suas contribuições pessoais e não sobre a reserva de poupança de optante de migração de plano, razão pela qual a improcedência do pedido inicial é medida que se impõe”. (Apelação Cível n. 0096705-07.2007.8.24.0023, da Capital, rel. Des. JOEL FIGUEIRA JÚNIOR, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 25/01/2018)

JUÍZO DE RETRATAÇÃO POSITIVO, COM O CONSEQUENTE DESPROVIMENTO DO APELO DO REQUERENTE E JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO EXORDIAL.

REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. SENTENÇA PUBLICADA NA VIGÊNCIA DO CPC/73 (ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 7 DO STJ).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 006237-49.2003.8.24.0023, da comarca da Capital 6ª Vara Cível em que é/são Apelante(s) Valmor Osni Espíndola e Apelado(s) Capemi Caixa de Pecúlios Pensões e Montepios Beneficente.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade de votos, com fulcro no art. 573-C, § 7º, II, CPC/1973 (art. 1.040, II, CPC/2015) e no art. 5º da Resolução n. 42/2008-TJ, em juízo de retratação, adequar o julgamento sujeito à reanálise ao Tema 943 vinculado ao REsp n. 1.551.488/MS do Superior Tribunal de Justiça e, em consequência, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Apelante, para julgar improcedente o pleito exordial, e redistribuir os ônus sucumbenciais, devendo o Requerente/Apelante ser condenado ao pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais, de acordo com os parâmetros do art. 20 § 4º do CPC/1973, vigente à época, (correspondente ao art. 85, § 8º, do CPC/2015), são arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Incabíveis honorários Recursais. Por fim, determinar o retorno dos autos à 3ª Vice-Presidência. . Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Hélio David Vieira Figueira dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Selso de Oliveira.

Florianópolis, 30 de janeiro de 2020.

Desembargador José Agenor de Aragão
Relator

RELATÓRIO

A bem dos princípios da celeridade e da economia processual, bem como, para melhor explanar a situação fática, adoto o relatório elaborado na sentença por delinear com precisão o processado, *verbis* (p. 459/463):

“VALMOR OSNI DE ESPÍNDOLA, qualificado nos autos, ajuizou demanda que nominou Ação Ordinária de Revisão de Benefícios c/c Declaratória de Nulidade de Cláusulas Contratuais em face de CAPEMI-CAIXA DE PECÚLIOS, PENSÕES E MONTEPIOS-BENEFICENTE, igualmente identificada.

Alega ter firmado com a Ré contrato de pecúlio, em 12 de fevereiro de 1976, identificado pelo n. 1365538, tendo a Ré efetuado o desconto das parcelas diretamente de sua folha de pagamento e de sua conta-corrente.

Aduz que, passado o lapso de carência (25 anos), solicitou o contraprestação, consubstanciada em pensão de aposentadoria, respondendo a Ré que nada lhe devia, porque, em setembro de 1991 e julho de 1993, teria o Autor firmado dois novos pactos de pecúlio, saldando as contribuições do contrato inicial, “dando quitação de todos os 17 anos de contribuição anteriores” (fl. 03).

Sustenta que foi induzido em erro quando da avença dos novos pactos (1991 e 1993), os quais serviram unicamente para beneficiar a Ré.

Discorreu acerca da nulidade contratual, da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à questão em testilha, colacionado inúmeros arestos que entendeu pertinentes.

Requeru a declaração de nulidade dos contratos Plano de Pecúlio I e Plano Melhor e a obediência ao contrato n. 1365538, firmado em 1976; a restituição das contribuições realizadas entre março/1976 e setembro/2002,

atualizadas “pelo melhor índice utilizado no mercado”; a restituição das contribuições efetuadas após a opção conversão do pecúlio em aposentadoria (outubro/2002 até os dias atuais), atualizadas, igualmente, “pelo melhor índice utilizado no mercado”; a aplicação de juros de mora nos termos do art. 406, do CC. Formulou, ainda, os requerimentos de praxe e valorou a causa.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 19/260.

Citada, a Ré ofertou contestação, arguindo, em preliminar a impossibilidade jurídica do pedido, a decadência do direito, e a prescrição.

No mérito, discorreu acerca do contrato de seguro e de suas peculiaridades, da natureza jurídica do contrato previdenciário sustentando que 13,3% das contribuições é destinado ao Lar Fabiano de Cristo, “para promover a beneficência, na forma do Estatuto da Requerida” (fl. 294).

Houve réplica, oportunidade em que o Autor repisou os termos do portal”.

Sobreveio sentença (fls. 459/463), na qual a ilustre Magistrada *a quo*, julgou, nos seguintes termos:

“[...] Ante o exposto, vencida a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, ACOLHO a prejudicial de mérito ventilada pela Ré e reconheço a PRESCRIÇÃO, o que faço com arrimo no art. 178, § 9o, V, “b”, do CC/1916. Resolvo o feito com fulcro no art. 269, IV, do CPC. Condeno o Autor ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), ex vi do art. 20, §4o, do CPC, consideradas as alíneas do § 3o do citado dispositivo, em especial o fato de que a demanda prescindiu de dilação probatória”.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o Requerente, tempestivamente, interpôs Recurso de Apelação (fls. 468/479), alegando, como forma de obter o provimento do recurso, o seguinte: a) a decisão combatida, fundamentada no art. 178, § 9º, inc. V, “b”, do CC/1916, acolheu indevidamente a prejudicial de prescrição, eis que o dispositivo a ser aplicado à espécie, em verdade, é o art. 177 do antigo Código Civil, pois que se está diante de obrigação pessoal e de trato sucessivo, de modo que o prazo prescricional a ser observado para o pedido de restituição das parcelas é o vintenário, contando-se a partir do término da relação jurídica; b) deverá ser reconhecida a nulidade das cláusulas de renúncia de direito existentes nos contratos “Pecúlio I” e “Plano Melhor”, mantendo-se o contrato originalmente firmado entre as partes em 1976; c) caso a apelada insista em não cumprir a sua parte no contrato, deverão ser restituídos todos os valores vertidos à entidade ao longo desses 26 anos, desde março de 1976 até setembro de 2002 (mês em que o requerimento foi encaminhado à entidade); d) como o apelante continuou a contribuir mesmo após ter realizado o requerimento administrativo, tais parcelas deverão igualmente ser restituídas; e) o recorrente almeja ver garantido o seu direito previsto no art. 8º do Regulamento do Sistema de Assistência aos Sócios e seus Beneficiários; f) é absolutamente descabida a alegação da apelada segundo a qual o apelante renunciou ao direito pleiteado por ter firmado os planos “Pecúlio I” e “Plano Melhor”; g) a nulidade das cláusulas previstas em tais planos é patente, porquanto determina que a opção pelo saldamento resulta na renúncia a quaisquer dos benefícios previstos no antigo contrato; h) a recorrida apropriou-se

de vinte e seis anos de salário do consumidor, sendo que tal prática caracteriza, de forma insofismável, o enriquecimento ilícito da entidade, em manifesto prejuízo ao apelante, que pagou religiosamente, ao longo desses anos, exatamente o que havia pactuado com a apelada; i) é cediço que o Código de Defesa do Consumidor veda, expressamente, tais práticas danosas e de má-fé implementadas contra os consumidores; j) não obstante o contrato originário tenha sido firmado entre as partes em 1976, é evidente a aplicabilidade do CDC, eis que os aditivos que incluíram as cláusulas de renúncia de direito datam de 1991 e 1993, quando já estava em pleno vigor a legislação consumerista; k) a relação jurídica existente entre as partes é continuada, de modo que ela sempre se renova a cada mês com o pagamento realizado pelo apelante para a formação de uma reserva de poupança, a qual deveria ser utilizada para o pagamento de sua aposentadoria; l) da prova coligida aos autos não se pode inferir a opção do recorrente pelo saldamento do plano, mas sim pelo recebimento do benefício de aposentadoria previsto no art. 8º do contrato original, tanto que nesse sentido formulou o seu requerimento; e, m) era obrigação da apelada conceder o benefício previsto no art. 8º do RSASB, sendo que a negativa em fazê-lo caracteriza ato ilícito e a restituição das parcelas é medida necessária a garantir o ressarcimento do patrimônio do consumidor, defasado ao longo desses 26 (vinte e seis) anos.

Contrarrazões à fls. 488/509.

Os autos acenderam à esta Corte.

Esta Quarta Câmara de Direito Civil, na sessão de julgamento do dia 04.11.2011, em acórdão de relatoria do eminente Desembargador Eládio Torret Rocha (fls. 521/538), decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso de apelação e dar-lhe parcial provimento, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a apelada a restituir ao apelante apenas os valores pagos para fomentar a pensão originalmente contratada, a serem corrigidos e acrescidos de juros de mora.

Opostos embargos de declaração (fls. 541/548), os mesmos foram rejeitados (fls. 551/554), interpondo a CAPEMI – Caixa de Pecúlios, Pensões e Montepios – Benficiente, Recurso Especial (fls. 557/596), com fulcro no art. 105, III, alíneas ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal, tendo por fundamento violação aos arts. 178, II, do CC/16; Lei n. 6.435/1977; Lei Complementar n. 109/2001; Decreto Lei n. 81.402/78; art 1.452 do CC/16; art. 5º, XXXVI da CF/88, bem como divergência jurisprudencial no que tange a tese de ser impossível a restituição de parcelas pagas a título de composição de fundo de pensão por participante que optou por desligamento, após realizar migração de plano.

Intimado o requerente/Recorrido deixou fluir in albis o prazo para as contrarrazões ao recurso especial.

Em decisão de fls. 623/625, o então 3ª Vice-Presidente desta Corte, o eminente Desembargador Rui Fortes, não admitiu o recurso, tendo sido interposto pela Requerida CAPEMI, Agravo à fls. 628/673, contudo, entendendo ter sido afetada a matéria a Corte Superior determinou a devolução dos autos a corte de origem para que após a publicação do acórdão a ser proferido no recurso representativo da controvérsia, o apelo especial, tenha seguimento negado ou seja novamente examinado pelo tribunal a quo (art. 543-C, §7º, I, II do CPC) (fls. 698v/700).

Em despacho de fls. 703 a vice-presidência determinou o sobrestamento do feito até o julgamento definitivo do tema 943 pela Corte Superior (Resp n. 1.551.488/MS).

O requerente, em manifestação de fls. 706/708, ressaltou que a matéria discutida no tem 943 diverge da hipótese dos autos, porquanto enquanto os processos afetados tem por objeto a pretensão de aplicar os índices de correção monetária expurgados às épocas dos planos econômicos em suas reservas de poupança, visando sua recomposição, a presente demanda visa a devolução das parcelas que verteu para a entidade de previdência privada ante o descumprimento do contrato original firmado entre as partes, que lhe permitia a conversão do pecúlio em pensão de aposentadoria.

E por tal razão, requereu o recebimento da petição, confirmando-se a divergência entre as teses, e por consequência o prosseguimento do feito, com a remessa dos autos ao STJ para que seja desprovido o recurso da requerida e confirmado o acórdão que julgou procedentes os pedidos exordiais.

Por conseguinte, em razão de extravio dos autos foram colacionados os documentos à fls. 750/859

Em decisão de fls. 869/871 foi mantida a decisão de sobrestamento do feito.

Noticiado o julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.551.488/MS (Tema 943), publicado em 1º-8-2017, em decisão de fls. 876/877, a Terceira Vice-Presidência constatou que o acórdão estaria, em princípio, em desacordo com a orientação sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, devolvendo os autos para reanálise da temática repetitiva, na forma do art. 543-C, § 7º, inc. II, do CPC/1973, e do art. 5º, da Resolução n. 42/2008.

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, convém ressaltar que, nos casos de multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais, com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento pelo STF ou STJ, respectivamente e, nos casos em que a decisão colegiada contrariar a orientação do tribunal superior, será reencaminhada ao órgão que proferiu o acórdão, para fins de reexame da causa, nos termos do art. 1.030, II, c/c art. 1.040, II, do Código de Processo Civil de 2015:

Por oportuno, transcrevem-se os referidos artigos:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

[...]

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: [...]

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;

Nesta perspectiva, os autos foram devolvidos a este órgão fracionário para verificar a respeito à obrigatoriedade da Apelada ao pagamento de restituição de plano de previdência privada de aposentadoria complementar (Plano Pecúlio), após a migração do Apelante para novos planos (Plano Pecúlio I e Plano Melhor), e se é aplicável à presente hipótese o enunciado da Súmula 289/STJ.

Na sessão do primeiro julgamento dos autos, realizada em 19.05.2011, esta Quarta Câmara de Direito Civil, decidiu, por votação unânime, conhecer o Recurso de Apelação e dar-lhe parcial provimento.

Na oportunidade, o acórdão proferido por este Órgão Fracionário, afastou a prescrição.

No mérito, decidiu por julgar parcialmente procedentes os pedidos iniciais, declarando a nulidade dos contratos (Pecúlio I e Melhor Plano) firmados após a celebração do primitivo instrumento celebrado entre as partes e determinar a restituição das quantias pagas sob a rubrica de fundo de pensão, com aplicabilidade da Súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça, determinando a correção monetária plena da reserva de poupança do período compreendido pelos planos econômicos Bresser, Verão, Collor I e Collor II, denominados expurgos.

Deste modo, passa-se ao reexame da questão devolvida a este órgão julgador pela 3ª Vice-Presidência.

Inicialmente registre-se, no que pertine à incidência do CDC, o colendo Superior Tribunal de Justiça em razão do julgamento do Recurso Especial n. 1.536.786/MG, decidiu, por unanimidade, que a Súmula 321 tem aplicação restrita aos casos que envolvem entidades abertas de previdência, o que culminou com a edição da Súmula 563 pela Corte Superior, que assim dispõe:

Súmula 563 STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas”

A propósito:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. MIGRAÇÃO

DE PLANO DE BENEFÍCIOS. CORREÇÃO DE RESERVA DE POUPANÇA POR ÍNDICES INFLACIONÁRIOS EXPURGADOS. SÚMULA N. 289/STJ. INAPLICABILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA FECHADA. NÃO INCIDÊNCIA. [...]. 2. “O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica mantida entre a entidade fechada de previdência privada e seus participantes, porquanto o patrimônio da entidade e respectivos rendimentos reverterem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios, prevalecendo o associativismo e o mutualismo, o que afasta o intuito lucrativo. Assim, o fundo de pensão não se enquadra no conceito legal de fornecedor, devendo a Súmula nº 321/STJ ser aplicada somente às entidades abertas de previdência complementar” (AgRg no REsp n. 1.479.356/DF). 3. Agravo regimental desprovido”. (STJ. AgRg no REsp 1281616/SC, T3 - TERCEIRA TURMA, rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 16/02/2016, DJe 01/03/2016) (grifou-se).

Na hipótese, conforme esclarecido em sede de contestação, tratando-se a Apelada, CAPEMI – CAIXA DE PECÚLIOS, PENSÕES E MONTEPIOS BENEFICENTE, de uma entidade aberta de previdência privada, inarredável a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, nas relações jurídicas entre esta e seus participantes.

No entanto, o reclamo, como se verá adiante, não merece provimento, nem mesmo com amparo nas teses de proteção ao consumidor.

Pois bem.

Acerca da incidência dos expurgos inflacionários sobre a reserva de poupança, nos casos de migração, dispensa o tema maiores digressões, porquanto já restou pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça.

A respeito do assunto, não se desconhece que o entendimento desta corte “*era no sentido de admitir a declaração de nulidade das cláusulas abusivas eventualmente previstas no contrato firmado entre as partes, que impusessem ao consumidor desvantagem exagerada, por implicar renúncia aos direitos inerentes ao plano anterior além de restringir o direito de pleitear a correção monetária dos valores aplicados em seu plano de previdência*”. (TJSC, Apelação Cível n. 0001789-42.2007.8.24.0035, de Ituporanga, rel. Des. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 17-05-2018).

Aliás, independente da realização do resgate das contribuições na reserva de poupança, como por migração de planos de benefícios e quitação das obrigações com relação ao plano anterior, em que os participantes se sentiam prejudicados pela indevida atualização de sua reserva de poupança, este Tribunal, com base na Súmula 25 desta Corte e na Súmula 289 do Superior Tribunal de Justiça, determinava às entidades previdenciárias, a aplicação dos índices de correção monetária expurgados nos planos econômicos Bresser, Verão, Collor I e Collor II.

Oportuna a transcrição das referidas Súmulas:

Súmula 25 – TJ/SC: “É devida a correção monetária plena da reserva de poupança dos participantes da

Fundação Codesc de Seguridade Social (Fusesc) que optaram pela migração para o Plano de Benefícios Multifuturo I”.

Súmula 289 – STJ: A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.

Ou seja, *“mesmo não havendo solicitação de resgate, esta Corte aplicava à hipótese de migração de plano o mesmo entendimento consagrado em relação ao resgate das reservas de poupança, ressaltando que a atualização das quantias destinadas às instituições de previdência privada deveria refletir a real desvalorização da moeda, aplicando-se os índices consolidados pela jurisprudência, observados os limites do pedido”*. (TJSC, Apelação Cível n. 0033386-31.2008.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 21-06-2018).

Contudo, após discussões sobre o tema, *“a jurisprudência consolidou o entendimento de que o instituto do resgate se diferencia da migração de planos, deduzindo pela não aplicação do referido verbete sumular, ou seja, concluiu-se que tal entendimento poderia ser aplicado apenas aos casos de pedido à restituição dos valores ou de extinção vínculo contratual com a entidade de previdência privada e com a patrocinadora do fundo”*. (TJSC, Apelação Cível n. 0083528-39.2008.8.24.0023, da Capital, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 16-08-2018). E ainda no sentido de que havendo apenas a migração de plano de benefício de previdência complementar privada, não se aplica o índice de correção monetária.

Pacificando tal posicionamento o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1551488/MG, representativo da controvérsia, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 14-6-2017, assentou:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E CONTRATO DE TRANSAÇÃO. MIGRAÇÃO E RESGATE. INSTITUTOS JURÍDICOS DIVERSOS, QUE NÃO SE CONFUNDEM. A SÚMULA 289/STJ LIMITA-SE A DISCIPLINAR O INSTITUTO JURÍDICO DO RESGATE, MEDIANTE O QUAL HÁ DESLIGAMENTO DO PARTICIPANTE DO REGIME JURÍDICO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, ANTES MESMO DE AUFERIR OS BENEFÍCIOS PACTUADOS. TRANSAÇÃO PARA MIGRAÇÃO DE PLANO DE BENEFÍCIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA DA RESERVA DE POUPANÇA E/OU DO BENEFÍCIO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. INAPLICABILIDADE. NOS PLANOS DE BENEFÍCIOS ADMINISTRADOS PELAS ENTIDADES FECHADAS, HÁ SOLIDARIEDADE NA DISTRIBUIÇÃO DOS RESULTADOS POSITIVOS OU NEGATIVOS. CONTRATO DE TRANSAÇÃO. NEGÓCIO JURÍDICO ONEROSO, UNITÁRIO E INDIVISÍVEL, TENDO POR ELEMENTO ESSENCIAL A RECIPROCIDADE DE CONCESSÕES.

1. As teses a serem firmadas, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), são as seguintes:

1.1. Em caso de migração de plano de benefícios de previdência complementar, não é cabível o pleito de revisão da reserva de poupança ou de benefício, com aplicação do índice de correção monetária.

1.2. Em havendo transação para migração de plano de benefícios, em observância à regra da indivisibilidade da pactuação e proteção ao equilíbrio contratual, a anulação de cláusula que preveja concessão de vantagem contamina todo o negócio jurídico, conduzindo ao retorno ao statu quo ante.

2. No caso concreto, recurso especial provido (REsp n. 1.551.488/MS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 14-6-2017).

Extrai-se do acórdão acima exposto:

[...] Nessa esteira, como se extrai de todos os precedentes que deram origem ao enunciado, a Súmula 289/STJ, ao prescrever que a restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda, é nítido que se cuida de hipótese em que há o rompimento do vínculo contratual com a entidade de previdência privada. Parece claro, pois, não se confunde com situação em que, por acordo de vontades, envolvendo concessões recíprocas, haja migração de participante em gozo do benefício de previdência privada para outro plano, auferindo, em contrapartida, vantagem.

[...]

Ademais, os arts. 14, III, e 15, I, da Lei Complementar n. 109/2001 esclarecem que a portabilidade não caracteriza resgate, sendo, a meu juízo, manifestamente inadequada a aplicação deste instituto e da Súmula 289/STJ para os casos em que o participante ou assistido não se desligou do regime jurídico de previdência privada, tendo apenas migrado de plano. [...]

Dessarte, conforme entendimento perflhado por este Órgão julgador, em vista da afetação, para a pacificação da matéria no âmbito do STJ, do AREsp 504.022-SC, a migração - pactuada em transação - de planos de benefícios, facultada até mesmo aos assistidos, ocorre em um contexto de amplo redesenho da relação contratual previdenciária, com o concurso de vontades do patrocinador, da entidade fechada de previdência complementar, por meio de seu conselho deliberativo, e autorização prévia do órgão público fiscalizador, operando-se não o resgate de contribuições, mas a transferência de reservas de um plano de benefícios para outro. [...]

Como se vê, o disposto na Súmula 289 da Corte Superior, segundo a qual *“a restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda”*, somente é aplicável aos casos em que o beneficiário se desliga do plano e resgata as suas contribuições pessoais, situação esta que não se verifica na hipótese de migração entre planos. (TJSC, Apelação Cível n. 0029771-33.2008.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 09-10-2018).

E da hipótese, denota-se dos autos que o Requerente/Apelante, aderiu em 12 de fevereiro de 1976, ao Plano de Pecúlio e pensão de Montepio ofertado pela Apelada (fl. 20), mediante contribuição mensal descontada diretamente em folha, que, ao final, completando o período de carência, poderia ser revertido em benefício a ser pago integralmente aos beneficiários indicados na apólice, no caso de óbito do Apelante, ou convertido em previdência complementar à ser paga em vida ao próprio Apelante, após vinte e cinco anos de contribuições consecutivas, ou em valor fracionado e proporcional, a partir de dez anos de contribuição.

Com efeito, o plano inicial de previdência complementar pactuado entre as partes previa dois tipos básicos de benefícios, permitindo ao participante optar por um deles (pecúlio ou pensão), descritos nos arts. 7º e 8º do RSASB - Regulamento do Sistema de Assistência aos Sócios e seus Beneficiários da Capemi (fl. 27):

Art. 7º - Os pecúlios são importâncias legadas pelos sócios a beneficiários de sua livre indicação, para serem pagas, com máxima presteza, de uma só vez.

Art. 8º - As pensões são importâncias pagas mensalmente:

- a) aos beneficiários indicados pelos sócios em virtude de sua morte (pensão de montepio);
- b) ao próprio sócio, após 25 anos de contribuição consecutiva e ininterrupta, para o valor integral ou mais de 10 anos para o valor fracionário previsto na respectiva tabela (pensão de aposentadoria) mediante opção;
- c) ao próprio sócio, quando invalidado total e permanentemente, em consequência de acidente (pensão por invalidez).

Lado outro, observa-se que em 17.07.1991 ocorreu a migração de contratos, mediante o saldamento do plano vigente e subscrição do Plano Pecúlio I (fl. 24), e posteriormente, nova migração efetivou-se a partir de 01.06.1993, data em que se tornou vigente o Plano Melhor, cuja inscrição está acostada aos autos à fl. 25.

E segundo os termos estabelecidos, pelas sucessivas migrações de planos, no Aditivo ao RSASB (fls. 33 e 34), o benefício passou a consistir no pagamento do Pecúlio Saldado (art. 5º) no caso de morte do subscritor aos beneficiários indicados no contrato, não prevendo concessão ao participante de qualquer pagamento em vida, bem como foi estipulada a renúncia por parte do postulante, ora Apelante de todos os benefícios que estavam previstos no regulamento do referido Plano de Pensão de Montepio, conforme se depreende do art. 13, in verbis:

Art. 13 - A opção pelo saldamento implica na renúncia do participante a quaisquer dos benefícios previstos nos contratos dos Planos de Pecúlios e/ou Pensões, sendo entretanto devido o Pecúlio Saldado, previsto neste aditivo (fl.329 -v).

Noutras palavras, com a migração para o novo plano, ocorrida em julho de 1991 e posteriormente em 01.06.1993, firmou-se o seguinte panorama:

(a) as contribuições vertidas pelo Apelante de abril de 1976 até então foram constituídas em crédito denominado “Pecúlio Saldado”, com cobertura vitalícia e correção anual, e sem necessidade de aportes adicionais pelo participante, além da renúncia a quaisquer dos benefícios existentes originariamente; e

(b) a partir daquela data, o Apelante firmou contrato, passando a contribuir para o Plano Pecúlio I, operado em regime de repartição simples, isento de carência e com valor do benefício maior do que do regime anterior, porém, agora, sem a possibilidade de se requerer pagamento a título de previdência complementar, havendo apenas a formação de pecúlio a ser pago integralmente aos beneficiários, após o falecimento do titular.

Cinge-se, a partir daí, verificar se no ato de migração de plano, houve afronta as normas

consumerista, na medida em que o Apelante defende que não lhe foram repassadas as informações de forma clara a respeito das limitações de seus direitos, notadamente ao que diz respeito ao afastamento do benefício de previdência complementar e manutenção, tão somente, do seguro na modalidade pecúlio.

Contudo, de pronto, entendo que não restaram configurados quaisquer vícios ou nulidade na contratação entabulada entre as partes, resultante do consentimento de vontades, sendo que a adesão à nova proposta redundou no cancelamento da anterior, tendo a parte postulante plena ciência de tal circunstância, conforme se vê da sua assinatura constante à fls.328/329 dos autos.

Nesse viés, é bem verdade que o dever de informação figura como um dos critérios pelos quais deve ser pautada a relação mantida entre as partes, já que o consumidor tem direito aos esclarecimentos necessários sobre os diferentes produtos e serviços disponibilizados pelo fornecedor, nos moldes dos arts. 6º, III e 51, IV, da legislação consumerista, a saber:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Entretanto, no caso em concreto não restou demonstrada pelo Apelante no curso da lide qualquer omissão da entidade Apelada quanto ao dever de informação atinente aos ajustes entabulados entre as partes, ou que a transação tenha sido realizada em desrespeito aos preceitos normativos, com deficiência, inexatidão ou falta de clareza a respeito das informações necessárias. Igualmente, não é possível concluir que o Apelante não sabia das peculiaridades do pacto de saldamento que estava assinando e de suas consequências.

Mesmo porque, há que se observar que o Apelante quando migrou para os novos planos, além de não ostentar idade avançada, não há notícia nos autos, de qualquer circunstância que fosse capaz de reduzir o seu discernimento. Ao contrário se extrai dos autos, pois ao que tudo indica o Apelante se trata de pessoa esclarecida, tendo se qualificado na inicial, como “empresário”, o que nos leva a concluir se tratar de pessoa com conhecimento suficiente a compreender os termos contratuais que estava assinando.

Quanto ao ponto, observa-se que no termo do Contrato (Pecúlio I), onde contava o Termo de Saldamento (fl. 328) o Apelante assinou, declarando que: *“afirmo que todas as declarações deste documento são verdadeiras e de minha inteira responsabilidade, assim como foram aceitas por mim*

e meus beneficiários as condições e disposições de opção de saldamento dos planos de pecúlio e/ou pensão acima descritos vinculada a subscrição de um plano de pecúlio I, como também declaro que recebi o material explicativo, o aditivo do RSASB, o regulamento do plano pecúlio I e uma via deste documento”.

Ou seja o Apelante estava de fato ciente das alegadas limitações de seus direitos, se é que assim pode ser dito, pois ao assinar os termos, lendo as declarações, o mínimo que se espera é que se este não concordasse com os termos contratuais, não deveria ter assinado.

E ao assinar a proposta de inscrição ao Plano Melhor, igualmente declarou: *“Recebi o documento intitulado “seus direitos e obrigações” n. 001, contendo o material explicativo e o regulamento, aprovado pelo conselho deliberativo, do plano de benefício. Afirmando que todas as declarações desta proposta são verdadeiras e de minha inteira responsabilidade, assim como foram aceitas por mim e meus beneficiários as condições e disposições do regulamento deste plano melhor, e as disposições de saldamento para os planos estruturados em regime de capitalização e/ou resilição nos casos de repartição simples”.*

Ora, a migração de plano foi realizada facultativamente pelo Apelante, tendo este assinado por sua livre e espontânea vontade, os novos contratos, certamente por entender que lhe era mais vantajoso do que manter-se no plano anterior, assim, caindo por terra a alegação de que teria sido vítima de vício de consentimento, a exemplo do cometimento de erro.

Aliás, se assim fosse, caberia discutir o tema em ação de anulação de negócio jurídico e não a presente demanda, tornando prejudicado o debate sobre a matéria.

Não fosse isso, ainda observa-se à clareza dos regulamentos/planos de benefícios, sendo suas cláusulas objetivas, com redação de fácil compreensão e/ou interpretação ao leigo, acerca de seus direitos. Vejamos as cláusulas, dos normativos regulamentares necessários para a elucidação do litígio Das “Condições para Saldamento do Plano de Pecúlios e de Pensões”:

“Artigo 1º - Este aditivo ao REGULAMENTO DO SISTEMA DE ASSISTÊNCIA AOS SÓCIOS E SEUS BENEFICIÁRIOS – RSASB, estabelece condições de SALDAMENTO dos planos de Pecúlios e de Pensões, bem como, os direitos e obrigações dos participantes e da CAPEMI – CAIXA DE PECÚLIOS, PENSÕES E MONTEPIOS – BENEFICENTE, doravante denominada CAPEMI. [...].

Artigo 3º - O Saldamento é uma opção complementar dos planos de Pecúlios e de Pensões de forma a assegurar o pagamento de um Pecúlio Saldado.

Artigo 4º - O Pecúlio Saldado será determinado em função da RESERVA MATEMÁTICA DE BENEFÍCIOS A CONCEDER e por FAIXAS QUINQUENAIAS DE IDADE, conforme condições a seguir: [...].

Artigo 5º - Pecúlio Saldado consiste num capital a ser pago de uma só vez ao beneficiário indicado pelo participante, quando ocorrer a morte deste, qualquer que seja a causa mortis. [...].

Artigo 7º - Após o saldamento do Plano de Pecúlios e/ou Pensões, não será devida pelo participante qualquer contribuição referente a esses planos. [...].

Artigo 12 - O saldamento previsto neste aditivo dar-se-á após concordância formal entre as partes, através do Termo de Opção e Saldamento, ficando o participante isento de carência e qualquer contribuição para o Plano Saldado.

Artigo 13 - A opção pelo saldamento implica na renúncia do participante, beneficiário e/ou dependente a quaisquer dos benefícios previstos nos contratos dos planos de Pecúlios e/ou Pensões, sendo entretanto devido o Pecúlio Saldado, previsto neste aditivo.

Artigo 14 - A opção pelo Saldamento está vinculada à subscrição pelo participante e aceitação pela CAPEMI de um Plano de Pecúlio I, cuja contribuição mínima é igual a do plano que originou o saldamento”.

Note-se que bastava uma simples leitura do contrato para saber que aceitando a opção de saldamento, seria constituído o Pecúlio Saldado, a ser pago unicamente aos beneficiários do Apelante, quando do óbito deste, não sendo mais possível o recebimento de valores em vida, na forma de aposentadoria complementar, como previsto no pacto originário, de modo que nada impedia que o Apelante tivesse rejeitado a proposta caso a reputasse desvantajosa ou inapropriada para o seu perfil.

Portanto, do regulamento do plano de pecúlio, denota-se clareza das informações repassadas ao Apelante, não evidenciando que este pudesse haver sido ludibriado ou induzido a compreensão distinta, pela existência de cláusulas dúbias ou maliciosas, tampouco há como concluir, pela existência de qualquer mácula a eivar de nulidade o ajuste migratório e de saldamento.

Com efeito, todos os ajustes foram realizados de forma lícita, sem afronta à legislação e aos preceitos gerais de direito, inclusive preservando-se as prerrogativas da consumidora, que teve à sua disposição, e acabou aceitando uma opção de saldamento e migração.

Sendo assim, em complacência a fundamentação supra, conclui-se que a parte Requerente, ora Apelante, não faz jus à devolução das contribuições efetivadas durante o período em que esteve associada ao plano original, tampouco, à correção com base nos índices dos expurgos inflacionários, e, por corolário, é necessária a readequação do acórdão anterior ao entendimento da Corte Superior.

Nessa linha de raciocínio, oportuno os precedentes:

PREVIDÊNCIA PRIVADA - AÇÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA - PLANO DE PECÚLIO E PENSÃO - ENTIDADE ABERTA - CÓDIGO CONSUMERISTA - APLICABILIDADE - PRECEITOS PROTETIVOS - OBSERVÂNCIA - MIGRAÇÃO DE PLANO - REGULARIDADE - EXTINÇÃO DE BENEFÍCIO - PLENA CIÊNCIA DO PARTICIPANTE - LIVRE OPÇÃO DE MIGRAÇÃO - NEGÓCIO JURÍDICO VÁLIDO E EFICAZ.

1 Não há falar em nulidade de migração de planos de benefícios de pecúlio/pensão quando vislumbrar-se que a transação ocorreu em estrita conformidade com os preceitos consumeristas, com informações claras e completas ao consumidor, o qual, mesmo ciente de que ao migrar de planos renunciaria a determinados benefícios, optou, por sua livre e espontânea vontade, por aderir à nova sistemática regulamentar.

2 É descabida a condenação de entidade aberta prestadora de serviços securitários e previdenciários à

restituição de parcelas pagas por seus participantes, decorrente, tão somente, da discordância destes que, mesmo tendo migrado voluntariamente de plano, com plena ciência das condições da transação, não aceitam, anos após a migração, não ter os mesmos benefícios que teriam quando da originária adesão ao quadro de associados da previdência complementar. (...) (TJSC, Apelação Cível n. 0018274-03.2013.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 24-04-2018).

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PEDIDO APOSENTADORIA COMPLEMENTAR APÓS MIGRAÇÃO DE PLANO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM PRIMEIRO GRAU. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EM DECISÃO COLEGIADA ANTERIOR. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DETERMINADA PELA CORTE SUPERIOR ATÉ JULGAMENTO DE ACÓRDÃO PARADIGMA. SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. TEMA 943. RETORNO DOS AUTOS PARA NOVO JULGAMENTO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUTORA QUE AO MIGRAR DE PLANO DE BENEFÍCIOS RENUNCIOU AS OBRIGAÇÕES DECORRENTES DO PLANO ANTERIOR. NOVO POSICIONAMENTO CONSOLIDADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REFORMA DA SENTENÇA. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. APELO PROVIDO.

I - Consoante dispõe a Súmula 563 do Superior Tribunal de Justiça, o Código de Defesa do Consumidor é somente aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas.

II - A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.551.488/MS, decidiu, por unanimidade, entre outras questões que, em caso de transação para migração de plano de benefícios de previdência privada, havendo renúncia do participante ao disposto no plano anterior, não há falar em nulidade dos referidos pactos, porquanto o fundamento até então utilizado para tanto de imposição ao consumidor de desvantagem exagerada, não mais persiste. (TJSC, Apelação Cível n. 0008522-05.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 22-03-2018).

Com efeito, o pleito recursal interposto pelo Requerente/Apelante merece desprovimento no mérito, e, por consequência, julgando-se improcedente as pretensões do Requerente/Apelante.

Por fim, a redistribuição do ônus sucumbencial é medida que se impõe, devendo o Requerente/Apelante ser condenado ao pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais de acordo com os parâmetros do art. 20 §4º do CPC/1973 (correspondente ao art. 85, § 8º, do CPC/2015), são arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Por derradeiro, anoto que não há incidência de honorários nessa esfera recursal, em harmonia com o Enunciado n. 7, do STJ, *in verbis*: “somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”.

Ante o exposto, com fulcro no art. 573-C, § 7º, II, CPC/1973 (art. 1.040, II, CPC/2015) e no art. 5º da Resolução n. 42/2008-TJ, em juízo de retratação, adequar o julgamento sujeito à reanálise ao Tema 943 vinculado ao REsp n. 1.551.488/MS do Superior Tribunal de Justiça e, em consequência, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso interposto pelo Apelante, para

julgar improcedente o pleito exordial, e redistribuir os ônus sucumbenciais, devendo o Requerente/ Apelante ser condenado ao pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais, de acordo com os parâmetros do art. 20 § 4º do CPC/1973, vigente à época, (correspondente ao art. 85, § 8º, do CPC/2015), são arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Incabíveis honorários Recursais. Por fim, determinar o retorno dos autos à 3ª Vice-Presidência.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0306656-98.2015.8.24.0075, de Tubarão

Relator: Des. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE ABALO À IMAGEM DA EMPRESA AUTORA EM COMENTÁRIO REALIZADO PELO RÉU EM REDE SOCIAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO REQUERIDO.

PREJUÍZO MORAL *IN RE IPSA*. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DANO. AUSÊNCIA *IN CASU* DE PROVAS DE EFETIVA OFENSA À HONRA OBJETIVA DA EMPRESA. ÔNUS DA AUTORA. ALCANCE DA PUBLICAÇÃO QUESTIONADO. COMENTÁRIO REALIZADO EM CONTA SOCIAL PERTENCENTE A TERCEIRO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR AFASTADA. SENTENÇA REFORMADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO NESTA INSTÂNCIA. REDISTRIBUIÇÃO NECESSÁRIA. CONDENAÇÃO DA AUTORA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, CONFORME O ART. 85, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A vida social virtual mantida pelos usuários de plataformas de redes sociais exige, cada vez mais, o cuidado e o comedimento com as publicações e comentários postados, curtidos e reencaminhados, porquanto a conotação injuriosa, ofensiva, infamante e jocosa transita no limite entre a liberdade de expressão e o dano à honra passível de indenização.

As pessoas jurídicas, ainda que protegidas contra agressões capazes de causar abalo à imagem e conceito comerciais, devem comprovar e demonstrar o impacto em seus negócios decorrente de publicações negativas nas redes sociais, de sorte a possibilitar a responsabilização civil dos responsáveis, porquanto tais situações replem a aplicação da teoria da culpa objetiva, ou do dano *in re ipsa*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0306656-98.2015.8.24.0075, da comarca de Tubarão (2ª Vara Cível), em que é apelante Philipe Costa Nunes e apelada Clínica Pró Vida Ltda.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reformar a sentença e julgar improcedente o pleito inicial, com fulcro no art. 487, I, do CPC, readequando a distribuição dos encargos sucumbenciais. Custas legais.

O julgamento, realizado em 23 de abril de 2020, foi presidido pelo Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos, com voto, e dele participou o Desembargador José Agenor de Aragão.

Florianópolis, 24 de abril de 2020.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 113-118, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

CLÍNICA PRÓ-VIDA LTDA. ajuizou ação de indenização por danos morais em face de PHILIPPE COSTA NUNES, ambos qualificados, atribuindo ao réu a autoria de comentários, na rede social facebook, que denegriu e maculou-lhe o nome e a boa imagem.

Pleiteia a condenação do réu à indenizar-lhe os danos morais.

Juntou documentos (ps. 11-58).

O réu contestou (ps. 58-63), reconhecendo a autoria da publicação, alegando, como tese de defesa, a ausência do intuito difamatório ou ofensivo à honra da empresa autora, tanto que retirou a postagem logo em seguida e supervenientemente, postou uma nota desculpando-se. Sustentar estar amparado em direito constitucional à livre manifestação do pensamento e pede que, em caso de condenação, a indenização seja limitada a módico valor.

Houve réplica (ps. 106-112).

Na sequência, vieram os autos conclusos.

A Magistrada de primeiro grau julgou procedentes os pedidos exordiais, nos seguintes termos:

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por CLÍNICA PRÓ-VIDA LTDA contra PHILIPPE COSTA NUNES, a fim de condenar o réu a pagar-lhe a quantia de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de danos morais, incidindo juros de mora de 1% (um por cento) ao mês desde a ocorrência do fato danoso (Súmula 54 do STJ) e a correção monetária, baseada no INPC, a partir da data do arbitramento (Súmula 362 do STJ).

Condeno o réu, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como, em honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor da condenação (CPC, art. 85, § 2.º).

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o réu interpôs apelação. Sustenta que, “embora seja possível a condenação de indenização por danos morais em favor de pessoa jurídica, como na hipótese dos autos, não há como se admitir sua configuração *in re ipsa*” (fl. 123). Defende ser imprescindível a comprovação do dano a sua honra objetiva. Esclarece que, “assim que teve ciência do possível cunho ofensivo da postagem, o apelante a excluiu e procedeu a nova postagem, em nota de desculpas” (fl. 124). Alega que “limitou a expressar sua opinião, sobre fato relevante e publicamente discutido” (fl. 125). Entende que o “montante arbitrado se mostra desproporcional e excessivo” e busca a sua minoração para soma não superior a R\$ 3.000,00 (fls. 121-125).

Contrarrazões às fls. 130-132.

VOTO

De início, assinalo que, não obstante a existência de outros feitos mais antigos no acervo de processos distribuídos a este Relator, a apreciação do presente recurso em detrimento daqueles distribuídos há mais tempo não significa violação ao disposto no art. 12, *caput*, do novo Código de Processo Civil, tendo em vista a exceção contida no § 2º, VII, segunda parte, do mesmo dispositivo legal.

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

O pleito reparatório formulado na inicial refere-se a um comentário realizado pelo requerido, relativo à clínica autora e publicado em rede social, em conta pertencente a um usuário terceiro estranho à lide (João Marcelo Fretta Zappelini).

Em 24.11.2015, João Marcelo havia divulgado a seguinte notícia: “caiu parte de uma laje do prédio novo (está em construção) da Pró Vida... Momento preocupante por aqui!!!”.

Em seguida, o demandado afirmou: “esta empresa é campeã em contratar médicos falcatruas e escravizá-los, não seria novidade contratar pedreiros e comprar material de péssima qualidade”.

No dia seguinte, o requerido manifestou-se novamente na mesma mídia social:

Ontem, por uma infeliz brincadeira minha, teci um comentário que tomou uma conotação não desejada por mim. Assim, quero deixar claro que eu não quis ofender a instituição Pró Vida, menos ainda os profissionais dos quais muitos são meus amigos e já me atenderam com excelência. Um dos médicos entrou em contato comigo e já tive a oportunidade de pedir perdão a ele. Avanço este pedido de perdão a todos os médicos. Joma, eu errei e usei seu espaço indevidamente para dar um comentário inútil da minha parte, não condizente até com uma de minhas profissões que é da área da saúde.

A demandante sustenta que “teve sua imagem maculada pelas afirmações do réu, especialmente pelo de fato que o titular da página onde foi publicada referida afirmação possui 2.217 amigos, onde no mínimo 64 pessoas leram e “curtiram”, tornando inequívoca a publicidade negativa que o réu causou-lhe, sendo a presente o meio legal para a reparação dos danos morais que sofreu” (fl. 7).

Postulou, dessa forma, a condenação do demandado à indenização por danos morais no importe de R\$ 20.000,00.

Acerca do assunto, a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça enuncia que “as pessoas jurídicas podem sofrer dano moral”.

Por outro lado, em recente decisão, a aludida Corte Superior julgou caso semelhante a este (REsp 1.759.821/DF), relativo a pleito indenizatório por ofensa à honra de pessoa jurídica em mídia social. Colhe-se do corpo do julgado:

[...] pessoas jurídicas são ficções legais, criadas para auxiliar o homem na condução das mais diversas atividades. Quando se trata de sociedades empresárias, percebe-se que sua finalidade é a obtenção e otimização de lucros, sem maiores espaços para valores existenciais (Carla Wainer Chalhó Lgow. Pessoa jurídica pode sofrer dano extrapatrimonial? In: Revista de Direito Privado, v. 13, n. 51, jul./set. 2012).

Não há como aceitar, assim, a existência de dano moral suportado por pessoa jurídica sem a apresentação de qualquer tipo de prova ou de indícios que permitam conduzir o julgador ao entendimento de que, em uma determinada situação, a pessoa jurídica sofreu verdadeiramente um prejuízo extrapatrimonial.

Em razão da ausência dessa essência comum às pessoas jurídicas, portanto, é impossível ao julgador avaliar a existência e a extensão de danos morais supostamente sofridos pela pessoa jurídica, sem qualquer tipo de demonstração, apenas alegando sua existência a partir do cometimento do ato ilícito pelo ofensor.

O acórdão está assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. PESSOA NATURAL. FUNDAMENTO DISTINTO.

1. Ação ajuizada em 29/08/2016. Recurso especial interposto em 27/11/2017 e atribuído ao gabinete em 07/05/2018.
2. O propósito recursal consiste na verificação da ocorrência de dano moral suportado por pessoa jurídica, em decorrência de declarações negativas proferidas em rede social pela recorrente.
3. Para a pessoa jurídica, o dano moral é fenômeno distinto daquele relacionado à pessoa natural. Não se aceita, assim, o dano moral em si mesmo, isto é, como uma decorrência intrínseca à existência de ato ilícito. Necessidade de demonstração do prejuízo extrapatrimonial. 4. Na hipótese dos autos, não há demonstração apta de prejuízo patrimonial alegadamente sofrido pela pessoa jurídica de propriedade do recorrida.
5. Os âmbitos de proteção da honra e, conseqüentemente, as causas de danos extrapatrimoniais para pessoa jurídica e pessoa natural são muito distintas, não se permitindo que se tome uma como fundamento da outra. Na hipótese, a imputação negativa foi feita contra a imobiliária, contra a pessoa jurídica, e não contra a pessoa natural do recorrido.
6. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 1.759.821/DF, rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 13-8-2019) (grifou-se)

In casu, a empresa autora alegou apenas que (i) a publicação em comento “teve a finalidade explícita de denegrir e macular desnecessariamente a imagem da empresa” (fl. 3); (ii) o comentário se deu em conta de usuário que possuía 2.217 seguidores, tendo sido “curtido” por 66 pessoas; e que (iii) “diversos sócios da Autora, passaram a receber mensagens sobre referida publicação” (fl. 3).

Todavia, não há início de prova acerca do alegado abalo à imagem. Questiona-se, inclusive, o alcance da mensagem do requerido, já que (i) a postagem não se deu na página social da empresa demandante, mas sim em conta pertencente a terceiro; (ii) não se tem conhecimento se os 2.217 seguidores (“amigos”) de João Marcelo eram clientes (ou possíveis clientes) da referida clínica, tampouco se visualizaram a publicação do réu, salientando que somente 66 pessoas “curtiram” o comentário realizado por João Marcel (responsável pela página).

A suplicante sustentou possuir “aproximadamente 100 (cem) médicos, 180 (cento e oitenta) empregados, realiza cerca de 15 mil consultas médicas e 12 mil exames ao mês, atendendo toda a região” (fl. 7), mas não esclareceu se tais números sofreram alterações após o aludido fato.

A inicial veio desacompanhada de qualquer documentação.

Assim, não sendo possível verificar se de fato a referida publicação, ainda que com termos fortes, mas logo em seguida retratada, efetivamente atingiu a imagem da empresa demandante, o seu bom nome, conceito, reputação e/ou crédito na praça, inviável a condenação do apelante ao pagamento de verba indenizatória.

A propósito, a Corte da Cidadania tem reiterado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. REDE SOCIAL. FACEBOOK. OFENSAS. PESSOA JURÍDICA. HONRA SUBJETIVA. IMPERTINÊNCIA. HONRA OBJETIVA. LESÃO. TIPO DE ATO. ATRIBUIÇÃO DA AUTORIA DE FATOS CERTOS. BOM NOME, FAMA E REPUTAÇÃO. DIREITO PENAL. ANALOGIA. DEFINIÇÃO DOS CRIMES DE DIFAMAÇÃO E CALÚNIA.

1. O propósito recursal é determinar se as manifestações da recorrida na rede social Facebook têm o condão de configurar dano moral indenizável à pessoa jurídica recorrente.
2. Ao disponibilizarem informações, opiniões e comentários nas redes sociais na internet, os usuários se tornam os responsáveis principais e imediatos pelas consequências da livre manifestação de seu pensamento, a qual, por não ser ilimitada, sujeita-lhes à possibilidade de serem condenados pelos abusos que venham a praticar em relação aos direitos de terceiros, abrangidos ou não pela rede social.
3. Os danos morais podem referir-se à aflição dos aspectos mais íntimos da personalidade ou à valoração social do indivíduo no meio em que vive e atua. A primeira lesão reporta-se à honra subjetiva, a segunda à honra objetiva.
4. A pessoa jurídica, por não ser uma pessoa natural, não possui honra subjetiva, estando, portanto, imune às violências a esse aspecto de sua personalidade, não podendo ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio e autoestima.
5. Existe uma relação unívoca entre a honra vulnerada e a modalidade de ofensa: enquanto a honra subjetiva é atingida pela atribuição de qualificações, atributos, que ofendam a dignidade e o decoro, a honra objetiva é vulnerada pela atribuição da autoria de fatos certos que sejam ofensivos ao bom nome do ofendido, sua fama e sua reputação no meio social em que atua. Aplicação analógica das definições do Direito Penal.
6. Na hipótese em exame, não tendo sido evidenciada a atribuição de fatos ofensivos à reputação da pessoa jurídica, não se verifica nenhum vilipêndio a sua honra objetiva e, assim, nenhum dano moral passível de indenização.

7. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ, REsp 1650725/MG, rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 18-5-2017) (grifou-se)

Com efeito, a reforma da sentença de procedência do pedido de compensação dos danos morais é medida que se impõe, devendo o apelo do demandado ser provido para julgar improcedente a pretensão, com fulcro no art. 487, I, do CPC.

Ao arremate, diante da alteração do julgado neste grau de jurisdição e verificada a condição de vencida da autora, necessária a redistribuição dos encargos sucumbenciais.

Para o arbitramento da mencionada verba, são consideradas as diretrizes previstas no § 2º do art. 85 do CPC, na medida em que (i) o litígio em apreço não se reveste de alta complexidade; (ii) foram apresentadas a contestação (fls. 58-63) e a apelação (fls. 121-125); (iii) os procuradores do requerido desempenharam adequadamente a função para a qual foram contratados, obtendo êxito no apelo, tendo atuado com zelo no exercício do encargo, sempre atendendo a intimações e prazos para manifestação durante o trâmite dessa fase processual, que perdura desde 9-12-2015.

Assim, condeno a demandante ao pagamento integral das custas processuais e da verba honorária em favor dos patronos do demandado, a qual fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa (R\$ 20.000,00 – fl. 10), nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Por último, não há falar em honorários recursais (art. 85, § 11, do Código de Processo Civil) no caso vertente, haja vista o provimento do apelo e a fixação dos honorários sucumbenciais neste julgado, consoante interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar os Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.573.573/RJ, do qual se extrai:

Os honorários advocatícios recursais aplicam-se aos casos de não conhecimento e de improvimento, já que na hipótese de provimento é devolvido ao julgador o integral redimensionamento da sucumbência. No momento desta nova redistribuição dos ônus sucumbenciais, que comporta inclusive eventual inversão, é salutar que o julgador, por questão de coerência com o sistema processual atualmente em vigor, realize a nova fixação dos honorários advocatícios também levando em consideração o trabalho adicional exercido pelo advogado da parte vitoriosa no grau recursal.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reformar a sentença e julgar improcedente o pleito inicial, com fulcro no art. 487, I, do CPC, readequando a distribuição dos encargos sucumbenciais.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0004662-36.2012.8.24.0036, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Jairo Fernandes Gonçalves

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. AQUISIÇÃO, PELO AUTOR, DE PISOS FABRICADOS PELA SEGUNDA DEMANDADA. INSTALAÇÃO PROMOVIDA PELA PRIMEIRA RÉ. RESULTADO FINAL MALSUCEDIDO. LAUDO PERICIAL QUE ATESTOU MÁ QUALIDADE DO PRODUTO E EQUÍVOCOS TÉCNICOS NA INSTALAÇÃO. PROVA HÍGIDA, FIRMADA POR PERITO CAPACITADO. DEVER DE REPARAÇÃO MATERIAL CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. INSURGÊNCIA DAS RÉS QUANTO À CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS. PROVAS QUE DEMONSTRAM EXAUSTIVAS TENTATIVAS DE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DO INFORTÚNIO PELO AUTOR AO LONGO DE MAIS DE SEIS MESES, SEM SUCESSO. SITUAÇÃO QUE DESBORDA DO MERO ABORRECIMENTO. DEVER DE COMPENSAÇÃO MANTIDO. PLEITO SUCESSIVO DE REDUÇÃO DO QUANTUM COMPENSATÓRIO. ACOLHIMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO DE APENAS SUAVIZAR O DANO ANÍMICO, SEM ENSEJAR GANHOS INDEVIDOS AO OFENDIDO, BEM COMO ADMOESTAR A PARTE OFENSORA COM CARÁTER PEDAGÓGICO, SEM ATRAIR-LHE A RUÍNA. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0004662-36.2012.8.24.0036, da comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara Cível), em que são apelantes Arauco do Brasil S/A e Decorpisos e Comércio de Materiais de Construção Ltda. EPP, e apelado Aimoré Woleck:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 23 de junho 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, 3 de julho de 2020.

Jairo Fernandes Gonçalves
RELATOR

RELATÓRIO

Aimoré Woleck ajuizou, na comarca de Jaraguá do Sul, Ação de Indenização por Danos

Materiais e Morais, registrada com o n. 0004662-36.2012.8.24.0036, contra Decorpisos e Comércio de Materiais de Construção Ltda. EPP e Arauco do Brasil S/A. Adota-se o relatório de pgs. 395:

Aduziu, em síntese, que, visando reformar a residência, adquiriu um piso laminado, com garantia de 10 anos, o qual foi comercializado pela primeira ré e produzido pela segunda. Disse que, após a instalação do produto, percebeu a existência de problemas no piso, sem que a situação fosse corrigida por qualquer das demandadas. Pleiteou a condenação das rés à restituição da quantia paga, além de indenização por danos materiais e morais. Valorou a causa e juntou documentos.

Efetivada a citação, a segunda ré ofereceu contestação, na qual arguiu, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva ad causam. No mérito, defendeu a ausência de vício no produto e ausência de garantia para as falhas apontadas. Impugnou os danos morais e pugnou pela improcedência dos pedidos formulados na inicial.

No prazo da resposta, a primeira ré apresentou contestação, arguindo, preliminarmente, sua ilegitimidade e ausência de interesse processual, pois não foi solicitado que os vícios fossem sanados. No mérito, argumentou que não há dever de restituição do valor pago e que não restou comprovada a culpa das requeridas, tampouco os requisitos ensejadores da indenização por danos morais.

Houve réplica.

Saneado o feito (fls. 205/206) e entregue o laudo (fls. 254/286), com a respectiva complementação (fls. 311/313), a instrução processual foi encerrada.

Alegações finais do autor às fls. 327/328 e das rés às fls. 329/338.

O Magistrado singular acolheu em parte a pretensão autoral, nos seguintes termos (pg. 399):

[...] julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados [...] para condenar as rés, solidariamente, a) a efetuarem a restituição do valor pago pela parte demandante, no importe de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), devidamente corrigido pelo INPC desde a data do desembolso, com a incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação; b) ao pagamento, em favor da parte autora, de indenização por danos materiais na importância total de R\$ 1.713,32 (um mil, setecentos e treze reais e trinta e dois centavos), a ser corrigida pelo INPC desde a data do desembolso, com a incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação; e c) ao pagamento, em favor do demandante, da quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de danos morais, a qual deverá ser corrigida monetariamente pelos índices adotados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina a partir desta decisão e acrescido de juros moratórios legais computados da citação.

[...]

Tendo em vista que a parte autora decaiu de parte mínima dos pedidos, condeno as rés ao pagamento solidário das despesas processuais e honorários advocatícios, estes que fico em 15% do valor da condenação, nos termos do art. 85, 2º, do Código de Processo Civil.

Irresignada, Arauco do Brasil S/A interpôs recurso de Apelação Cível (pgs. 403-418), no qual, em suma, insurgiu-se contra a condenação solidária imposta pelo Juízo de origem, ao argumento de que a prova pericial teria demonstrado a inexistência de vício de fabricação no produto, verificando-

se tão somente anomalias advindas de falhas na instalação pela primeira ré. Disse que o certificado de garantia do produto seria claro ao elencar, em rol taxativo, os danos que possuiriam cobertura, neles não se incluindo a hipótese de danos por umidade excessiva, bem como por inobservância das instruções de instalação do produto. Rechaçou a ocorrência de danos materiais e morais na espécie, ressalvando a necessidade de minoração de eventual compensação anímica, caso mantida por este Colegiado. Ao final, pugnou pelo provimento do recurso, para ver julgada improcedente a demanda.

Igualmente inconformada, Decorpisos e Comércio de Materiais de Construção Ltda. EPP interpôs recurso de Apelação Cível (pgs. 423-434), no qual se insurgiu contra o laudo pericial produzido no feito, ao argumento de falta de isenção de seu subscritor. Aventou, ainda, que consoante posto no referido laudo, a umidade seria o fator de deterioração do piso instalado no imóvel do apelado, e não um hipotético erro na execução do projeto. Refutou a ocorrência de danos materiais, impugnando os recibos trazidos ao feito pelo autor/apelado. De igual modo, rechaçou os danos morais alegados pelo demandante, em razão da ausência de violação de seus direitos da personalidade. Forte nesses argumentos, pugnou pelo provimento do recurso, para ver julgada improcedente a demanda ou, sucessivamente, minorada a indenização fixada na origem.

Foram ofertadas contrarrazões (pgs. 444-463).

Logo após, os autos foram remetidos a esta superior instância.

Este é o relatório.

VOTO

Os recursos preenchem os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual merecem ser conhecidos.

a) Da responsabilidade civil-consumerista das rés

A solução da controvérsia posta na demanda repousa na aferição da existência de vícios ligados à qualidade do piso fabricado pela segunda ré e instalado pela primeira demandada, e seus eventuais desdobramentos em prejuízo do consumidor adquirente.

A perícia realizada no curso da demanda é por demais esclarecedora a respeito de tais circunstâncias, razão pela qual se passa à análise de seu conteúdo.

Do laudo pericial (pgs. 295-327) extrai-se que, no local, foram observadas pelo *expert* (pg. 306) “inchaço nas emendas devido ao excesso de cola na instalação”, “má qualidade da instalação”, “modulação de instalação não uniforme com tamanhos diferentes e fora de ordem” e “lona instalada não é a recomendada para vedação de umidade”, dentre outros fatores que levaram à conclusão da inadequação do produto e do serviço fornecidos/prestados pela parte demandada.

As fotografias de pgs. 311-312 mostram em detalhes as falhas enunciadas, especialmente quanto aos excessos de cola aplicada e ao espaçamento das régulas, influenciando no estufamento apontado.

À pg. 317, foram observadas “anomalia em relação ao produto” e “diversas anomalias em relação a instalação (sic)”.

Quanto ao produto, destaca o perito que “observou a existência de régulas de acabamento das portas e pisos, com diferença de cor e descascando o revestimento” e que “tal situação já fora analisada pela fabricante, sendo avaliado como procedente a reclamação do Requerente, conforme Laudo de fls. 126/127 dos autos” (pg. 317).

Quanto à instalação, assinalou, em suma, utilização equivocada do isolamento (lona em espessura menor do que a exigida no manual do produto) e excesso de cola. Por fim, assentou que “não há que se falar que o inchamento nas emendas das régulas decorreu de mau uso do produto” (pg. 322).

Na conclusão (pg. 323), reafirmou que haveria defeito do produto (item VII.2) e na instalação (item VII.3).

As respostas aos quesitos formulados pelas partes foram no mesmo sentido, sendo despicienda a sua reprodução literal.

Pois bem. Após a manifestação das partes quanto às conclusões do *expert* (pgs. 332-347), o Juízo de origem determinou que o perito fornecesse esclarecimentos aos questionamentos da parte ré (pg. 349).

Sobreveio, então, laudo complementar (pgs. 357-360), no qual o perito: I- aclarou as diligências realizadas para aferir a utilização errônea de material (lona de isolamento em espessura inferior à recomendada); II- atestou a ausência de danos em razão da utilização de produto de limpeza pelo autor no piso objeto da lide; III- reafirmou os defeitos relacionados resíduos de cola, espaçamento de régulas e umidade (no piso inferior); e, IV- refutou a arguição de parcialidade na elaboração da perícia.

Em nova manifestação (pgs. 369-372), a parte ré buscou, mais uma vez, desqualificar a higidez do trabalho pericial, tendo o Juízo de origem afastado a arguição – em decisão irrecorrida – nos seguintes termos (pg. 377):

Conquanto a ré Arauco insista na necessidade de complementação do laudo pericial, não trouxe qualquer elemento relevante a ser complementado. Ademais, da análise do laudo pericial, depreende-se que as formalidades legais foram devidamente observadas quando da sua elaboração (art. 473 do CPC) e sobreveio aos autos elementos suficientes para auxiliar no desate da controvérsia (art. 480 do CPC). Além disso, intimado a esclarecer os pontos levantados, o perito apresentou manifestação sobre todos os tópicos efetivamente impugnados. Portanto, não há dúvidas de que *expert* nomeado pelo juízo desempenhou seu encargo de modo satisfatório e sem máculas aparentes. As partes foram intimadas acerca da designação da data e hora para a realização da perícia. Os princípios do contraditório e ampla defesa restaram preservados/garantidos. No mais, consoante a moderna processualística civil, que rejeita o raciocínio meramente formalista, o reconhecimento de nulidade exige prova cabal de prejuízo, o que efetivamente não ocorreu na

hipótese dos autos, mesmo porque, segundo o art. 479 do CPC, a conclusão da prova pericial não vincula o julgador quando da prolação da sentença. Convém salientar, também, que, mesmo cabendo às partes o ônus da prova (art. 373 do CPC), incumbe ao magistrado a livre apreciação das provas constantes nos autos, verificando a conveniência da sua produção e selecionando quais as indispensáveis para a instrução e julgamento da lide.

O excerto acima transcrito, a propósito, serve como argumento para o afastamento da alegação de parcialidade na elaboração do laudo pericial, o qual, reafirme-se, não padece de nenhuma nulidade, possuindo elevado valor probatório e clareza suficiente para amparar a decisão recorrida.

Nessa toada, diante do até aqui exposto, entende-se que devem ser rejeitados todos os argumentos recursais no sentido de que a prova pericial estaria viciada ou teria sido interpretada de modo equivocado pelo Juízo de origem, uma vez que nela restaram bem demonstrados os defeitos inerentes à qualidade do produto, bem como a inadequação do serviço de instalação prestado, devendo-se manter a responsabilidade indenizatória atribuída às rés solidariamente.

Refira-se, por oportuno, que ambas as rés compõem a cadeia de consumo e teriam a obrigação de reparar os danos causados ao consumidor, de modo que, caso entendam pela responsabilidade exclusiva uma da outra, deverão, em ação regressiva própria, discutir o tema.

b) Dos danos materiais

Diante do reconhecimento da responsabilidade civil que recai sobre as rés em conjunto, tem-se que os danos materiais impingidos ao autor devem ser reparados.

Quanto aos valores despendidos, e que devem ser ressarcidos, a sentença recorrida reconheceu as seguintes despesas:

[...] nos termos do art. 18, § 1º, I, do Código de Defesa do Consumidor, inafastável a obrigação solidária das rés de, não sanado o vício (fls. 101/103), efetivarem a restituição da quantia paga (R\$ 7.000,00 – fl. 83), além de indenizarem os danos decorrentes da vistoria (R\$ 500,00 – fl. 500,00), bem como de montagem e desmontagem de móveis (R\$ 350,00 e R\$ 800,00 - fls. 89 e 92), cujos orçamentos demonstram suficientemente os valores decorrentes de despesas advindas da necessidade de substituição do piso.

Neste ponto, a primeira ré aventou a imprestabilidade dos recibos referentes a R\$ 1.150,00 gastos com montagem e desmontagem de móveis, ao argumento de que se trataria de orçamentos (pgs. 104-107), e não comprovantes de pagamentos.

Contudo é evidente que o serviço foi devidamente realizado (do contrário o piso não seria instalado) e tais valores, além de justos e coerentes com o mercado, servem de balizamento, cabendo à parte impugnante trazer orçamentos capazes de derruir aqueles juntados pelo autor, o que não ocorreu.

Dessarte, a devolução dos valores elencados no excerto da sentença acima transcrito devem observar a forma determinada pelo Juízo singular.

c) Dos danos morais

A condenação, no ponto, deve ser mantida.

Os e-mails de pgs. 67-96 demonstram com suficiente clareza os percalços enfrentados pelo demandante ao longo de, pelo menos, sete meses, suportando evasivas e até ofensas pessoais por parte da primeira ré.

Não bastasse isso, é evidente que o lar se conecta intimamente com a dignidade humana, porquanto é o santuário do homem/mulher, onde acorda e adormece na companhia de sua família, e, portanto, o local no qual mais investe tempo, dinheiro e energia, para torná-lo sempre o mais seguro, belo e aconchegante aos seus olhos e sentidos.

Partindo de tal premissa, conclui-se sem grande dificuldade ou atividade probatória que uma substituição de piso absolutamente acidentada em razão da flagrante incapacidade técnica da primeira ré, bem como da inadequação do produto produzido pela segunda demandada, é capaz de ensejar aborrecimento que desborda do suportável no dia a dia em sociedade, configurando inegável abalo anímico passível de indenização.

Tal conclusão, aliada ao fato de que, nas razões recursais, as apelantes apenas alegaram, de maneira genérica, a “ausência de demonstração do dano anímico”, principalmente em razão da “não ocorrência de ato ilícito” (o que, como se viu, ocorreu), dá azo à manutenção da obrigação de reparar os danos morais causados ao autor.

De outro giro, em que pese a manutenção do dever de indenizar, tem-se que devem ser acolhidos os pedidos de redução do *quantum* compensatório fixado na origem.

Em suma, é de sabença que o valor da indenização deve servir para, a um só tempo, compensar o ofendido pelos transtornos suportados, e admoestar a parte ofensora para que não reincida na conduta, sem, no entanto, atrair-lhe a ruína.

Na espécie, entende-se que o valor de R\$ 7.000,00 não se coaduna com as circunstâncias do caso posto, traduzindo-se em desmedida vantagem, desnaturando o intuito da indenização, que é, como já dito, apenas suavizar os transtornos suportados, sem traduzir-se em indevido ou excessivo ganho. Nesse passo, para atender aos fins a que se destina a indenização, entende-se que deva ser minorada para R\$ 4.000,00.

d) Do dispositivo

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento para reduzir o valor da indenização por danos morais, na forma do voto, mantidas as demais disposições da sentença recorrida. Em atendimento ao disposto no artigo 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, majoram-se em 2% os honorários advocatícios fixados na origem.

Apelação Cível n. 0302646-90.2016.8.24.0005, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Ricardo Fontes

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. QUEDA DE CABELO APÓS O USO DE PRODUTO COSMÉTICO CAPILAR. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

RECURSO DA AUTORA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA FABRICANTE. ART. 12 DO CDC. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO (ART. 6º, INCISO VIII, DO CDC). REQUERIDA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE COMPROVAR QUE A APLICAÇÃO DO PRODUTO PELA CONSUMIDORA TERIA OCORRIDO EM DESACORDO COM AS INSTRUÇÕES DE USO CONSTANTES NA EMBALAGEM DO PRODUTO. AUSENTE ADVERTÊNCIA QUANTO AOS POSSÍVEIS RISCOS DE PERIGO AO CONSUMIDOR NO CASO DE ACIDENTE, USO INDEVIDO OU MÁ APLICAÇÃO DA QUÍMICA, TAMPOUCO MENÇÃO À POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE ALOPECIA (QUEDA CAPILAR). DEVER DE INFORMAÇÃO NÃO OBSERVADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR EVIDENCIADO.

DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE PRODUTO EMBELEZADOR QUE RESULTA NA PERDA DOS FIOS COM POSTERIOR NECESSIDADE DE CORTE CURTO E TRATAMENTO CAPILAR. SITUAÇÃO QUE EXCEDE, EM MUITO, O MERO DISSABOR. ABALO MORAL EVIDENCIADO. *QUANTUM*. FIXAÇÃO.

PREJUÍZOS MATERIAIS. DESPESAS COM TRATAMENTO CAPILAR. AQUISIÇÃO DE SUPLEMENTO E MEDICAMENTOS PARA ALERGIA E INFECÇÕES. RESSARCIMENTO DEVIDO. ADEMAIS, GASTOS COM PRODUTOS GERAIS DE HIGIENE QUE NÃO POSSUEM NEXO DE CAUSALIDADE COM O EVENTO DANOSO. REEMBOLSO INDEVIDO.

SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS INVERTIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302646-90.2016.8.24.0005, da comarca de Balneário Camboriú 2ª Vara Cível em que é Apelante Nara Patrícia Liwinski de Castro e Apelada Phitoteraphia Biofitogenia Laboratorial Biota Ltda.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); e ao ressarcimento da quantia de R\$ 475,62 (quatrocentos e setenta e cinco reais e sessenta e dois centavos), invertidos, por consequência, os ônus sucumbenciais em prejuízo tão só da parte ré, que arcará com a integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 21 de janeiro de 2020, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, e dele participaram o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves e a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cláudia Lambert de Faria.

Florianópolis, 22 de janeiro de 2020.

Desembargador Ricardo Fontes

Relator

RELATÓRIO

Adota-se, por oportuno, o relatório da sentença:

NARA PATRÍCIA LIWINSKI DE CASTRO, devidamente qualificada, por procurador habilitado, ajuizou AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS em face de PHITOTERAPHIA BIOFITOGÊNIA LABORATORIAL BIOTA LTDA., também qualificada, alegando, em síntese, que:

- 1) adquiriu nas Lojas Americanas, em 3.11.2015, produto Amacihair Azeite Baldinho 220g, de fabricação da ré;
- 2) em 24.11.2015 realizou a aplicação do produto observando as instruções constantes na embalagem;
- 3) realizou teste de mecha e não teve reação ao produto;
- 4) após 20 minutos de aplicação, 10 minutos a menos que o recomendado, lavou os cabelos com o shampoo constante no kit da ré;
- 5) após aplicação do produto, sofreu severa queda de cabelos, mau estar e vômitos;
- 6) ao se dirigir a uma unidade de saúde, tomou soro e foi alertada sobre possível quadro de infecção (sic);
- 7) buscou por médico especialista que determinou fosse raspado o seu cabelo, além do uso do medicamento Pantogar;
- 8) mediante seu requerimento, o médico autorizou a realização de corte periódico a fim de retirar toda a química do produto de seu couro cabeludo;
- 9) foi até o Procon de Balneário Camboriú;
- 10) o CDC é aplicável à espécie.

Requeru, ao final, pela condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais referentes ao produto somado dos medicamentos utilizados para tratamento, indenização por danos morais, despesas processuais e honorários advocatícios.

Valorou a causa em R\$ 30.831,92.

Com a inicial, juntou documentos, pp. 14-38.

Indeferido o benefício da Justiça Gratuita, p. 53-56.

Interposto agravo contra a decisão que indeferiu o benefício, o e.TJSC concedeu o benefício, pp. 84-90.

Audiência de conciliação, p. 140.

Citada, a ré apresentou contestação, pp. 142-157, alegando, em suma, que:

- 1) todas as informações acerca da aplicação do produto estavam no manual do produto e deveriam ser observadas pela autora;
- 2) o guia explicativo determina a realização de teste de mecha;
- 3) ao informar que deixou o produto agir por menos de 10 minutos a autora confirma não ter observado a determinação constante no guia;

- 4) o manual juntado aos autos pela autora se refere a produto diverso do adquirido;
- 5) o teste de mecha é imprescindível à prévia aplicação;
- 6) o manual determina que cabelos com tinturas progressivas, transformados com henê e tioglicolato de amônia deverão aguardar ao menos 6 meses para realização do procedimento;
- 7) os procedimentos químicos realizados anteriormente pela autora podem ter ocasionado incompatibilidade com o Amacihair;
- 8) a elevada queda de cabelos indica a inobservância do teste de mecha ou embora realizado o teste, a autora ignorou a reação;
- 9) a responsabilidade objetiva não afasta a obrigação de prova, pela autora, dos fatos constitutivos de seu direito;
- 10) os produtos Amacihair são registrados e aprovados pelo Ministério da Saúde;
- 11) os produtos são confeccionados em larga escala e se existente defeito na composição do produto, os demais compradores também sofreriam reações;
- 12) possui canal de relacionamento com o cliente, mediante 0800;
- 13) eventuais reações observadas por consumidores ocorreram em decorrência do mau uso do produto;
- 14) além do produto fornecido pela ré, a autora adquiriu outros itens na mesma oportunidade, de modo que a indenização, se procedente o pedido, deve ser fixada em valor inferior ao indicado pela autora;
- 15) não há nexo causal entre a sua conduta e o dano sofrido;
- 16) a autora não prova os danos materiais sofridos;
- 17) a situação não enseja abalo anímico.

Por fim, pugnou pela improcedência do pedido e a condenação da parte autora aos ônus de sucumbência.

Com a resposta, apresentou documentos, pp. 158-160.

Manifestação à contestação, pp. 164-166.

Sobreveio sentença de improcedência, pp. 167-179.

A parte autora interpôs recurso de apelação, pp. 178-188, ao qual foi dado provimento para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos a este

Juízo para produção de provas, pp. 214-219.

Realizada audiência de instrução e julgamento, houve depoimento pessoal da parte autora e oitiva de duas testemunhas da autora, pp. 237-239.

Alegações finais da parte autora, pp. 240-242, e da parte ré, pp. 243-254.

Ato contínuo, o Magistrado *a quo* julgou a controvérsia, em decisão (fls. 257-265) que contou com a seguinte parte dispositiva:

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido e CONDENO a parte autora ao pagamento das

despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, com fulcro no artigo 85, § 2º, do CPC, os quais ficam sobrestados porque a parte litiga sob o pálio da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Imutável, archive-se.

Inconformada com o teor do pronunciamento, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 269-279), alegando, em resumo, que: a) as fotografias de fls. 35-36 demonstram que não possuía tintura ou química em seus cabelos; b) anexou imagens após a aplicação do produto – as quais evidenciam a queda excessiva dos cabelos; c) as testemunhas ouvidas em juízo corroboraram a alegação da autora de que o seu cabelo sempre foi tratado de forma natural, sem colorações; d) “seria impossível à requerente produzir prova de como era o estado de seus cabelos antes da aplicação do produto defeituoso de fabricação da requerida, diferente das que efetivamente produziu” (fls. 273-274); e) não é plausível exigir que toda mulher, antes de aplicar qualquer produto capilar, separe uma mecha do seu cabelo para futura perícia em caso de defeito no produto; f) todas as instruções para a aplicação do produto foram observadas pela recorrente; g) o neutralizador não foi aplicado, pois os seus cabelos já haviam caído; h) “por mais que houvesse qualquer erro mínimo na aplicação do produto, o que não ocorreu, não é razoável admitir que a requerida/apelada coloque em circulação um produto com tamanho potencial lesivo” (fl. 274); i) nas fls. 28-30 constam reclamações de consumidoras que narram o mesmo episódio com o produto capilar da apelada; e) estão presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil, motivo por que devida a indenização pelos danos morais sofridos; e f) quanto ao dano material, este está comprovado por meio das notas fiscais referentes à compra de medicamentos e produtos farmacêuticos, bem como do produto que lhe causou os danos.

Requer, por fim, a reforma da sentença para julgar procedentes os pedidos iniciais e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

Contrarrazões às fls. 283-294.

Após, vieram conclusos.

VOTO

O recurso envereda contra a sentença que julgou improcedentes os pleitos exordiais, porquanto constatada a culpa exclusiva da consumidora.

Inicialmente, cumpre assentar que a relação havida entre as partes caracteriza-se como de consumo, uma vez que a autora adquiriu o produto fabricado pela ré, como destinatária final, enquadrando-se, pois, no conceito de consumidora (art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor). Por outro lado, a requerida, pessoa jurídica de direito privado, fabricante

e distribuidora de produtos cosméticos, encontra-se no conceito de fornecedora (art. 3º, *caput*, daquele diploma protetivo).

Assim, a celeuma posta a desate atrai para si a imperiosa observância dos preceitos da legislação consumerista, a evitar-se, dessa feita, a eclosão de desequilíbrio em desfavor da parte autora, porquanto manifesta a sua condição de vulnerabilidade.

Nesse ínterim, o diploma protetivo, quanto à responsabilidade civil dos fornecedores pelo fato (defeito) do produto, assim disciplina:

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.

Referido dispositivo legal, em seu § 1º, especifica, ainda, que:

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

Por conseguinte, à caracterização da obrigação indenizatória, basta a demonstração de existência de dano e de nexo de causalidade entre este a conduta do agente.

Satisfeitos tais pressupostos, este arcará com os infortúnios de qualquer ordem ocasionados em prejuízo do consumidor, frisa-se, independentemente de culpa.

Não se olvida, ainda, que por se tratar de típica relação de consumo em que há hipossuficiência técnica na constituição de prova, é possível a inversão do ônus probatória em desfavor do réu (art. 6º, inciso VIII, do CDC).

Ademais, registra-se, pois importante, que entre os deveres inerentes às atividades desenvolvidas pelos fabricantes, inclui-se o de garantir a segurança e a incolumidade física de seus clientes, sendo, portanto, direito do consumidor usufruir de produtos e serviços que não exponham a perigo a sua saúde e segurança.

É o que se extrai da leitura dos arts. 6º e 8º, do CDC

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

[...].

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Na hipótese vertente, compulsando-se os autos, denota-se que a autora adquiriu o produto *AmaciHair Azeite Baldinho* fabricado pela requerida Philoterapia Biofitogenia Laboratorial Biota Ltda., conforme se observa da nota fiscal amealhada à fl. 18. Infere-se, outrossim que, ao aplicá-lo, começou a ocorrer a queda dos cabelos, que quebraram muito próximo a raiz.

Nesse contexto, afirma a autora, que teve que realizar corte curto, a fim de remover os resquícios da química e reduzir a aparência dos danos provocados pelo produto, além da realização de tratamento com suplemento alimentar (Pantogar) para auxiliar no fortalecimento e crescimento dos fios.

De outro vértice, sustenta a requerida que o dano ocorreu por culpa exclusiva da consumidora, tendo em vista a possibilidade de não ter observado as instruções de uso do produto, bem como não estar comprovado nos autos que realizou adequadamente o teste de mecha antes da aplicação.

No ponto, ressalta-se que, tratando-se de relação de consumo, a fabricante do produto só é eximida da obrigação de reparar o dano nas hipóteses previstas no art. 12, § 3º, do CDC, *in verbis*:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (sem destaque no original).

Competia à requerida, assim, uma vez que aplicável ao caso a inversão do ônus probatório (art. 6º, inc. VIII, do CDC), demonstrar que a aplicação do produto pela autora teria ocorrido em desacordo com as instruções de uso constantes da embalagem, o que deixou de fazê-lo, acostando aos autos tão somente o rótulo do produto (fls. 159-160).

Por outro lado, as fotografias acostadas às fls. 31-34 e a declaração médica de fl. 19 comprovam o dano sofrido pela consumidora, que teve queda excessiva de seus cabelos (alopecia) pela aplicação do produto químico, o que é corroborado pela prova oral produzida nos autos. Veja-se.

A testemunha Maris Stela Hallu (mídia acostada à fl. 239), que trabalha na mesma agência de turismo que a requerente, foi assertiva em afirmar que, após o incidente, a autora apareceu com pouco cabelo. Assegurou, ainda, que a demandante sempre teve o cabelo bonito, natural e comprido.

Outrossim, a depoente Êster Paula Nobre (mídia acostada à fl. 239), cabeleireira, disse que foi procurada pela demandante para a colocação de *mega hair*, haja vista que o seu cabelo havia caído após a aplicação de um produto alisante, e estava curto. Disse, ainda, que, mesmo passados anos do incidente, a autora permanece fazendo uso de alongamento capilar.

Ora, é evidente que o efeito prometido descrito no rótulo do produto é totalmente dissociado daquele que vitimou a autora. Por óbvio, o consumidor que adquire produto para alisamento capilar, utilizado justamente para a satisfação de sua aparência, não espera que ocorra a perda dos fios.

Não bastasse, destaca-se que nas instruções de uso (fls. 159) não consta qualquer alerta quando aos possíveis riscos de perigo ao consumidor no caso de acidente, uso indevido ou má aplicação do produto, tampouco menção à possibilidade da ocorrência de alopecia (queda de cabelos), decorrente da aplicação da química.

A única menção encontrada a respeito do potencial ofensivo a que o consumidor está exposto em relação o produto está referido no tópico “precauções”, nos seguintes termos: “O uso indevido desde produto pode causar danos ao couro cabeludo e ao organismo em geral” (fl. 160).

Pontua-se que, em razão do grande risco, as advertências de contraindicações do produto deveriam ser fornecidas de forma visível, precisa, clara e expressa na embalagem, a fim de assegurar que o consumidor tivesse ciência dos possíveis riscos do produto antes mesmo de adquiri-lo.

Em julgado recente desta Quinta Câmara de Direito Civil, em que constava como ré a Phitoterapia Biofitogenia Laboratorial Biota Ltda., e envolvia o mesmo produto capilar (*AmaciHair*), decidiu-se:

CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO - CDC, ART. 6, INC. III - VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR - SENSAÇÃO DE IMPOTÊNCIA E FRUSTRAÇÃO - DANO MORAL CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - REDUÇÃO - CABIMENTO

1 Em se tratando de relação de consumo, a responsabilidade civil do fornecedor de produtos é objetiva,

prescindindo da perquirição da culpa, em qualquer de suas modalidades. Assim, configurado o ilícito, é dever do fabricante e comerciante indenizar o consumidor, salvo se comprovar inexistência de defeito, ou culpa exclusiva deste ou de terceiro (CDC, art. 12, § 3º, I a III).

2 A relação consumerista deve pautar-se na confiança e boa-fé, de modo que violado o dever de informação, ocasionando clara sensação de vulnerabilidade e impotência do adquirente do produto, há, por certo, a ocorrência de abalo moral sofrido pela parte hipossuficiente.

3 Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o *quantum* indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido. (AC n. 0303099-64.2014.8.24.0067, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 18-6-2019).

Assim, ao não fornecer a segurança e as informações necessárias quanto aos riscos que se esperam do produto, a ré Phitoteraphia Biofitogenia Laboratorial Biota Ltda. deve ser responsabilizada pelos eventuais danos causados à consumidora.

Dito isso, passa-se, por conseguinte, à análise dos danos.

Pugna a autora pela condenação da ré ao pagamento de indenização pelo abalo moral sofrido em razão do ocorrido.

Pois bem. Carlos Roberto Gonçalves, em alusão ao jurista Sérgio Cavalieri, qualifica 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” (Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4, p. , p. 385-386).

De outra ponta, leciona o doutrinador que “incômodos ou dissabores limitados à indignação da pessoa e sem qualquer repercussão no mundo exterior não configuram dano moral” (op. cit., p. 386).

In casu, não existem dúvidas de que a demandante foi vítima de abalo moral passível de indenização, pois o fato de a consumidora ter adquirido um produto capilar para o seu embelezamento, e obtido como resultado a perda dos fios, com a posterior necessidade de corte curto, excede, em muito, o mero dissabor cotidiano, afinal, atinge o âmago da pessoa, causando-lhe profunda sensação de impotência, vulnerabilidade e desgosto.

Assim, incontestemente o cabimento da indenização anímica, cabe a análise do pleito da verba reparatória.

É sabido que inexistem parâmetros legais previamente definidos para a fixação do valor de indenização por danos morais, estando a estipulação do montante devido sujeita ao prudente arbítrio do julgador, cuja atuação há de ser balizada conforme os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Nessa toada, hão de ser considerados, para a acertada aferição do quantum indenizatório, elementos como a situação financeira do ofensor e a condição econômica do lesado – evitando-se, dessarte, o enriquecimento ilícito da vítima, vedado pelo nosso Direito.

Menciona a doutrina, ademais, que a natureza da reparação em pecúnia desdobra-se no binômio compensação para a vítima e punição para o agente. Ressai da ensinança de Carlos Roberto Gonçalves:

[...] a reparação pecuniária, tanto do dano patrimonial como do dano moral, tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. O caráter punitivo é puramente reflexo, ou indireto: o causador do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Porém a finalidade precípua da indenização não é punir o responsável, mas recompor o patrimônio do lesado, no caso do dano material, e servir de compensação, na hipótese de dano moral. (Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 4, p. 406).

Razoável será, portanto, o valor capaz de consubstanciar de um lado o caráter pedagógico da verba, e, de outro – este ainda mais premente – a sua índole ressarcitória.

Subsumidas tais reflexões para o caso *sub judice*, conclui-se pelo arbitramento do importe no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), haja vista que suficiente não só para cumprir o desiderato de reprimenda à responsável pelo ato ilícito, como também para garantir coerente compensação à autora pelos abalos experimentados.

Uma vez estipulado nesta instância o valor da indenização anímica, registra-se que a correção monetária deverá incidir a contar da data de publicação deste acórdão (Súmula n. 362 do STJ), mediante aplicação da Taxa Selic, que também contempla os juros de mora.

Atinente aos encargos moratórios, estes deverão incidir em 1% (um por cento) ao mês desde a citação até a publicação do presente *decisum*, quando passarão a ser computados apenas pela Taxa Selic.

De outro vértice, quanto aos prejuízos materiais, alega a autora que desembolsou a quantia de R\$ 818,93 (oitocentos e dezoito reais e noventa e três centavos) referente à aquisição de medicamentos e produtos farmacêuticos necessários ao tratamento capilar, além do valor de R\$ 12,99 (doze reais e noventa e nove centavos) na compra do produto *Amacihair*.

A insurgência, todavia, encontra respaldo apenas em relação às notas fiscais que noticiam o desembolso com a aquisição do produto Amacihair (12,99 – doze reais e noventa e nove centavos); do suplemento alimentar Pantogar, no valor total de R\$ 421,64 (quatrocentos e vinte e um reais e sessenta e quatro centavos) (fl. 25-27) e dos medicamentos direcionados ao tratamento de alergia e inflamações – Dexametasona (R\$ 9,05 – nove reais e cinco centavos, fl. 25); Levotiroxina (R\$ 16,69 – dezesseis reais e sessenta e nove centavos, fls. 25 e 27) e Prednisolona (R\$ 15,25 – quinze reais e vinte e cinco centavos, fls. 25 e 27).

Frisa-se que tais valores já se encontram com os descontos discriminados nas notas fiscais.

De outro tanto, atinente aos gastos com produtos gerais de higiene, tais como sabonete, creme dental, removedor de esmaltes, algodão, desodorantes e medicamentos como xarope e antidepressivo, não é possível traçar nexo de causalidade entre eles e o evento danoso, a inviabilizar, assim, a reparação de tais despesas, sob pena de ensejar enriquecimento indevido da parte autora.

Dito isso, condena-se a requerida ao ressarcimento da quantia de R\$ 475,62 (quatrocentos e setenta e cinco reais e sessenta e dois centavos), a ser corrigido monetariamente pelo INPC-IBGE desde o desembolso, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da data da citação.

Por fim, diante da modificação do decisório singular, invertem-se os ônus sucumbenciais para condenar a parte ré ao pagamento da integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes ora arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, abrangido o trabalho adicional realizado pelo causídico vitorioso na fase recursal (art. 85, §§ 2º e 11 do CPC).

Ante todo o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); e ao ressarcimento da quantia de R\$ 475,62 (quatrocentos e setenta e cinco reais e sessenta e dois centavos), invertidos, por consequência, os ônus sucumbenciais em prejuízo tão só da parte ré, que arcará com a integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Agravo de Instrumento n. 4002172-03.2020.8.24.0000, de Joinville

Relator: Desembargador Luiz César Medeiros

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ROL TAXATIVO – CPC, ART. 1.015 – MITIGAÇÃO – CONHECIMENTO

A Corte Superior de Justiça, em recentes julgados, estabeleceu a possibilidade de mitigação da taxatividade do art. 1.015 do Código de Processo Civil, passando a admitir situações excepcionais não previstas no referido dispositivo, desde que preenchido o requisito da urgência (REsp n. 1.696.396 e REsp 1.704.520).

Evidenciada, *in casu*, a urgência do reclamo, o conhecimento da insurgência recursal é medida que se impõe.

PROCESSUAL CIVIL – AÇÕES CONEXAS – JULGAMENTO UNO – OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM UM DOS FEITOS – PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE – CERTIFICAÇÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO CINDIDA – REMESSA DOS FEITOS À ORIGEM EM MOMENTOS DISTINTOS – NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – ATRIBUIÇÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA – REMESSA DEVIDA

1 É manifesta a nulidade dos atos que certificaram, de forma cindida, o trânsito em julgado da decisão una proferida em ações conexas que tramitavam de forma apensada.

2 Havendo protocolo de recurso especial em feito de competência cível, o juízo de admissibilidade, nos termos do art. 1.030, inc. V, do Código de Processo Civil, e em consonância com o art. 17, inc. III, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, é de atribuição da 3ª Vice-Presidência desta Corte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4002172-03.2020.8.24.0000, da Comarca de Joinville 7ª Vara Cível em que são Agravantes Claudete Gonçalves de Oliveira e outro e Agravado Paulo Miguel Hoffmann Júnior.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 2 de junho de 2020, os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz César Medeiros, Desembargador Ricardo Fontes e Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 3 de junho de 2020.

Desembargador Luiz César Medeiros
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Claudete Gonçalves de Oliveira e Paulo

Henrique Fagundes de Oliveira contra decisão que indeferiu o pedido de remessa dos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038 ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina para análise do recurso especial interposto pelos ora recorrentes.

Asseveram, inicialmente, que “*a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 tem taxatividade mitigada e admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada urgência*”, sendo que, no caso dos autos, “*a urgência se denota do fato que a decisão afeta diretamente o direito a defesa dos Recorrentes, pois cerceia o acesso às Cortes Superiores*” (fls. 5 e 6).

Mencionam os insurgentes, em síntese, que os feitos n. 0006241-42.2014.8.24.0038 (por eles ajuizado em face de Paulo Henrique Fagundes de Oliveira) e n. 0008514-91.2014.8.24.0038 (ajuizado por Paulo Henrique Fagundes de Oliveira contra si), tramitaram conjuntamente na origem e em sede recursal, sendo-lhes proferida sentença e acórdão unos.

Alegam, contudo, que foi certificado o trânsito em julgado da decisão colegiada no feito n. 0008514-91.2014.8.24.0038, bem como determinada sua remessa à origem, antes do decurso do prazo para apresentação de recurso especial, o qual teria sido suspenso em razão da oposição de embargos de declaração no feito n. 0006241-42.2014.8.24.0038.

Ressaltam que comunicaram o equívoco ao Juízo *a quo* e, em razão da impossibilidade de protocolar o recurso especial no segundo grau, o fizeram na origem.

Diante desse cenário, argumentam que a decisão que indeferiu o pedido de remessa dos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038 ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina implica cerceamento de seu direito de defesa, porquanto impede a análise de admissibilidade do reclamo e especial e, por consequência, o acesso à Corte Superior de Justiça.

Pugnam, em razão do exposto, pela decretação de nulidade do ato que certificou o trânsito em julgado do acórdão uno proferido pela 5ª Câmara de Direito Civil, com a consequente “*remessa dos autos à Corte Catarinense para análise do preenchimento dos requisitos para envio ao STJ do Recurso Especial interposto*” (fl. 9) e, por fim, que “*diante do erro sanável, tempestividade, correto endereçamento, e princípios da instrumentalidade e unirrecorribilidade recursal, seja admitido o processamento do Recurso Especial interposto nos autos nº 0008514-91.2014.8.24.0038*” (fl. 10).

Ausente pedido liminar recursal, determinou-se a intimação da parte agravada, na forma do art. 1.019, inc. II, do Código de Processo Civil (fl. 14).

Intimada (fl. 15), a parte recorrida deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contraminuta ao agravo de instrumento (fl. 16).

Na sequência, os autos retornaram conclusos para julgamento.

VOTO

1 A situação é deveras peculiar e, embora a decisão recorrida não verse sobre as hipóteses de cabimento elencadas no art. 1.015 do Código de Processo Civil, há urgência no reclamo, em razão da possibilidade de extinção dos feitos originários (processos n. 0006241-42.2014.8.24.0038 e 0008514-91.2014.8.24.0038), de modo a autorizar a mitigação da taxatividade do rol, consoante orientação da Corte Superior de Justiça (REsp n. 1.696.396 e REsp 1.704.520).

Presentes, pois, os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, o reclamo merece ser conhecido, passando-se, desta forma, à respectiva análise.

2 Trata-se de recurso por intermédio do qual se pretende declarar a nulidade da certificação do trânsito em julgado da decisão proferida por este Colegiado, de forma conjunta, nos autos n. 0006241-42.2014.8.24.0038 e 0008514-91.2014.8.24.0038, a fim de viabilizar a remessa dos autos ao Órgão Julgador responsável pela admissibilidade do recurso especial interposto, bem como que, em última análise, seja ele admitido.

O recurso, adianta-se, merece ser apenas em parte acolhido.

É que, de fato, ao compulsar os autos principais é possível extrair a ocorrência de equívoco nos atos que certificaram o trânsito em julgado do acórdão proferido por este Órgão Fracionário nos autos n. 0006241-42.2014.8.24.0038 e 0008514-91.2014.8.24.0038.

A fim de resolver o imbróglgio procedimental, revela-se imperiosa breve digressão acerca dos principais atos processuais praticados nos referidos feitos.

Com efeito, as ações indenizatórias em questão foram reunidas para julgamento conjunto por versarem sobre o mesmo acidente automobilístico, conforme se denota da decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Joinville às fls. 320-323 dos autos n. 0006241-42.2014.8.24.0038 e às fls. 249-252 dos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038 (ambos referentes ao SAJ).

A sentença, que julgou procedentes os pedidos formulados por Claudete Gonçalves de Oliveira e Paulo Henrique Fagundes de Oliveira em face de Paulo Miguel Hoffmann Junior (autos n. 0006241-42.2014.8.24.0038) e improcedentes os pedidos formulados por este em face dos primeiros (autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038), foi proferida de maneira una e publicada, respectivamente, às fls. 410-427 e 307-324 daqueles autos originários.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue na origem, Paulo Miguel Hoffmann Junior interpôs recurso de apelação em ambos os processos, os quais foram julgados conjuntamente por este Órgão Colegiado, no dia 11.9.2019 (fls. 498-519 dos autos n. 0006241-42.2014.8.24.0038 e fls. 366-387 dos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038). O acórdão, da lavra deste julgador, foi proferido de forma una e publicado no Diário Oficial no dia 13.9.2019, conforme certidões de fls. 520 e 388 daqueles respectivos processos.

Na sequência, Claudete Gonçalves de Oliveira e Paulo Henrique Fagundes de Oliveira, ora agravantes, opuseram embargos de declaração contra a decisão colegiada (fls. 1-5 dos autos n. 0006241-42.2014.8.24.0038/5000), aos quais fora negado provimento em sessão de julgamento do dia 24.9.2019 (fls. 8-15 daqueles autos dependentes).

A nova decisão colegiada fora publicada no Diário Oficial desta Casa de Justiça no dia 27.9.2019, conforme certidão colacionada à fl. 16 do processamento dos aclaratórios.

Sem que tenha havido desapensamento dos autos conexos, em 7.10.2019 foi certificado o trânsito em julgado da primeira decisão colegiada e determinada a remessa do feito n. 0008514-91.2014.8.24.0038 à origem (fls. 389 e 390).

No primeiro grau, após intimação das partes para se manifestarem acerca do retorno dos autos da segunda instância, os ora insurgentes requereram que fosse reconhecido pelo Magistrado singular *"o equívoco do ato que certificou o trânsito em julgado da decisão, pois não observou os Embargos de Declaração interpostos pelos Demandantes"* (fls. 394-395 dos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038), bem como que fosse o feito devolvido a esta Corte para análise do recurso especial protocolado, no dia 17.10.2019, às fls. 396-410 daquele feito.

Não obstante, o Juízo *a quo*, ao constatar o inacolhimento dos aclaratórios e a baixa definitiva dos autos n. 0006241-42.2014.8.24.0038 no dia 21.10.2019 (com certificação do trânsito em julgado na mesma data), indeferiu o pedido retro.

A decisão, contudo, merece ser desconstituída.

Isso porque, diante do cenário processual acima delineado, resta clara a nulidade dos atos que certificaram, de forma cindida, o trânsito em julgado da decisão una proferida nos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038 (fl. 389 – 7.10.2019) e n. 0006241-42.2014.8.24.0038 (fl. 521 – 21.10.2019), aos quais foi determinada tramitação conjunta, dada a conexão entre as demandas.

Ademais, independentemente da análise acerca da tempestividade ou da forma de interposição, é imperioso reconhecer que após a oposição de embargos de declaração os recorrentes protocolaram recurso especial (fls. 396-410 dos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038), cujo juízo de admissibilidade, nos termos do art. 1.030, inc. V, do Código de Processo Civil, em conjunto com o art. 17, inc. III, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, é de competência e atribuição do 3º Vice-Presidente desta Corte.

Assim, merece ser parcialmente provido o presente reclamo, a fim de reconhecer a nulidade dos atos de certificaram, de forma cindida, o trânsito em julgado da decisão una proferida nos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038 e n. 0006241-42.2014.8.24.0038, com a consequente desconstituição da decisão objurgada e remessa dos feitos à 3º Vice-Presidência desta Corte de Justiça, para que possa analisar os pressupostos de admissibilidade do recurso especial interposto às fls. 396-410 dos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038.

3 Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a nulidade dos atos de certificaram, de forma cindida, o trânsito em julgado da decisão una proferida nos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038 e n. 0006241-42.2014.8.24.0038, com a consequente desconstituição da decisão objurgada e remessa dos feitos à 3ª Vice-Presidência desta Corte de Justiça, para que possa analisar os pressupostos de admissibilidade do recurso especial interposto às fls. 396-410 dos autos n. 0008514-91.2014.8.24.0038.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0501448-21.2013.8.24.0011, de Brusque

Relator: Desembargador André Luiz Dacol

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. ROUBO DE CARGA. NEGATIVA DE COBERTURA POR VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE GERENCIAMENTO DE RISCO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA.

ALEGADA INSTALAÇÃO DE SISTEMA DE MONITORAMENTO ANTES MESMO DA CONTRATAÇÃO. APONTADA VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO. SUBSISTÊNCIA. AUTORA QUE É DESTINATÁRIA FINAL DO BEM DE CONSUMO FORNECIDO PELA SEGURADORA. RELAÇÃO SUBMETIDA ÀS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, INCLUSIVE COM OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAÇÃO E DAS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DE CIENTIFICAÇÃO DA DEMANDANTE ACERCA DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA LIMITATIVA REFERENTE AO GERENCIAMENTO DE RISCO. MOTIVO DETERMINANTE AO PROVIMENTO DA ESPÉCIE. RECONHECIDA NULIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. NEGATIVA DE COBERTURA QUE NÃO SE JUSTIFICA. SENTENÇA REFORMADA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0501448-21.2013.8.24.0011, da comarca de Brusque Vara Cível em que é Apelante Indústria e Comércio de Malhas MH Ltda e Apelada ACE Seguradora S/A.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, em sessão extraordinária virtual, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Desa. Denise Volpato, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 9 de junho de 2020.

Desembargador André Luiz Dacol

Relator

RELATÓRIO

Na origem, Indústria e Comércio de Malhas MD Ltda ajuizou ação de cobrança securitária em face de ACE Seguradora, ao argumento de que celebrou contrato de seguro com a ré e, embora tenha

sofrido roubo da carga de um dos seus caminhões, a demandada se negou a prestar a respectiva cobertura, no valor de R\$ 73.765,04 (setenta e três mil setecentos e sessenta e cinco reais e quatro centavos).

Citada, a seguradora afirmou que houve descumprimento da cláusula de diminuição de riscos, pois a autora se comprometeu a instalar o sistema de rastreamento nível C.R.E. (Conjunto de Rastreamento Eletrônico), mas não fez.

Entendendo que mencionada cláusula é usualmente inserida no seguro de transportes de mercadoria (e, portanto, deveria ser de conhecimento da autora), a origem julgou improcedente os pedidos, *in verbis*:

Do exposto, resolvo o mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC, e JULGO IMPROCEDENTES os pedidos iniciais.

Condeno a parte ativa ao pagamento das despesas processuais pendentes, conforme arts. 86 e 87 do CPC.

Está igualmente obrigada a indenizar as despesas adiantadas no curso do processo pelo vencedor, conforme art. 82, § 2º, do CPC.

Fixo os honorários sucumbenciais devidos pela parte antes referida ao advogado do litigante vencedor no percentual de 10% sobre o valor da causa (devidamente corrigido pelo INPC/IBGE desde a data da propositura da demanda, conforme art. 85 do CPC).

A autora interpôs apelação.

Em suas razões (fls. 251-264), sustenta que a sentença deve ser reformada, pois: a) o dispositivo de rastreamento estava voluntariamente instalado desde 2003; b) apesar de ter afirmado que a localização devia ser atualizada de 15 em 15 minutos, a seguradora fez a vistoria veicular e não apresentou qualquer objeção ao sistema; c) o motorista estava autorizado pela ferramenta de rastreamento; d) o aparelho tanto estava funcionando que o veículo foi localizado; e) após a recuperação, foi necessário o desbloqueio do rastreador pela assistência técnica; f) os documentos de fls. 150-157 e 158-162, além de unilaterais, não se prestam a defender a versão apresentada pela seguradora.

Afirma que, não bastasse isso: a) não assinou qualquer cláusula de gerenciamento de risco, muito menos foi informado acerca de sua existência; b) mencionada disposição sequer foi redigida em destaque; c) nesse aspecto, trata-se de disposição abusiva, nula de pleno direito; d) mesmo que se pudesse considerar a higidez da cláusula, não houve nexo de causalidade entre o evento e a dita violação contratual.

Concluiu postulando a reforma da decisão objurgada, com o acolhimento da pretensão deduzida.

Contrarrazões às fls. 275-289.

Vieram os autos conclusos.

É o relatóri

VOTO

1. Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhecimento do recurso.

2. Na inteligência do art. 757 do Código Civil, por intermédio do contrato de seguro, a seguradora se obriga, mediante o pagamento do prêmio pela segurada, a garantir interesse legítimo desta contra riscos predeterminados em relação à pessoa ou à coisa.

Sobre o tema, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

Seguro é contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determinada indenização, prevista no contrato, caso o risco a que está sujeito se materialize em um sinistro. Segurador e segurado negociam as consequências econômicas do risco, mediante a obrigação do segurador de repará-los (Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2014. p. 263).

E mais: considerando que a autora é destinatária final do bem de consumo comercializado pela seguradora, é pacífico que a relação estabelecida se submete às regras do Código de Defesa do Consumidor, inclusive àquelas que garantem o dever de informação acerca de limitação da cobertura (art. 46 do CDC) e a interpretação mais favorável do contrato em favor do consumidor (art. 47 do CDC)

No caso, a seguradora se negou à cobertura da carga roubada porque o autor não teria observado o cumprimento integral das medidas de gerenciamento de risco. Na negativa, justificou que *“apesar do veículo transportador possuir equipamento de rastreamento/monitoramentos e afins, não estava sendo devidamente monitorado conforme exigências em apólice”* (fl. 48 e 159). Nesse sentido, também está o relatório do sinistro de fls. 161-167.

Submetida a questão ao juízo singular, este entendeu que, apesar de não constar da apólice, a cláusula de gerenciamento de risco deveria ser de conhecimento da autora, pois trata-se de disposição padrão para seguros de transportes de carga.

Assim, considerou válida a hipótese de exclusão e julgou improcedente o pedido inicial.

Transcrevo (original sem destaques):

Reputo que, a cláusula de gerenciamento de risco, **apesar de não constar da apólice**, como não é possível conter todas as estipulações contratuais da requerida, **por certo seria de seu conhecimento**, primeiramente

porque se mostra como uma cláusula padrão para seguros de transporte de mercadorias, **não sendo justificável a sua oposição na própria apólice.**

Não há como prevalecer tal entendimento.

Sem entrar na discussão acerca do dispositivo instalado no veículo da segurada e da suposta omissão do motorista em informar o início da viagem, o motivo determinante ao provimento da espécie é um só: a ausência de prova da cientificação da consumidora acerca da existência da cláusula limitativa.

Tanto é assim que não consta a assinatura de nenhum dos responsáveis da segurada nos documentos de fls. 39 e 114-158, muito menos há comprovação de que a demandante tinha ciência da referida hipótese de exclusão, o que não se admite.

Bem por isso, consolidou-se 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”* (STJ, REsp 1449513/SP, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05-03-2015).

Desse modo, impõe-se o reconhecimento da violação do direito de informação e, consequentemente, a declaração da nulidade da cláusula de gerenciamento de risco e da irregular negativa securitária perpetrada.

Mutatis mutandis, colho da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

CONSUMIDOR. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. ROUBO DE CARGA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. MÉRITO FAVORÁVEL À PARTE QUE A ALEGA. ANÁLISE DISPENSADA POR FORÇA DO ART. 488 DO CPC. MÉRITO. SEGURO CONTRATADO POR EMPRESA PRODUTORA DE LACTICÍNIOS. PACTO DESTINADO A RESGUARDAR BENS UTILIZADOS EM SUA ATIVIDADE COMERCIAL. DESTINAÇÃO PESSOAL. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTE DO STJ. NEGATIVA DE PAGAMENTO FUNDADA EM CLÁUSULA QUE PREVÊ PERDA DA INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA DE GERENCIAMENTO DE RISCO. DISPOSIÇÃO LIMITATIVA DE DIREITO NÃO REDIGIDA EM DESTAQUE. VIOLAÇÃO DO ART. 54, § 4º, DO CDC. RESTRIÇÃO INAPLICÁVEL. PRECEDENTE. INDENIZAÇÃO DEVIDA NOS TERMOS DO CONTRATO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO A QUO. DATA DO SINISTRO (SÚMULA 43 DO STJ). JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO (ART. 405, CC). REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. 1. “Há relação de consumo no seguro empresarial se a pessoa jurídica o firmar visando a proteção do próprio patrimônio (destinação pessoal), sem o integrar nos produtos ou serviços que oferece, mesmo que seja para resguardar insumos utilizados em sua atividade comercial, pois será a destinatária final dos serviços securitários. [...]” (STJ, REsp 1352419/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 19/08/2014) 2. “É ilegítima a recusa ao pagamento do seguro com base em cláusula contratual limitadora do direito do consumidor se não existe prova da prévia ciência acerca da cláusula de gerenciamento de

risco [...]” (TJMS, Apelação 0829735-81.2013.8.12.0001, Relator Des. Dorival Renato Pavan, j. 21/10/2015, 4ª Câmara Cível). (TJSC, Apelação Cível n. 0005246-03.2012.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 27-02-2018).

Ainda, colho deste órgão fracionário:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO. FURTO DE CARGA. NEGATIVA DE PAGAMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA SEGURADORA REQUERIDA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, ALEGANDO EXISTIR ERRO DE FATO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. OFENSA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INSUBSISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO SUSCINTA, MAS SUFICIENTE. RAZÕES DE DECIDIR DEVIDAMENTE EXPOSTAS PELO MAGISTRADO A QUO. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA RESTRINGINDO O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO DE FURTO DE CARGA SOMENTE AOS CASOS EM QUE O FURTO OCORRA DE MODO CONCOMITANTE COM O VEÍCULO, BEM COMO, AO ARGUMENTO DE A AUTORA NÃO TER COMPROVADO O PAGAMENTO DOS VALORES AO PROPRIETÁRIO DA CARGA. INSUBSISTÊNCIA. CLÁUSULA LIMITATIVA INSERIDA NAS CONDIÇÕES GERAIS DO CONTRATO SEM DESTAQUE (ARTIGO 54, § 4º, DO CDC). INEXISTÊNCIA DE PROVA DA CIÊNCIA DA CONSUMIDORA ACERCA DA LIMITAÇÃO DAS COBERTURAS CONTRATUAIS. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. EXEGESE DOS ARTIGOS 6º, III, E 46, AMBOS DO CDC. CLÁUSULA EVIDENTEMENTE ABUSIVA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 51, IV, DO CDC. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DA INDENIZAÇÃO COM DESCONTO DE IMPOSTO E CUSTO DO FRETE. IMPOSSIBILIDADE. COBERTURA PREVISTA NA APÓLICE SEM QUALQUER RESSALVA. PLEITO DE DEDUÇÃO DE 5% (CINCO POR CENTO) DA INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE A PARTICIPAÇÃO OBRIGATÓRIA DA SEGURADA. POSSIBILIDADE. QUANTIA EXPRESSAMENTE PREVISTA NA APÓLICE DE SEGURO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA FIXADA CORRETAMENTE NA SENTENÇA, A PARTIR DA NEGATIVA DE PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, CONTUDO, DE ALTERAÇÃO DO TERMO A QUO DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA PARA A DATA DA CITAÇÃO. PEDIDO DE MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. INSUBSISTÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA NO PATAMAR DE 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM CONSONÂNCIA COM OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO E COM OS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELO ARTIGO 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.059429-4, de Criciúma, rel. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 23-02-2016).

Registro, por oportuno, que a extensão dos danos (valor da carga subtraída) não foi objeto de impugnação.

A incidência da correção monetária, pelo INPC, deverá se dar a partir da negativa administrativa, ao passo que os juros moratórios, de 1% ao mês, devem incidir da citação.

3. Corolário da alteração do sentido do julgado é a redistribuição dos ônus sucumbencial, razão pela qual condeno a seguradora ao pagamento das custas e dos honorários do procuradora da autora, estes que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, § 2º, do CPC).

Não obstante este relator entenda, por interpretação direta e objetiva do disposto § 11º do art. 85 do CPC, que são cabíveis honorários no caso de provimento do recurso quando este reforma a sentença na íntegra, o c. Superior Tribunal de Justiça manifestou entendimento diverso, fixando tese no sentido de que, para incidência, do referido dispositivo é necessário “*recurso não conhecido integralmente ou não provido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente*” (tese n. 4, Jurisprudência em Teses Ed. 129) .

Portanto, deixo de fixar honorários recursais.

4. Ante o exposto, voto por dar provimento ao recurso, condenando a seguradora demandada à cobertura pretendida na inicial, com os acréscimos moratórios na forma da fundamentação.

É o voto.

Apelação Cível n. 0303495-27.2014.8.24.0007, de Biguaçu

Relatora: Desembargadora Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C DEMOLITÓRIA. DIREITO DE VIZINHANÇA. EDIFICAÇÃO NA DIVISA DOS DOIS IMÓVEIS. SUPOSTO ESBULHO DE PARCELA DO IMÓVEL PELO VIZINHO PROPRIETÁRIO DE LOTE CONTÍGUO. RECONVENÇÃO. AVENTADO ESBULHO PELOS AUTORES QUE SUPOSTAMENTE TERIA CAUSADO DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PRINCIPAL. IMPROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO. DEMOLIÇÃO DA CONSTRUÇÃO AFASTADA.

RECURSO DOS AUTORES. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE TEREM OS REQUERIDOS EDIFICADO TERRAÇO NA DIVISA DOS DOIS IMÓVEIS SEM OBSERVAR O RECUO MÍNIMO LEGAL DE UM METRO E MEIO. SUBSISTÊNCIA. PROIBIÇÃO LEGAL PARA ABERTURA DE JANELAS, TERRAÇO OU VARANDA. DIREITO À PRIVACIDADE VIOLADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.301, DO CÓDIGO CIVIL. DEMOLIÇÃO DA PARTE EXCEDENTE À PAREDE CEGA QUE SE IMPÕE. FIXAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA POR DIA DE DESCUMPRIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 497 E 537, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZÃO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 85, § 14, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO DOS REQUERIDOS. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE NÃO TEREM ESBULHADO A POSSE DOS AUTORES. ALEGADO RESPEITO AOS LIMITES DA SUA PROPRIEDADE. SUBSISTÊNCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS (TESTEMUNHAS E DOCUMENTOS) QUE DEMONSTRAM TER A OBRA SIDO EDIFICADA NA DIVISA DOS DOIS TERRENOS. FOTOGRAFIA ACOSTADA AOS AUTOS DEMONSTRANDO QUE A OBRA FOI CONSTRUÍDA EM MEIA ESPESSURA NO TERRENO VIZINHO. USO DA FACULDADE AUTORIZADA PELO ARTIGO 1.305, DO CÓDIGO CIVIL. REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA POSSESSÓRIA NÃO EVIDENCIADOS. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO.

PLEITO ARTICULADO EM RECONVENÇÃO. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE TEREM OS AUTORES INVADIDO SEU IMÓVEL COM A INSTALAÇÃO DE UMA CAIXA D'ÁGUA. INSUBSISTÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO A DEMONSTRAR QUE A INSTALAÇÃO RESPEITOU OS LIMITES DA PROPRIEDADE DOS AUTORES. EVIDENCIADA AUSÊNCIA DA APONTADA INVASÃO. PRESSUPOSTOS DO DEFERIMENTO DA TUTELA POSSESSÓRIA NÃO CARACTERIZADO. ÔNUS QUE LHE INCUMBIA. EXEGESE DO ARTIGO 373, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

PEDIDO DE MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA HONORÁRIA ARBITRADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. APELO NÃO CONHECIDO NO PONTO.

PLEITO DOS AUTORES/RECONVINDOS DE ALTERAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NA RECONVENÇÃO. SUBSISTÊNCIA. VALOR IRRISÓRIO ATRIBUÍDO À CAUSA. NECESSIDADE DE ARBITRAMENTO DA VERBA HONORÁRIA POR APRECIÇÃO EQUITATIVA, NA FORMA DO ART. 85, § 8º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MONTANTE DOS HONORÁRIOS FIXADO EM ATENÇÃO AOS CRITÉRIOS LEGAIS ELENCADOS NO ART. 85, § 2º, DA LEI ADJETIVA.

RECURSO DOS AUTORES CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DOS REQUERIDOS CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303495-27.2014.8.24.0007, da comarca de Biguaçu 2ª Vara Cível em que é Apte/ Apdo Vitor Venâncio Mangrich e outro.

A Sexta Câmara de Direito Civil em Sessão Extraordinária Virtual decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso dos autores e dar-lhe parcial provimento e conhecer em parte do recurso dos requeridos e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador André Carvalho e o Excelentíssimo Desembargador André Luiz Dacol.

Florianópolis, 09 de junho 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. 349/350), *in verbis*:

Vitor Venâncio Mangrich e Sirlei de Moura Coelho Mangrich ajuizaram “ação de reintegração de posse com pedido de tutela antecipada, c/c demolitória” em face de Angélico Manoel de Carvalho e Leticia de Carvalho, todos qualificados, na qual alegam que foram esbulhados em sua posse e requerem, em síntese, a reintegração da posse e a demolição da construção feita em desconformidade com as normas municipais.

Deferida a gratuidade da justiça aos autores, foi designada audiência de justificação prévia (p. 65), na qual foram colhidos depoimentos (pp. 90-91).

Citados (p. 80), os réus apresentaram contestação (pp. 168-185) e reconvenção (pp. 92-101), na qual requerem, em suma, indenização por danos materiais e morais.

Indeferidos, tanto o pleito liminar de reintegração de posse formulado pelos requerentes, quanto o pedido de gratuidade da justiça realizado pelos requeridos (pp. 243-244).

Os requerentes/reconvindos apresentaram réplica (pp. 247-259) e contestação à reconvenção (pp. 260-272), a qual foi replicada pelos requeridos/reconvintes (pp. 277-283).

Saneado o feito, foram afastadas as questões preliminares de inépcia da inicial e carência da ação (pp. 284-285).

Realizadas audiências de instrução, foram ouvidas testemunhas arroladas pelas partes (pp. 306 e 317).

Apresentadas alegações finais pelos requerentes/reconvindos (pp. 325-348) e pelo requeridos/reconvintes (pp. 320-324).

Vieram-me conclusos.

Sobreveio Sentença da lavra do Magistrado Yannick Caubet (fls. 349/356) julgando a lide nos seguintes termos:

“A) JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na AÇÃO, para DETERMINAR a REINTEGRAÇÃO DE POSSE em favor dos requerentes sobre a área do imóvel dos autores Vitor Venâncio Mangrich e Sirlei de Moura Coelho Mangrich esbulhada pelos réus Angélico Manoel de Carvalho e Letícia de Carvalho e DETERMINAR a DEMOLIÇÃO da área de construção que invadiu o terreno dos autores em 7cm de profundidade, ao longo dos 9m de fundos do imóvel, o que deverá ser feito às expensas dos réus, no prazo máximo de quinze dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), até o limite máximo de dez mil reais, em caso de descumprimento, uma vez que CONCEDO a TUTELA DE URGÊNCIA. Expeça-se mandado. Diante da sucumbência recíproca, deverão as partes arcar com o pagamento das custas e honorários, na proporção de 50% cada. Fixo os honorários advocatícios em 10% do valor atualizado da ação, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil. As obrigações decorrentes da sucumbência dos autores, beneficiários da gratuidade da justiça, ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade, conforme o disposto no art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

B) JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados na RECONVENÇÃO pelos reconvintes Angélico Manoel de Carvalho e Letícia de Carvalho em face dos reconvindos Vitor Venâncio Mangrich e Sirlei de Moura Coelho Mangrich. Em face do princípio da sucumbência, condeno os reconvintes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da reconvenção, com fundamento no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.”

Irresignados os autores interpuseram recurso de apelação (fls. 365/380) suscitando a reforma da sentença ao argumento de terem os requeridos edificado terraço na divisa dos dois terrenos sem observar a norma legal. Destacam que a construção ofende o direito de vizinhança. Sobrelevam ter a parte requerida construído o terraço sem respeitar o recuo de um metro e meio estabelecido na norma legal. Defendem a necessidade de compensação dos honorários advocatícios em razão da sucumbência recíproca. Por essas razões pugnam pela reforma da sentença para julgar totalmente procedente o pedido exordial. Tocante ao pleito reconvenicional, pugna pelo arbitramento dos honorários advocatícios por apreciação equitativa tendo em vista o valor irrisório da causa.

Igualmente inconformados os requeridos interpuseram recurso de apelação (fls. 384/395) pugnando pela reforma da sentença ao argumento de não terem esbulhado a posse dos autores.

Defendem que a construção respeitou os limites de sua propriedade. Narram que a obra não avançou a propriedade dos autores em sete centímetros. Destacam que as fotografias demonstram que a construção foi realizada na divisa dos imóveis. Sobrelevam não restarem preenchidos os requisitos para proteção possessória. Insurgem-se quanto ao valor da multa aplicada na ação reintegratória. Por essas razões, suscitam o provimento do recurso para julgar improcedente a ação reintegratória. Tocante a reconvenção, requerem a reforma da sentença ao argumento de restar comprovado nos autos que os autores invadiram parcela do seu imóvel com a instalação de uma caixa d'água. Pugnam, ao final, pela minoração da verba honorária fixada.

Apresentadas as contrarrazões ao recurso (fls. 403/412 e fls. 413/433)

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

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

Tais pressupostos são classificados como intrínsecos (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e extrínsecos (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, recolhido o preparo recursal pela parte requerida (fls.396/397), dispensados os autores do recolhimento porque beneficiários da justiça gratuita e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se a análise dos recursos.

Tratam-se de recursos de apelação interpostos pelos autores e requeridos contra Sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na Ação de Reintegração de Posse c/c Demolatória determinando a reintegração de posse em favor dos autores com a demolição da área construída que invadiu o imóvel dos demandantes em 7cm (sete centímetros) de profundidade, ao longo dos 9m (nove metros) de fundos do imóvel e julgou improcedente os pedidos formulados em reconvenção.

2. Do recurso dos autores

Em suas razões recursais os autores suscitam a reforma da Sentença ao argumento de terem os

requeridos edificado terraço na divisa dos dois terrenos sem observar a norma legal. Destacam que a construção ofende o direito de vizinhança. Sobrelevam ter a parte requerida construído o terraço sem respeitar o recuo de um metro e meio estabelecido na norma legal. Defendem a necessidade de compensação dos honorários advocatícios em razão da sucumbência recíproca. Por essas razões pugnam pela reforma da sentença para julgar totalmente procedente o pedido exordial. Tocante ao pleito reconvenicional, pugna pelo arbitramento dos honorários advocatícios por apreciação equitativa tendo em vista o valor irrisório da causa.

Pois bem.

Inicialmente cumpre destacar ser fato incontroverso nos autos terem os requeridos edificado terraço na divisa dos imóveis das partes.

A insurgência está relacionada à construção do terraço na divisa de dois terrenos que dista menos de metro e meio da residência dos autores, o que estaria em desobediência ao ordenamento vigente.

Sobre o tema, dispõe o artigo 1.301, do Código Civil, *verbis*:

“É defeso abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do vizinho”

Tocante ao assunto, Silvio de Salvo Venosa ensina:

“O art. 1.301 (antigo art. 573) permite ao proprietário se opor ou embargar obra que invada sua área ou lhe deite goteiras, bem como aquela em que se abra janela, ou se faça eirado, terraço ou varanda a menos de metro e meio”. Explica o autor, ainda, que “a finalidade é preservar o direito de vizinhança” (Direito Civil: direitos reais. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 329).

Note-se que o referido artigo abrange construção de aberturas em paredes a menos de um metro e meio do vizinho. Isso porque, a distância mínima exigida tem estreita relação com o direito à privacidade, o qual, com a construção de um terraço, é violado.

Acolhendo essa mesma linha de entendimento, extrai-se do acervo jurisprudencial Catarinense:

“APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C PERDAS E DANOS. AUSÊNCIA DE PROVA DA ALTERAÇÃO DAS DIVISAS. APELO DOS REQUERIDOS. REFORMA RESIDENCIAL. CERCA SUBSTITUÍDA POR MURO. JANELA ABERTA DA RESIDÊNCIA DOS AUTORES PARA A CASA DA RÉ QUE NÃO RESPEITA A DISTÂNCIA MÍNIMA LEGAL (ART. 1.301 DO CÓDIGO CIVIL: “É DEFESO ABRIR JANELAS, OU FAZER EIRADO, TERRAÇO OU VARANDA, A MENOS DE METRO E MEIO DO TERRENO VIZINHO”). POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO TERRENO ATÉ SEUS LIMITES GEOGRÁFICOS, QUANDO NÃO VERIFICADA OFENSA À LEGISLAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. [...] Não há vedação ao mero levantamento de muro, sem a abertura de janelas, aquém do recuo de metro e meio, uma vez que o confinante pode utilizar seu direito de propriedade como melhor lhe aprouver, sem que gere, evidentemente,

prejuízos a terceiros. No entanto, embora fique o proprietário impossibilitado de se opor à construção de janela sobre o seu prédio após o decurso de ano e dia e exigir o desfazimento da obra, isso não significa que seja obrigado ao recuo de metro e meio ao edificar nos limites de sua propriedade. (TJSC, Apelação Cível n. 2006.005802-3, de Urussanga, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 11-3-2010) AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PELOS AUTORES. INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO PARA APRECIÇÃO (ART. 573, § 1, DO CPC/73). NÃO CONHECIMENTO.” (Apelação Cível n. 0013458-36.2013.8.24.0018, Rel. Des. Álvaro Luiz Pereira De Andrade, j. 31-01-2019).

E:

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO COMINATÓRIA C/C PERDAS E DANOS. DIREITO DE VIZINHANÇA. ABERTURA DE JANELAS E ESCOAMENTO DE ÁGUAS. AUSÊNCIA DE RECUO EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO CIVIL. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECURSO DA RÉ. DECADÊNCIA. FOTOGRAFIAS JUNTADAS AO FEITO PELA PRÓPRIA REQUERIDA QUE DEMONSTRAM QUE A OBRA ESTAVA EM ANDAMENTO QUANDO DA PROPOSITURA DA PRESENTE AÇÃO. PREVISÃO DE TÉRMINO CONSTANTE EM ART DESCONSTITUÍDA. PREJUDICIAL AFASTADA. MÉRITO. (I) ALEGADA UTILIZAÇÃO DA ACTIO PELOS AUTORES PARA BARGANHAR E OBTER VANTAGENS. QUESTÕES NÃO COMPROVADAS E, ADEMAIS, IRRELEVANTES QUANTO AO DIREITO DA AUTORA. (II) TOLERÂNCIA COM ABERTURA DE JANELAS EM OUTROS IMÓVEIS LINDEIROS. DIREITOS DISPONÍVEIS. POSSIBILIDADE DOS DEMANDANTES DE NEGOCIAR SEUS INTERESSES E TOLERAR CONDUTAS COMO MELHOR LHE APROUVER. (III) RESIDÊNCIA EM LOCAL DIVERSO. IRRELEVÂNCIA. PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL QUE NÃO PERDE O DIREITO DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE POR NÃO RESIDIR LOCAL. (IV) ARGUIDA UTILIZAÇÃO DAS ABERTURAS APENAS PARA VENTILAÇÃO E ILUMINAÇÃO. NÃO ATENDIMENTO DAS DIMENSÕES PREVISTAS NO ART. 1.301, §2º, DO CÓDIGO CIVIL. (V) SUPOSTA AUTORIZAÇÃO PARA A OBRA PELO GENITOR DOS AUTORES. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO FATO. RECURSO DOS AUTORES. (I) DESVALORIZAÇÃO DO BEM ANTE A REDUÇÃO DA ÁREA EDIFICÁVEL. INOCORRÊNCIA. SUPRESSÃO DAS ABERTURAS QUESTIONADAS QUE AUTORIZA A PARTE A CONSTRUIR EM CONTRAMURO (PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1302 DO CC). AUSÊNCIA DE DESVALORIZAÇÃO DO IMÓVEL. DANO INEXISTENTE. DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO. (II) NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO ESCOAMENTO DE ÁGUAS. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE A TUBULAÇÃO PLUVIAL VERTA ÁGUAS PARA DENTRO DO TERRENO DOS DEMANDANTES. ÔNUS DA PROVA QUE LHE INCUMBIA. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO CORRETAMENTE NEGADO. (III) ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PARTE AUTORA QUE RESTOU VENCIDA EM TRÊS DOS QUATRO PEDIDOS APRESENTADOS. DISTRIBUIÇÃO EFETUADA EM SENTENÇA DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO. REDISTRIBUIÇÃO INVIÁVEL. VERBA HONORÁRIA ARBITRADA EM CONSONÂNCIA COM A REALIDADE DOS AUTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.” (Apelação Cível n. 0008647-66.2009.8.24.0020, Rel. Des. André Luiz Dacol, j. 31-07-2018).

Com efeito, verifica-se ser permitida a construção apenas de parede cega no limite dos imóveis, sendo vedada a edificação de terraço.

Desta forma, observa-se que o recuo mínimo de metro e meio refere-se as janelas, eirado, terraço ou varanda, pois o objetivo do legislador foi resguardar a privacidade e a intimidade dos

vizinhos, de modo que o levantamento de terraço na divisa da propriedade vizinha, é vedado pelo ordenamento.

No aspecto, cumpre destacar, em pese ter o Magistrado singular entendido pela improcedência da demolitória em razão de ambas as partes não terem respeitado o recuo mínimo de metro e meio, tendo em vista possuírem imóveis geminados aos fundos dos terrenos, conforme disposições atinentes ao direito de vizinhança o mero levantamento de parede divisória na propriedade vizinha não é vedado pelo ordenamento.

O recuo mínimo de metro e meio refere-se apenas as janelas, eirado, terraço ou varanda (art. 1.301, do CC).

Dessarte, por se constatar irregularidade na obra edificada pelos requeridos (terraço/varanda), merece provimento o presente reclamo neste tocante e, deve ser reformada a Sentença para, atribuir aos demandados a obrigação de demolir a parcela da construção que excede a parede cega, no prazo máximo de 45 (quarente e cinco) dias.

Na sequência, não descuida este Órgão Fracionário da aplicabilidade de multa cominatória aos requeridas, a fim de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, a rigor do que determinam os artigos 497 e 537, do Código de Processo Civil, *verbis*:

“Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

[...]

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento. [...]"

No aspecto, importante consignar não ter a multa cominatória natureza reparatória ou compensatória, tratando-se de medida destinada a coagir o devedor ao cumprimento da obrigação do modo como determinado.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ao discorrer sobre o tema, asseveram que:

“[...] O objetivo das astreintes, especificamente, 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” (in Comentários ao Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1348).

Dito isso, para além da determinação de demolir a parcela da construção que excede a parede cega (terraço a menos de 1,5m), no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, incumbe aplicar aos requeridos multa cominatória no valor de R\$ 100,00 (cem reais) por dia em caso de descumprimento do referido dever, até o limite máximo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), montante que observa os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

2.1 Compensação dos honorários advocatícios fixados na ação principal

Postulam os demandados a compensação da verba honorária fixada na ação principal.

Sem razão.

Isso porque, da interpretação da norma transcrita no artigo 85, § 14, do Código de Processo Civil, conclui-se pertencer ao advogado os honorários advocatícios por possuir natureza alimentar, vedada a sua compensação:

“Art. 85. [...]

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

Sobre o tema, extrai-s do acervo jurisprudencial Catarinense:

“APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. OI S.A. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES EM TELEFONIA MÓVEL - [...] 2 - ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO QUE ENSEJA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DISTRIBUIÇÃO PRO RATA. VEDAÇÃO DA COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXIGIBILIDADE DA VERBA SUSPENSA EM RELAÇÃO AO AUTOR. EXEGESE DOS ARTS. 86, 85, §14 E 98, § 3º DO CPC/2015. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELO PREJUDICADO.” (Apelação Cível n. 0028350-14.2012.8.24.0008, Rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 03/09/2019).

Assim, tendo em vista que a Sentença foi proferida na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (02/04/2018 – fl. 356), nos termos da norma atualmente positivada no artigo 85, §14, do Código de Processo Civil, vedada a compensação quando houver sucumbência parcial.

Deste modo afasta-se a insurgência recursal no ponto.

2.2 Base de cálculo dos honorários advocatícios fixados na reconvenção

Por fim, requerem seja adequada a quantia arbitrada a título de honorários sucumbenciais na reconvenção em favor do seu procurador, apontando o valor irrisório arbitrado (10% do valor causa). Destaca que o valor da causa foi arbitrado em R\$ 1.000,00 (mil reais). Por essa razão pugna pelo arbitramento por apreciação equitativa.

Pois bem.

Nos termos do artigo 85, §8º do Código de Processo Civil, nas hipótese em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico o valor dos honorários advocatícios deverá ser fixado consoante o princípio da equidade estabelecido no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, a fim de evitar a fixação de verba honorária ínfima, a ponto de aviltar o evidente labor despendido pelo procurador da parte.

No presente caso, denota-se pouco expressivo o valor da causa, de modo que resai adequada a fixação dos honorários advocatícios em quantia certa, com base no citado artigo 85, § 8º, da mesma norma.

Neste viés, merece provimento o apelo no que tange ao pedido de majoração da verba honorária – observado o arbitramento em quantia certa (artigo 85, § 8º, do CPC) –, a patamar condizente com o zelo e dedicação do causídico no caso em comento.

Com efeito, este dispositivo confere ao órgão julgador poder discricionário que lhe permite preencher valorativamente a cláusula jurídica indeterminada, concedendo-lhe liberdade de escolha, segundo critérios de ponderação, adequação e proporcionalidade, tocante ao valor dos honorários advocatícios.

Sobre o critério da equidade na fixação dos honorários advocatícios, ensina Yussef Said Cahali:

“Qualquer que seja a fórmula adotada pelo juiz, não se lhe permite, contudo, sob o pálio da equidade, o arbitramento da honorária em quantia simbólica, irrisória, insignificante, que, além de afrontosa à nobre atividade dos profissionais do direito, implicaria a própria negação do princípio inserto no § 4º do art. 20” (in Honorários advocatícios. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 496).

Na mesma esteira, prelecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“O critério da equidade deve ter em conta o justo, não vinculado à legalidade. Fixar honorários por equidade não significa, necessariamente, modicidade” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 381).

Em assim sendo, apesar de não estar o julgador adstrito às percentagens mínima e máxima previstas no *caput* do § 2º, do art. 85, deve, entretanto, atender aos critérios estabelecidos em suas alíneas “a”, “b” e “c”. Para tanto, devem ser considerados o grau de zelo do profissional, o local da prestação dos serviços, a natureza e a importância da causa, a qualidade do trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para os seus serviços no curso do processo, alcançando-se um denominador para arbitrar a verba devida.

Assim, atentando-se ao tempo despendido, ao local de prestação do serviço, à qualidade do trabalho dos profissionais e, ainda, sopesadas as peculiaridades do caso concreto, tais como o tempo transcorrido e o proveito econômico garantido, majoram-se os honorários devidos pela parte requerida ao patrono da parte autora na reconvenção para R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil, devidamente atualizados a partir da data da publicação deste Acórdão.

3. Do recurso dos requeridos

Igualmente inconformados os requeridos interpuseram recurso de apelação (fls. 384/395) pugnando pela reforma da Sentença ao argumento de não terem esbulhado a posse dos autores. Defendem que a construção respeitou os limites de sua propriedade. Narram que a obra não avançou à propriedade dos autores em sete centímetros. Destacam que as fotografias demonstram que a construção foi realizada na divisa dos imóveis. Sobrelevam não restarem preenchidos os requisitos para proteção possessória. Insurgem-se quanto ao valor da multa aplicada na ação reintegratória. Por essas razões, suscitam o provimento do recurso para julgar improcedente a ação reintegratória. Tocante a reconvenção, requerem a reforma da sentença ao argumento de restar comprovado nos autos que os autores invadiram parcela do seu imóvel com a instalação de uma caixa d'água. Pugnam, ao final, pela minoração da verba honorária fixada.

3.1 Reintegração de Posse

Os demandados pretendem a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido inicial de reintegração de posse. Asseveram não terem esbulhado a posse dos autores. Defendem que a construção respeitou os limites de sua propriedade. Narram que a obra não avançou a propriedade dos autores em sete centímetros. Destacam que as fotografias demonstram que a construção foi realizada na divisa dos imóveis. Sobrelevam não restarem preenchidos os requisitos para proteção possessória.

Pois bem.

Inicialmente, vale anotar para procedência da proteção possessória ser necessária a coexistência dos requisitos previstos no artigo 561 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, prescreve o mencionado dispositivo:

“Art. 561. Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção, ou a perda da posse, na ação de reintegração.”

A posse é o poder de fato do possuidor sobre a coisa, manifestando-se pelo interesse potencial do possuidor em conservá-la, não havendo necessidade do efetivo exercício, carecendo, contudo, por se tratar de aspecto fático de elementos que exteriorizem esse poder.

Nesse sentido, estabelece o Código Civil:

“Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

[...]

Art. 1.200. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária.

[...]

Art. 1.203. Salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida.

Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.

[...]

Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

[...]

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1o O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

§ 2o Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.”

Sobre o conceito de posse como poder de fato sobre o bem, colhe-se da doutrina do eminente Desembargador Joel Dias Figueira Júnior:

“A posse não é o exercício do poder, mas sim o poder propriamente dito que tem o titular da relação fática

sobre um determinado bem, caracterizando-se tanto pelo exercício como pela possibilidade de exercício. Ela é a disponibilidade e não a disposição; é a relação potestativa e não necessariamente o efetivo exercício.

O titular da posse tem o interesse potencial em conservá-la e protegê-la de qualquer tipo de moléstia que porventura venha a ser praticada por outrem, mantendo consigo o bem numa relação de normalidade capaz de atingir sua efetiva função socioeconômica.

Os atos de exercício dos poderes do possuidor são meramente facultativos - com eles não se adquire nem se perde a senhoria de fato, que nasce e subsiste independentemente do exercício desses atos.

Assim, a adequada concepção sobre o poder fático não pode restringir-se às hipóteses do exercício deste mesmo poder. O possuidor dispõe do bem criando em relação a ele um interesse em conservá-lo.

A posse, então, não se pode definir como exercício de propriedade. Nem mesmo conviria dizer que o exercício de faculdade inerente à propriedade. A posse não é exercício da propriedade ou de qualquer outro direito. Ela simplesmente é um estado de fato que se assemelha ao exercício da propriedade: o possuidor tem um comportamento análogo ao de quem exerce poder peculiar ao domínio, ou de qualquer outro direito real à substância da coisa. O possuidor comporta-se como se fosse titular de um direito real (diferente do da posse). Mera questão de aparência - mas questão juridicamente relevante” (Liminares nas ações possessórias. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 44).

Segundo Clóvis Bevilácqua, desde o Código Civil de 1916, o ordenamento jurídico pátrio alberga em seu bojo normativo a teoria objetiva da posse, que tem como seu maior expoente o jurista Rudolf von Ihering, segundo a qual, não é o *animus domini* o fator preponderante para aquisição/configuração da posse, mas simplesmente a exteriorização objetiva, o exercício efetivo, de um dos poderes inerentes a propriedade.

Essa é a redação do artigo 1.204 do Código Civil, a qual mais uma vez se transcreve *in verbis*:

“Art. 1.204. Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.”

No tocante, salutar extrair-se lição de Clóvis Bevilacqua (Direito das Coisas. v.1. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense):

“O Código Civil brasileiro adotou o pensamento de Ihering quanto ao conceito da posse como visibilidade da propriedade, ainda que a sua proteção possa favorecer a quem não é proprietário, nem exerce algum direito real; ou, segundo se lê no Besitzwille, a posse ‘é a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa pelo fim de utilização econômica.’

Assim, o art. 485 do Código Civil brasileiro definiu possuidor todo aquele que tem, de fato, o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade. Na definição do possuidor está incluída, claramente, a da posse, que é o exercício, de fato, dos poderes constitutivos do domínio, ou propriedade, ou de algum deles somente, isto é, de algum direito real sobre propriedade alheia.” [p. 29-30] [grafia do original]

Conforme a teoria objetiva, adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, a posse se configura em mera conduta de dono, sendo irrelevante a vontade de ser dono da coisa, ou até mesmo sua apreensão física.

In casu, pretendem os autores serem reintegrados na posse de parcela do imóvel situado à rua Tenente Germano Pacheco, nº 350, Praia João Rosa, Biguaçu/SC.

Sustentaram terem os requeridos invadido 7 cm (sete centímetros) da área de sua propriedade e posse ao longo dos 9 m (nove metros) de fundos do seu imóvel, vindo a esbulhá-la. Relataram terem os requeridos construído um terraço na divisa dos dois terrenos invadindo parcela do seu imóvel. Defenderam que apesar da ciência dos requeridos acerca dos limites divisórios, invadiram parte do seu imóvel.

Por sua vez, os requeridos alegaram como defesa, em resumo, não ter sua obra invadido parcela de 7cm (sete centímetros) do imóvel dos autores. Defenderam terem edificado a obra na divida entre os dois imóveis sem ingressar na área tida sob o domínio fático dos autores.

O Magistrado singular julgou procedente a reintegratória por entender que a obra edificada pelos requeridos invadiu 7 cm (sete centímetros) ao longo dos 9 m (nove metros) de fundos do imóvel dos autores.

A questão controvertida circunscreve-se na ocorrência ou não de invasão de faixa de 7 cm (sete centímetros) ao longo dos 9 m (nove metros) de fundos do imóvel, em desrespeito aos pontos divisórios dos imóveis das partes.

O cenário descrito pelas fotografias acostadas aos autos pelas partes (fl. 26) demonstra ter a edificação avançado 7 cm (sete centímetros) ao longo dos 9m (nove metros) de fundos além da parede do imóvel dos requeridos.

Contudo, é consabido que o proprietário pode construir na divisa do terreno vizinho até meia espessura da parede, conforme dispõe o artigo 1.305, do Código Civil, *verbis*:

“Art. 1.305. O confinante, que primeiro construir, pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo, sem perder por isso o direito a haver meio valor dela se o vizinho a travejar, caso em que o primeiro fixará a largura e a profundidade do alicerce.”

Sobre o tema, leciona Silvio de Sávio Venosa:

“Esse artigo deve ser visto em consonância com o dispositivo anterior. Estabelece o regime de parede-meia. O proprietário pode construir no terreno vizinho até meia espessura da parede. Se ultrapassar o limite, o vizinho prejudicado pode embargar a construção, com a nunciação de obra nova. Se a invasão for pequena, a solução melhor será sempre a indenização e não o desfazimento da obra. Este Código acrescenta regra a

essa disposição, no parágrafo único: o construtor deverá prestar caução se a parede de outrem não suportar o travejamento. Sempre se aplicará a regra no sentido de que pagará perdas e danos quem ocasionar prejuízo a outrem.” (<https://integrada.Minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018905/cfi/6/80!/4/1948/2@0:0> acesso em 07 de maio de 2020)

Deste modo, plenamente lícito ao vizinho construir sobre a parede-meia, até o meio da espessura. Ressalva-se, apenas, a hipótese de a construção gerar risco à segurança ou à separação dos dois prédios.

Na hipótese em exame, verifica-se que os requeridos edificaram o terraço avançando 7cm (sete centímetros) ao logo dos 9m (nove metros) de fundos dos terrenos contíguos.

Não obstante, da análise do acervo fotográfico acostado aos autos pelas partes (fl. 26, fls. 39/42, fl. 121, fl. 132, fls. 136/138) tem-se nítida constatação de que a obra não transpõe a metade da parede divisória.

Ademais, não há prova escorreita de que a construção tenha ultrapassado o limite da parede-meia, Assim, não resta configurada a aventada invasão do imóvel dos autores pelos requeridos.

Sobre o tema, *mutatis mutantis*:

“DIREITO DE VIZINHANÇA - PAREDE DIVISÓRIA - CONFINANTE QUE REALIZA PINTURA E APOIA TAPUME - PRESUNÇÃO, NO CASO, DE QUE A PAREDE FOI CONSTRUÍDA NO LIMITE DO IMÓVEL DA APELANTE E NÃO NA MEIA ESPESSURA ADMITIDA PELO ART. 1.305, DO CC - OBRIGAÇÃO DE DESFAZER AS OBRAS - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. Se a prova dos autos levar à presunção de que o autor construiu sua parede divisória no limite de sua propriedade e não na meia espessura do imóvel vizinho, não pode este travejar ou realizar nela qualquer obra ou modificação.” (Apelação Cível n. 0000605-15.2011.8.24.0034, Rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, j. 12-07-2018).

Note-se, por oportuno, que o fato de não ter sido observada invasão do imóvel dos autores não representa, por si só, a regularidade da obra edificada pelos requeridos.

Isso porque, a construção na divisa de terrenos contíguos deve respeitar o ordenamento vigente.

Conforme explanado alhures, descabido o levantamento de abertura (terraço, janela ou sacada, por exemplo) a menos de um metro e meio da extrema do imóvel lindeiro.

Nesse sentido, ainda que não se tenha operado invasão, e mesmo que se possa construir parede cega nas extremas (observadas as normas urbanísticas locais), a edificação de terraço pelo demandado fere a lei civil (artigo 1.301, do Código Civil), reitere-se.

Deste modo deve ser dado provimento ao recurso no ponto para julgar improcedente a ação reintegratória.

3.2 Minoração dos honorários advocatícios

Por fim, postulam os requeridos a minoração do valor dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte autora.

Melhor sorte não socorre ao requerido.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 85, § 2º, dispõe que a verba honorária será fixada em no mínimo 10% (dez por cento) e no máximo 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou sobre o valor atualizado da causa. Tal providência só deve ser afastada nas hipóteses em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o que não ocorre na espécie.

Reza o artigo 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil:

“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.

[...]

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do §2º.”

In casu, extrai-se da Sentença ter o Magistrado *a quo* fixado os honorários advocatícios da reconvenção em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (fl. 3550).

Deste modo, carecem os apelantes de interesse recursal neste aspecto, haja vista já ter o Magistrado de Primeiro Grau fixado os honorários advocatícios sucumbenciais no mínimo legal.

Assim, não deve o apelo ser conhecido no ponto.

3.3 Pleito articulado em reconvenção

Requerem a reforma da Sentença ao argumento de restar comprovado nos autos que os autores/reconvindos invadiram parcela do seu imóvel com a instalação de uma caixa d'água.

Como visto, a questão controvertida circunscreve-se na verificação da ocorrência ou não do esbulho de parcela do imóvel dos requeridos/reconvintes em decorrência da instalação de um reservatório de água.

Nessa senda, incumbe ao apelante demonstrar o preenchimento dos requisitos dispostos no artigo 561, do Código de Processo Civil.

No presente caso, contudo, infere-se do processado não terem os requeridos/reconvintes logrado êxito em comprovar o esbulho supostamente perpetrado pelos autores/reconvindos.

A despeito da controvérsia, o conteúdo documental acostado aos autos é uníssono a apontar a ausência de invasão dos autores/reconvindos sobre o imóvel em litígio, sendo absolutamente suficientes ao indeferimento da proteção possessória em favor dos requeridos/reconvintes.

De outra parte, o cenário descrito pelos documentos acostados aos autos evidenciam não só a posse da parcela do terreno objeto da lide pelos apelados, mas igualmente que a caixa d'água foi instalada sobre o telhado da residência dos autores/reconvindos (fl. 123 e fls. 139/141).

De mais a mais, infere-se dos autos terem os requeridos/reconvintes fundamentado a reintegração de posse da parcela do bem, uma vez que a instalação da caixa d'água está causando infiltração no seu imóvel. Sustenta a ocorrência do esbulho ao argumento de terem os autores/reconvindos invadido seu terreno de forma clandestina e edificado a referido reservatório de água.

Entretanto, tal fato não é elemento capaz de ensejar a reintegração de posse pretendida, pois como dito alhures para ser deferida a reintegração, faz-se indispensável, dentre outros requisitos (art. 561, CPC), a demonstração da posse do bem, o que não foi efetivado pelos reconvintes, não se desincumbindo do ônus que lhe competia a teor do art. 373, I, do Código de Processo Civil.

Deste modo, inexistindo comprovação pela parte apelante do exercício de sua posse sobre a parcela do terreno impugnado, deve seu pleito de proteção possessória ser julgado improcedente.

Com efeito, em sede de ação possessória – que, como dito, visa proteger o estado de fato sobre a coisa, em apreço a ordem social –, comprovado nos autos o exercício da posse mansa e pacífica do bem pelos apelados é de ser mantida a decisão que indeferiu a proteção possessória pleiteada.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DIANTE DA NÃO COMPROVAÇÃO DA POSSE E DO ESBULHO PRATICADO PELO RÉU. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. INOCORRÊNCIA. ARGUMENTAÇÃO SUFICIENTE A SUSTENTAR O DECISUM. NULIDADE NÃO VERIFICADA. ALEGADA PROVA DA POSSE. CONTRATOS JUNTADOS PELO AUTOR DE CESSÃO DE DIREITOS POSSESSÓRIOS DE LOTE CUJA DESCRIÇÃO NÃO CORRESPONDE AO TERRENO APONTADO NOS LEVANTAMENTOS TOPOGRÁFICOS. DOCUMENTOS QUE NÃO SERVEM COMO INDÍCIO DE POSSE. APRESENTAÇÃO PELO RÉU DE INSTRUMENTOS CONTRATUAIS QUE DEMONSTRAM

A CADEIA POSSESSÓRIA. TESTEMUNHAS QUE SUSTENTAM A POSSE DOS ANTIGOS POSSUIDORES QUE CEDERAM A POSSE AO RÉU. AUTOR QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DA PROVA (ART. 373, INCISO I, CPC). POSSE DO AUTOR E ESBULHO PRATICADO PELO RÉU NÃO DEMONSTRADOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. HONORÁRIOS MAJORADOS NESTE GRAU RECURSAL (ART. 85, § 11, CPC). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJSC, Apelação Cível n. 0300612-37.2017.8.24.0061, Rel. Des. André Carvalho, j. 29/01/2019).

Deste modo, não tendo os reconvintes se desincumbido do ônus que lhe competia a teor do art. 373, I, do Código de Processo Civil, comprovando o exercício anterior da posse sobre o bem em litígio, seu pleito reintegratório não merece acolhimento.

Ante o exposto o voto é no sentido de conhecer do recurso dos autores e dar-lhe parcial provimento para determinar a demolição da parcela da construção que excede a parede cega (terraço a menos de 1,5m), no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 100,00 (cem reais), até o limite máximo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), bem como fixar os honorários advocatícios sucumbenciais da reconvenção em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do artigo 85, § 8º, do Código de Processo Civil; e conhecer em parte do recurso dos requeridos e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento para julgar improcedente a ação reintegratória. Mantida a distribuição do ônus sucumbencial na forma da Sentença.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0307312-32.2015.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Desembargador André Carvalho

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. APÓLICES DE SEGURO. MORTE DO SEGURADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DOS AUTORES.

INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS HAVIDOS COM AS SEGURADORAS CAIXA E ITAÚ. PLEITO INDEFERIDO PELO MAGISTRADO MEDIANTE VERIFICAÇÃO DE QUE O SINISTRO FORA POSTERIOR AO TEMPO DE VIGÊNCIA DAS APÓLICES ALEGAÇÃO RECURSAL DE QUE HAVERIA PRESUMIDA RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA DOS CONTRATOS E AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA EM CONTRÁRIO. INACOLHIMENTO. CONTRATO CELEBRADO COM A CAIXA SEGURADORA, COM APORTE DE ASSINATURA DO SEGURADO, QUE REPORTA A NÃO AUTORIZAÇÃO DESTA PARA RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA. POR SUA VEZ, CONTRATO CELEBRADO COM A SEGURADORA ITAÚ QUE RESTOU CANCELADO PELO PRÓPRIO SEGURADO ANTES DO SEU TÉRMINO DE VIGÊNCIA. INFORMAÇÃO TRAZIDA EM CONTESTAÇÃO E NÃO IMPUGNADA. PLEITO INACOLHIDO.

INSURGÊNCIA CONTRA A SEGURADORA **BRADESCO**. MAGISTRADO DE PISO QUE CONSIDEROU A EXORDIAL SILENTE SOBRE A NATUREZA PRESTAMISTA DA AVENÇA, O QUE OBSTARIA SUA PROCEDÊNCIA. LEITURA DA EXORDIAL A INDICAR PLEITO DOS AUTORES DE CONDENAÇÃO DAS SEGURADORAS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PEDIDO VIÁVEL. POSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO DO PLEITO, MESMO QUE OS AUTORES NÃO TENHAM REFERIDO EXPRESSAMENTE QUE A TERCEIRA APÓLICE, DIFERENTEMENTE DAS DEMAIS, REFERIA-SE A SEGURO PRESTAMISTA.

DOENÇA ALEGADAMENTE PREEXISTENTE. SEGURADO ACOMETIDO DE INSUFICIÊNCIA HEPÁTICA DECORRENTE DE CARCINOMA METASTÁTICO. MORTE DO CONTRATANTE. CONCAUSA DO FALECIMENTO NÃO RELACIONADA DIRETAMENTE À MOLÉSTIA. AUSÊNCIA DE PROVA DA MÁ-FÉ DO SEGURADO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. EXEGESE DAS DISPOSIÇÕES DOS ARTS. 765 E 766 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. SENTENÇA REFORMADA.

“Se a seguradora, em contrato típico de adesão, aceita a proposta e celebra com o proponente contrato de seguro sem lhe exigir atestado de saúde ou submetê-lo a exames, a fim de verificar sua real condição física, deve suportar o risco do negócio, notadamente quando não fica comprovado que o segurado tenha agido de má-fé.” (STJ. AgInt no AREsp 767.967/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017).

SEGURO PRESTAMISTA. CAPITAL SEGURADO DESTINADO PRIMEIRAMENTE À LIQUIDAÇÃO DE SALDO DEVEDOR DE CONTRATO DE CONSÓRCIO CELEBRADO PELO SEGURADO FALECIDO. SALDO REMANESCENTE, SE HOVER, QUE DEVERÁ SER PAGO POSTERIORMENTE AOS DEMAIS BENEFICIÁRIOS. APURAÇÃO QUE DEVE SER REALIZADA EM FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

CONSECTÁRIOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA CONTADA A PARTIR DA CONTRATAÇÃO. JUROS DE MORA INCIDENTES A PARTIR DA CITAÇÃO.

REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0307312-32.2015.8.24.0018, da comarca de Chapecó (3ª Vara Cível) em que são Apelantes Ione Bueno Mantelli e outros e Apelados Caixa Seguradora S/A e outros.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos da fundamentação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o(a)s Exmo(a)s. Sr. Des. Gerson Cherem II e Sra. Desa. Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 04 de fevereiro de 2020

Desembargador André Carvalho
Relator

RELATÓRIO

Adoto, por economia processual e em homenagem à sua completude, o relatório da sentença:

Ione Bueno Mantelli, Elizete Mantelli Aver, Alex Mantelli e Mônica Mantelli ajuizaram *ação de cobrança de seguro de vida com pedido liminar de exibição* em face de **Itaú Seguros S/A, Bradesco Vida e Previdência e Caixa Seguros S/A**.

Relataram que são herdeiros de Valmor Mantelli, falecido em 23.11.2013 que, em vida, celebrou contrato de seguro de vida com as requeridas. Narram que a indenização securitária por força da falecimento do segurado foi negada por cada requerida, sob o argumento de que a morte ocorreu por insuficiência hepática e carcinoma metastático, o que não se enquadraria no conceito de morte acidental, além da doença ser preexistente.

Discorrem acerca da ilicitude da negativa de pagamento e sobre a incidência das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Pugnaram a condenação de cada requerida ao pagamento do capital segurado previsto nas respectivas apólices.

Citada, a requerida **Bradesco Vida e Previdência S/A** contestou o feito, suscitando, preliminarmente, ilegitimidade ativa, porquanto houve contratação de seguro prestamista que, por sua natureza, prevê como beneficiário a estipulante Unilace.

Quanto mérito, após discorrer acerca da natureza do contrato de seguro, sustentou que a doença que culminou no falecimento do segurado é preexistente à contratação da apólice, aspecto que configura risco expressamente excluído da cobertura securitária. Sustentou que o segurado contratou o seguro em outubro de 2014, quando já tinha ciência que padecia de câncer, vindo a falecer passado um mês da celebração, o que afasta sua boa-fé. Aduziu a impossibilidade de inversão do ônus da prova e pugnou, em caso de condenação, a observância da limitação de sua responsabilidade, segundo a apólice contratada.

Formulou os requerimentos de praxe e juntou documentos.

A ré **Caixa Seguros S/A** também apresentou resposta em forma de contestação, defendendo que a apólice,

na própria proposta de adesão, faz referência expressa de cobertura apenas de morte acidental, inexistindo cobertura para morte natural. Sustentou que câncer não se enquadraria no conceito de acidente e, além disso, a indenização seria indevida porquanto a apólice vigeu pelo período entre 27.07.2011 a 27.07.2012, inexistindo renovação expressa por parte do segurado, de modo que o sinistro ocorreu fora da vigência. Pugnou a improcedência do pedido inicial com a condenação dos autores nos ônus de praxe.

Devidamente citada, a ré **Itaú Seguros S/A** também contestou o feito suscitando, como preliminarmente, sua legitimidade passiva, porquanto a vigência da apólice contratada findou em janeiro de 2012, em momento anterior ao falecimento do segurado.

Quanto ao mérito, reiterou a alegação de que o sinistro teria ocorrido fora da vigência da apólice e defendeu que não estão incluídas no conceito de acidente pessoal as doenças. Aduziu que sua responsabilidade se limita a riscos predeterminados a arrematou postulado a improcedência do pedido inicial. Formulou os requerimentos de praxe.

Houve réplica (p. 267/278).

Sobreveio sentença, cuja parte dispositiva é do seguinte teor:

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, inc. I do Código de processo Civil, **RESOLVO O MÉRITO e JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos constantes na exordial, pondo fim à fase cognitiva do procedimento de conhecimento, na forma do artigo 203, §1º.

Condene a parte requerente ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios aos procuradores de cada requerida, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil. Exigibilidade suspensa em virtude da concessão da justiça gratuita (CPC, art. 98, §3º). (fl. 284; grifo no original).

Inconformados, os Autores interpuseram o presente recurso de Apelação Cível arguindo que as seguradoras Caixa e Itaú jamais notificaram o contratante da extinção do contrato de seguros, sendo presumida sua renovação automática, até porque na época o segurado encontrava-se debilitado em razão da doença que culminou no seu óbito e não tinha condições de ter o discernimento necessário para interpretar a necessidade de renovação sem que houvesse a devida notificação do mesmo sobre o encerramento do prazo contratado.

Com relação à Bradesco, não houve alteração da causa de pedir, pois segundo extrai-se do item “d” da peça exordial, em verdade houve pedido expresso para pagamento de seguro de vida contratado, até porque haviam outras espécies de contrato que também estavam sendo discutidos no processo.

Quanto ao saldo remanescente, defende que o valor eventualmente devido pelo segurado em razão do débito em verdade é desconhecido, cabendo à credora Bradesco, em fase de liquidação de sentença, comprovar se existem ou não valores a serem devolvidos, e que eles sejam pagos ao espólio do *de cujus*.

Por fim, requereram fosse dado provimento ao presente, julgando totalmente procedentes os pedidos exordiaais.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 296-302, 303-313 e 314-333.

Na sequência, vieram-me os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

De início, uma vez que a decisão recorrida foi publicada já na vigência do novo Código de Processo Civil (26-07-2017; fl. 285), convém anotar que o caso será analisado sob o regramento do diploma processual civil de 2015, em consonância com o Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça.

Isso dito, satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido. Passo ao exame, em separado, das distintas apólices, a fim de melhor elucidar o feito.

Dos contratos pactuados com as requeridas **Caixa Seguros S/A e Itaú Seguros S/A**

A sentença de improcedência, com relação à almejada cobrança do seguro de vida em grupo contratado com Caixa Seguros S/A e Itaú Seguros S/A, calcou-se no reconhecimento de que, ao tempo do sinistro vindicado, os títulos já tinham tido sua vigência expirada.

Alegam os Autores, entretanto, que as mencionadas seguradoras jamais notificaram o contratante da extinção do contrato de seguros, sendo presumida sua renovação automática, até porque na época o segurado encontrava-se debilitado em razão da doença que culminou no seu óbito e não tinha condições de ter o discernimento necessário para interpretar a necessidade de renovação sem que houvesse a devida notificação do mesmo sobre o encerramento do prazo contratado.

Sem razão, contudo, os recorrentes.

Ora, não se desconhece que “*a Segunda Seção desta Corte de Justiça, no julgamento do REsp nº 880.605/RN, firmou o entendimento de não ser abusiva a cláusula contratual que prevê a possibilidade de não renovação automática do seguro de vida em grupo por qualquer dos contratantes, desde que haja prévia notificação em prazo razoável*” (AgInt nos EDcl no REsp 1751156/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/09/2019, DJe 03/10/2019)

Entretanto, o caso dos autos é distinto. Vejamos.

Consta dos autos que a **CAIXA SEGUROS** celebrou com o segurado falecido contrato “Seguro Fácil Acidentes Pessoais”, de proposta n. 1189609000942-3, datado de **20-11-2012** (documento de fl. 170) e que, de acordo com a o item “7” das suas condições, tinha por vigência o prazo de 12

(doze) meses, conforme se observa da fl. 172.

Observa-se que no termo de adesão ao contrato de seguro – cujo teor está assinado pelo segurado falecido –, há menção de que o “contrato sem autorização do segurado para renovação automática” (fl. 170).

Nesse sentido, sendo expressa a manifestação de vontade prévia do segurado pela não renovação da avença, não há de se ponderar qualquer ilicitude na não renovação automática.

Já no que se refere à **ITAÚ SEGUROS**, é possível observar do “Certificado de Seguro / Apólice do Seguro” juntado pelos Autores que a apólice n. 1.81.005849757 detinha prazo determinado, qual seja, vigência no período de **20-07-2011 a 20-07-2012**.

Entretanto, segundo afirma a seguradora Itaú na peça de contestação, “[...] o falecido solicitou o cancelamento do seguro em **18/01/2012**, ou seja, até mesmo antes do término de sua vigência. A Requerida, por conta disso, estornou o último pagamento realizado e depois o valor de R\$ 21,00 em 26/01/2012, conforme comprova os documentos acostados.” (fl. 190; grifo nosso). E é o que se observa do documento de fl. 264.

Vale ressaltar que os Autores, em réplica, apenas discorrem que o “*Segurado nunca foi notificado do cancelamento da apólice para que pudesse lhe ser oportunizado solicitar a renovação do contrato, [...]*” (fl. 277). Não há uma linha sequer de impugnação com relação ao argumento esposado pela Seguradora Itaú de que o encerramento do contrato se deu por requerimento expresso do segurado, com estorno de valores, que segundo demonstra o documento de fl. 264 ocorreu em 26-01-2012.

Bastaria à parte autora fazer prova da continuidade de pagamento do prêmio, o que não fez, sendo imperativo portanto reconhecer que, do que os autos permitem inferir, o cancelamento foi promovido antes do término da vigência da apólice- o que torna, per si, despicienda maiores digressões acerca da renovação.

Nesse sentido, como o segurado veio a falecer em **23-11-2013** (fl. 30), ambas as mencionadas apólices securitárias não mais se encontravam em vigor.

E da mesma forma que fundamentou o magistrado de 1º grau, “*cabe registrar que as apólices não foram canceladas por ausência de pagamento, hipótese em que parte da jurisprudência só se tem admitido o afastamento do dever de indenizar caso tenha sido concedido ao segurado prazo para purgação da mora (conforme defende a parte autora em sua réplica). As apólices foram contratadas por prazo determinado e sem cláusula de renovação automática, de modo que as rés não eram obrigadas a notificar o segurado noticiando o fim do pacto – até porque inexistente cláusula ou permissivo legal que lhe imponha tal ônus –, sobretudo porque se trata de ocorrência lógica e intuitiva.*” (fl. 280).

Portanto, mantém-se a higidez da decisão vergastada no ponto.

Do contrato pactuado com a requerida Bradesco Vida e Previdência S/A

Com relação ao pleito pelo pagamento do seguro firmado entre o falecido e a Bradesco Vida e Previdência S/A, entendeu o magistrado que, deixando a peça exordial de especificar as peculiaridades desta apólice, o pedido extrapola a causa de pedir inicial:

(b) da apólice celebrado com o réu Bradesco Vida e Previdência S/A

Do que se verifica da documentação coligida aos autos, a apólice que foi contratada pelo de cujus com a ré Bradesco Vida e Previdência versa seguro prestamista (e não seguro de vida). Veja-se que nas condições gerais é descrito que “o objetivo do Seguro é garantir o pagamento ao Estipulante (UNILANCE ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS TLDA) do valor necessário para amortizar compromisso ou dívida contraída pelo segurado”.

A inicial, no entanto, é totalmente silente, pois em nenhum momento da conta da existência de um seguro prestamista. Ao contrário, é expressamente clara ao postular a cobrança de seguro de vida. Em réplica, dando-se conta que não se tratava dessa modalidade de seguro, a parte autora sustentou que existe previsão contratual que existindo saldo remanescente após a quitação do débito, o valor será devido aos beneficiários do falecido.

Certo que com isso a parte autora pretende a modificação da causa de pedir da inicial, sobretudo porque em nenhum momento noticia o seguro prestamista, a não quitação do saldo remanescente do consórcio objeto do seguro ou até mesmo eventual saldo remanescente a ser revertido em favor dos herdeiros. E a alteração do pedido demandaria a anuência da parte requerida, que manifestou pela improcedência do pleito inaugural.

Em síntese, a parte autora pretendeu na inicial a condenação em indenização de seguro de vida. A seguradora, citada, comprovou que se tratava de seguro prestamista que, em princípio, possui como beneficiário um credor do de cujus. Nesse contexto, porque a causa de pedir é desvinculada ao prestamista, improcede o pedido de cobrança veiculado na inicial.

Se não bastasse, a cláusula décima da apólice prevê que: “Será único beneficiário do Seguro, o Estipulante, para pagamento da indenização à época da ocorrência do sinistro” (p. 104). Apenas o credor do de cujus figura como beneficiário da indenização.

Ao lado disso, o capital segurado contratado corresponde o exato saldo devedor do débito contraído (p.102). Ou seja, a indenização quitaria o débito remanescente apenas, do que se resulta inviável, na prática, a existência de saldo remanescente em favor dos autores.

No tocante, afirmam os Apelantes porém que não houve alteração da causa de pedir, pois segundo extrai-se do item “d” da peça exordial, em verdade houve pedido expresso para pagamento de seguro de vida contratado- até porque haviam outras espécies de contrato que também estavam sendo discutidos no processo.

Com razão os recorrentes.

Observa-se que os Autores (esposa e filhos do segurado falecido) ajuizaram a presente demanda contra de **Itaú Seguros S/A, Bradesco Vida e Previdência e Caixa Seguros S/A**, requerendo que as seguradoras demandadas fossem compelidas a exibir “*todas as apólices de seguro de vida em nome do falecido e demais documentos referente ao contrato, e também, a anulação de eventuais cláusulas*”

abusivas e interpretação de todas cláusulas contratuais em favor da parte autora;”, bem como que fosse “**d) [...] sentenciado o presente processo JULGANDO TOTALMENTE PROCEDENTE, condenando a Requerida ao pagamento do seguro previsto nas apólices do com os juros e correções que lhe são inerentes: [...]**” (fl. 13 sic.; grifo no original; sublinhei).

Ao contestar a demanda, a Bradesco Vida e Previdência S/A afirmou que “*na questão versada no presente feito está-se diante de um contrato de seguro de vida **Prestamista**, cujo beneficiário não são os autores, mas sim a estipulante, que é a UNILACE ADMINSTRADORA DE CONSÓRCIO.*” (fl. 67; grifo no original).

Em réplica, os Autores defenderam que, “*pelo fato do seguro debatido ser de caráter prestamistas, ou seja, serviria para amortizar débito existente junto a entidade bancária*”, e “*existindo saldo remanescente após a quitação dos débitos, o valor será devido aos beneficiários do falecido, que são Autores da presente ação*” (fls. 267-268).

Com a devida venia, entende-se que não houve modificação da causa de pedir, o que restou efetivado foi a especificação do pedido frente às peculiaridades da natureza da avença.

Sabe-se que, além do pedido formulado na exordial, a causa de pedir é elemento indispensável à prestação jurisdicional, vez que irá levar ao conhecimento do julgador os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, delimitando a atividade jurisdicional a ser prestada, pois este deve observar os limites aos quais a ação foi proposta.

Ao tratar sobre a causa de pedir e pedido, ensina Humberto Theodoro Júnior:

A causa petendi, por sua vez, não é a norma legal invocada pela parte, mas o fato jurídico que ampara a pretensão deduzida em juízo. Todo direito nasce do fato, ou seja, do fato a que a ordem jurídica atribui um determinado efeito. A causa de pedir, que identifica uma causa, situa-se no elemento fático e em sua qualificação jurídica. Ao fato em si mesmo dá-se a denominação de “causa remota” do pedido; e à sua repercussão jurídica, a de “causa próxima” do pedido.

(Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 186).

Sabendo-se que é o pedido que delimita a parte decisória da sentença, não se olvida que ele decorra também da exposição fática e da argumentação jurídica inserida, pois tanto o pedido quanto o suporte fático é que se mostram como delineadores da abrangência do provimento jurisdicional.

Assim, de acordo com o art. 492 do CPC, o magistrado está adstrito ao pedido deduzido pelas partes, ainda que na análise dos fatos apontados (causa de pedir remota) seja possível verificar que a hipótese de incidência normativa e, conseqüentemente, os fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima), sejam distintos da invocada na inicial.

Trata-se da aplicação do conhecido brocardo: “*mihi factum, dabo tibi ius*”. E tendo a requerida

postulado a condenação da demandada ao pagamento de indenização securitária, ainda que não referindo hipótese de seguro prestamista, entende-se cabível a análise do direito frente ao mencionado tipo de contratação.

Isso porque, o importante é a solução da lide por meio da exposição do fato e da consequência jurídica que os Autores pretendiam atingir. Ao juiz incumbe solucionar a pendência, segundo o direito aplicável à espécie.

A respeito colhe-se da jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. INVALIDEZ PERMANENTE. COBERTURA. PROVA DA INCAPACIDADE. CONCESSÃO DE APOSENTARIA POR INVALIDEZ PELO INSS. CARACTERIZAÇÃO DO SINISTRO COBERTO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. É despicienda a produção de prova pericial para comprovar o quadro de invalidez permanente do segurado, tendo em vista que ao mesmo foi concedido o benefício de aposentadoria por invalidez junto ao INSS, sendo notório o rigorismo adotado pela Autarquia Previdenciária no exame dos beneficiários. Agravo retido desprovido. PRELIMINARES. NULIDADE DA SENTENÇA POR “EXTRA PETITA”. ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM”. REJEIÇÃO Descabe falar em nulidade da sentença, por extra petita, por ter a autora requerido a indenização por invalidez permanente acidentária, quando, em verdade, os fatos narrados indicam o direito à indenização securitária por invalidez permanente decorrente de doença. **O Juiz está adstrito aos pedidos deduzidos pelas partes, em relação à causa de pedir invocada, sendo viável o atendimento ao pedido se dos fatos, causa de pedir remota, mostra-se razoável e lógico depreender a hipótese normativa e os fundamentos jurídicos (causa de pedir próxima) deduzidos pelo requerente, ainda que este tenha se equivocado no nomen juris da causa justificadora do benefício postulado. Aplicação do brocardo “da mihi factum, dabo tibi jus”.** Uma vez demonstrado que o sinistro coberto na apólice ocorreu quando figurava a demandada como seguradora, antes de ter sido transferido o Grupo, a pedido da estipulante, mediante endosso da apólice para outra seguradora, descabe a alegação de ilegitimidade passiva “ad causam”. A data da concessão do benefício previdenciário respectivo pelo INSS só tem o condão de confirmar a situação de invalidez permanente, adquirida muito tempo antes ao reconhecimento do direito à aposentadoria pela Autarquia Federal. [...]. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. PRIMEIRA APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SEGUNDA APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.(TJRS, Apelação Cível n. 70024547408, Sexta Câmara Cível, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em: 30-10-2008; grifou-se).

Ademais:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO.

PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE AUTORIZAÇÃO DE CIRURGIA 1. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. 2. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA PETIÇÃO INICIAL. DECISÃO EXTRA PETITA/ULTRA PETITA NÃO CONFIGURADA. 3. DANO MORAL CONFIGURADO. TESE RECURSAL QUE EXIGE O REVOLVIMENTO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 4. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR RAZOÁVEL. 5. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não ficou configurada a violação do art. 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia.

O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional. 2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que “inexiste o alegado julgamento ultra petita, pois o julgador não violou os limites objetivos da pretensão, tampouco concedeu providência jurisdicional diversa do pedido formulado na inicial, porquanto o pedido deve ser extraído a partir de interpretação lógico-sistemática de toda a petição inicial, sendo desnecessária a sua formulação expressa na parte final desse documento, podendo o Juiz realizar análise ampla e detida da relação jurídica posta em exame” (AgRg no AREsp n. 420.451/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 5/12/2013, DJe 19/12/2013). 3. De fato, o entendimento da Corte de origem está em harmonia com a orientação desta Corte Superior de Justiça no sentido de que “a recusa indevida de cobertura médico-assistencial pela operadora de plano de saúde às situações de emergência gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento psíquico do usuário, já combatido pelas condições precárias de saúde, não constituindo mero dissabor, ínsito as hipóteses correntes de inadimplemento contratual” (AgInt no REsp n.

1.665.052/PR, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ de 5/9/2017).

3.1. A alteração do entendimento vertido no aresto impugnado (acerca da indevida negativa de autorização do procedimento, por se tratar de caso de urgência, fato corroborado pelo laudo pericial, assim como a falha na prestação do serviço em decorrência da demora no atendimento, o que concorreu para o óbito do segurado) demandaria o reexame dos fatos e das provas destes autos, o que não se admite nesta instância extraordinária, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 4. O quantum indenizatório arbitrado na instância ordinária, a título de danos morais, só pode ser examinado nesta Corte nos casos em que for irrisório ou exorbitante, o que não ocorre no caso dos autos, haja vista que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade foram observados. Incidência da Súmula 7/STJ.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1485934/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/09/2019, DJe 04/10/2019)

Nesse sentido, a interpretação lógico sistemática da petição inicial permite delinear-se o pedido e fundamentos do autor, pelo que afastado qualquer violação aos limites da pretensão inicial.

Sob tais circunstâncias, estando o feito pronto para julgamento, passa-se a avaliar a situação de cabimento ou não do pagamento de indenização securitária aos Autores, em razão do falecimento do segurado, frente ao contrato de seguro prestamista firmado com a ré Bradesco.

Destaca-se inicialmente que ambas as partes não divergem acerca da existência do contrato de seguro prestamista de apólice n. 900.251 (fls. 100-111), configurando-se como o cerne da controvérsia se o falecido segurado tinha conhecimento ou não, quando da celebração do contrato securitário, da moléstia que contribuiu para a sua causa mortis.

A negativa administrativa calcou-se no argumento de que as doenças ou lesões preexistentes são hipóteses de riscos excluídos (fl. 35).

A contratação de consumo está consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor como uma relação jurídica de consumo, eis que a atividade securitária consistente em prestação de serviço, vejamos:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º **Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza** bancária, financeira, de crédito e **securitária**, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (grifo nosso).

Assim, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil regulamentam as relações jurídicas securitárias, *“no intuito de tutelar o segurado, parte vulnerável, bem como servir de instrumento de (re)equilíbrio das relações de consumo no âmbito contratual, de modo a modificar determinadas posturas impostas pelos seguradores em face aos segurados, via de regra abusivas.”* (SILVA, Michael César. Repercussões jurídicas da doença preexistente no contrato de seguro de vida: uma releitura à luz do solidarismo contratual no direito privado brasileiro. Caxias do Sul/RS: Juris Plenum, v. 10, n. 59, set./2014, p. 90).

No entanto, complementa o doutrinador que além disso,

[...] o risco, acontecimento possível, mas futuro e incerto, e a boa-fé objetiva são elementos primordiais no contrato de seguro de vida (...). Isto porque, as informações sobre o segurado são obtidas através da proposta e do formulário denominado declaração de saúde, que deve ser preenchida e assinada pelo mesmo, os quais servirão de parâmetro para a mensuração do risco e cálculo do valor do prêmio.

Deste modo, a observância precípua da boa-fé objetiva pelo segurado, notadamente, em relação ao dever de informar, é indispensável na conclusão do contrato de seguro de vida, sob pena de perda do seguro (art. 766, CC). Por este motivo, as seguradoras discutem a impossibilidade de pagamento das indenizações, quando as informações prestadas pelo segurado deixam de eleger toda a extensão do risco a que estarão no futuro, porventura, sujeitos.

Neste contexto destaca-se um dos maiores problemas que envolvem o contrato de seguro de vida, a chamada doença preexistente, pois fica ao alvedrio da seguradora, se julgar necessário, realizar exames médicos para verificar as condições de saúde em que se encontra o segurado no ato da contratação, e, por conseguinte, poder mensurar adequadamente o risco.

Logo, o segurado deve fazer declarações verdadeiras e completas, de modo a não omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na mensuração do risco e, em consequência, na fixação da taxa do prêmio, sob pena de perder o direito ao valor do seguro e pagar o prêmio vencido. No contrato de seguro de vida, a observância ao princípio da boa-fé objetiva entre os contratantes é essencial ao adimplemento contratual.

O segurado, ao contratar o seguro de vida, é obrigado a informar à seguradora sua condição de saúde, bem como a existência ou não de doenças preexistentes e demais circunstâncias, as quais, interferem na avaliação do risco e mensuração do prêmio. Destarte, conforme artigos 765 e 766 do Código Civil se houver ofensa da boa-fé objetiva por parte do segurado, este estará sujeito às penalidades legais. Nesse sentido, o segurado poderá ter negado o atendimento ao sinistro, e, podendo, ainda, perder o direito à indenização. (SILVA, Michael César. Idem, p. 91).

Com efeito o Código Civil menciona que:

Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.

Jones Figueirêdo Alves leciona que “a omissão de circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta, por falta do dever de veracidade, infringe a fase das tratativas, por culpa *in contraendo*, integrada magistralmente por Jhering na seara da responsabilidade contratual. Desse modo, exige-se do segurado e do segurador um comportamento adequado a inspirar legítima e razoável confiança para a validade do contrato, agindo com boa-fé, lealdade e veracidade; e uma atuação permanente de probidade no especial interesse de preservar contrato em sua firmeza obrigacional” (Código Civil comentado. coordenadora Regina Beatriz Tavares da Silva. 7 ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 619).

Já Flávio Tarturce doutrina que,

[...] o dispositivo consagra expressamente o dever anexo de informar, o que não afasta a aplicação dos demais deveres anexos, [...]. A quebra dos deveres anexos no contrato de seguro gera a violação positiva do contrato e a responsabilização independentemente de culpa daquele que o descumpriu.

[...]. A título de exemplo, a jurisprudência entende que constitui violação a esse dever o fato de o segurado não informar uma doença preexistente e celebrar contrato de seguro-saúde, para ver coberto. Por lógico, há desrespeito ao dever anexo de informa e à boa-fé objetiva (...).

Relativamente ao tema, foi aprovado, na *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o Enunciado n. 372, pelo qual, “**em caso de negativa de cobertura securitária por doença preexistente, cabe à seguradora comprovar que o segurado tinha conhecimento inequívoco daquela**”. Isso porque, a boa-fé objetiva do segurado consumidor é presumida. [...].

(TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2016. p. 861 e 863; grifou-se).

Assim, a exoneração do dever da Seguradora de pagamento da indenização somente pode vir a acontecer quando houver ofensa à boa-fé objetiva por parte do Segurado, sendo ônus desta a demonstração de tanto.

Consta dos autos que o esposo e pai dos Autores, Valmor Mantelli, em meados de setembro de 2013, celebrou contrato de seguro prestamista com a Bradesco Seguros e Previdência S/A, por meio da estipulante Unilance Administradora de Consórcios Ltda., de apólice n. 900.251 (fl. 148), onde previa cobertura contratada para Morte e Invalidez Permanente Total por Acidente (fl. 109).

Porém, em **23-11-2013**, o esposo e pai dos Autores veio a falecer, tendo como causa da morte: *“insuficiência hepática; carcinoma metastático”*, conforme se depreende da certidão de óbito de fl. 30.

Acionado o seguro pelos beneficiários, em razão da morte do segurado, os mesmos foram informados pela Seguradora que a indenização seria indevida, pois *“o mesmo não possui cobertura técnica para pagamento da indenização pleiteada, uma vez que o segurado era portador de doença preexistente em data anterior ao ingresso no seguro, caracterizando risco excluído, [...]”* (fl. 35).

Inconformada com a negativa da Seguradora, os Beneficiários ajuizaram a presente demanda argumentando, em breve síntese, que *“se a seguradora aceitou a proposta e não submeteu o proponente a algum exame médico prévio, a sua omissão não tem o condão de invalidar negócio perfeito e acabado, visto que a má-fé não se presume e deve vir devidamente comprovada, sendo incabível a sua verificação por indícios ou presunções somente alegadas após o sinistro.”* (fl. 08).

Em análise dos autos, verifica-se que não há prova de que no momento da contratação do seguro de vida, o segurado era acometido por qualquer uma das doenças indicadas na certidão de óbito.

Não há documentos ou exames que demonstram que o segurado tenha sido diagnosticado com a doença que lhe acarretou a morte anteriormente à data de contratação do seguro com a Apelada Bradesco.

De mais a mais, não existe prova no sentido de que, ainda que ciente, o autor negou a preexistência da doença.

Desta feita, as alegações da Seguradora acerca da ocorrência de doença preexistente não merece guarida, vez que não colacionou aos autos elementos probatórios capazes de demonstrar, de forma inequívoca, a existência da doença do falecido no momento da contratação do seguro e sua dolosa intenção de escondê-la, não havendo diagnóstico preciso acerca do quadro de saúde do *de cujus* anterior à contratação do seguro prestamista.

Aliás, não se desconhece que as controvérsias envolvendo a doença preexistente poderiam ser facilmente solucionadas caso as seguradoras tivessem como praxe a realização de exame médico prévio.

Porém, *“[...] o exame médico prévio não eliminará a discussão sobre as declarações prestadas pelo proponente de seguro, sejam as prestadas pelo próprio segurador, sejam as prestadas ao médico por ele indicado. Assim, a par de todos os inconvenientes que a exigência do prévio exame trará, continuaremos a conviver com discussões sobre declaração pré-contratuais, a menos que se venha a*

revogar o vigente art. 766, CC/2002” (PIMENTEL, Ayrton; CAMPOY, Adilson José. O seguro de pessoas e o prévio exame médico. Revista dos Tribunais. v. 98, n. 882, abr./2009, p. 83).

Prelecionam ainda os doutrinadores:

Lembrar que vivemos num regime capitalista é necessário, não só para estampar que o objetivo do empresário, inclusive aquele que compõe o mercado segurador, é o de obter lucro, mas também para realçar o regime de concorrência existente, em que a pretensão de aumento de lucros esbarra nos limites impostos pelo próprio mercado. Por isto, será um erro imaginar que a revisão de decisões injustificadamente desfavoráveis aos seguradores não repercutirá para o consumidor, imaginando que sirvam apenas para o incremento de lucro daqueles, não sendo demais, novamente, apontar que os seguradores são gestores de dinheiro que pertence à mutualidade.

Ainda contra a exigência do prévio exame médico a que alude este trabalho, poder-se-ia acrescentar que não há na lei nenhuma imposição para sua realização, nem mesmo nas normas do órgão regulador, a Superintendência de Seguros Privados – Susep.

Ao contrário, do exame conjunto que se faça dos arts. 759 e 766, CC/2002, se colhe a opção do legislador pelo sistema das declarações pré-contratuais.

[...]

Enfim, o sistema de declarações pré-contratuais, sobre ser aquele escolhido pelo nosso legislador, é de fato o mais apropriado. A realização de prévio exame médico não se mostra adequada a um produto massificado; não se mostra consentânea com a agilidade que o mundo moderno requer para a contratação desse produto.

[...]

Melhor se nos afigura que o sistema de declarações pré-contratuais seja corretamente analisado por nossos tribunais, e, conseqüentemente, aperfeiçoado.

Comece-se por afirmar que nem toda a omissão ou reticência será suficiente para levar o segurado à perda do direito. A omissão ou reticência deve ser relevante para apreciação do risco pelo segurador.

Demais disso, deve o consumidor ser convenientemente alertado da importância de suas declarações e das conseqüências que podem advir delas. As perguntas dirigidas ao consumidor, e constantes de material fornecido pelo segurador, devem ser claras, acessíveis ao entendimento do homem médio, pertinentes com o tipo de risco que se objetiva garantir.

[...]

Veja-se que o proponente deve declarar inclusive sobre fatos que conheça e não lhes foram expressamente indagados, coroados a boa-fé como instrumento indispensável para a formação do contrato. (PIMENTEL, Ayrton; CAMPOY, Adilson José. Idem. p. 82-84).

Sendo assim, em que pese os argumentos da Seguradora, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de “*não ser possível à seguradora eximir-se do dever de pagamento da cobertura securitária sob a alegação de omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames médicos prévios à contratação do seguro.*” (AgInt no AREsp 1165895/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 23/02/2018).

Não dissente colhe-se outro julgado do STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NA DECISÃO AGRAVADA. INADEQUAÇÃO RECURSAL. SEGURO DE VIDA. PREEXISTÊNCIA DE MOLÉSTIA NÃO DECLARADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO SOLICITAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS PELA SEGURADORA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO PONTO, DESPROVIDO.

1. No tocante à alegação de omissão na decisão agravada, não merece ser conhecido o presente recurso, considerando-se o princípio da adequação recursal. Com efeito, para casos assim, prevê o atual Diploma Processual Civil a oposição de embargos de declaração, na forma do seu art. 1.022, I e II.

2. Consoante o entendimento pacificado nesta Corte Superior, a seguradora não se desobriga do dever de indenizar, mesmo que o sinistro seja proveniente de doença preexistente ao tempo da celebração do contrato, quando não promove o exame médico prévio. Precedentes.

3. Se a seguradora, em contrato típico de adesão, aceita a proposta e celebra com o proponente contrato de seguro sem lhe exigir atestado de saúde ou submetê-lo a exames, a fim de verificar sua real condição física, deve suportar o risco do negócio, notadamente quando não fica comprovado que o segurado tenha agido de má-fé.

4. Agravo interno parcialmente conhecido e, no ponto, desprovido.

(AgInt no AREsp 767.967/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017; grifou-se).

Nesse sentido são os precedentes desta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA. FALECIMENTO DO PAI E COMPANHEIRO DOS AUTORES (BENEFICIÁRIOS DO SEGURO). SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DOS REQUERENTES. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE A DEMANDA POR CONSIDERAR PREEXISTENTE A DOENÇA QUE VITIMOU O SEGURADO. ALEGAÇÃO DE PERTENCER À SEGURADORA A RESPONSABILIDADE PELA VERIFICAÇÃO DO ESTADO DE SAÚDE DO CONTRATANTE ANTES DA FORMALIZAÇÃO DO CONTRATO DE SEGURO. SUBSISTÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO EXAME MÉDICO. ASSUNÇÃO DO RISCO POR PARTE DA SEGURADORA REQUERIDA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO HÁBIL A DEMONSTRAR A MÁ-FÉ DO SEGURADO. ÔNUS QUE INCUMBIA À DEMANDADA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE TRIBUNAL. OBRIGAÇÃO DE EFETUAR O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA CARACTERIZADA.

CORREÇÃO MONETÁRIA A CONTAR DA CONTRATAÇÃO DO SEGURO. JUROS DE MORA FIXADOS MENSALMENTE DESDE A DATA DA CITAÇÃO.

PEDIDO DE RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM FUNERAL E DIÁRIAS DE INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. INSUBSISTÊNCIA. GARANTIAS ADICIONAIS NÃO CONTRATADAS.

ÔNUS SUCUMBENCIAL. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA PARTE AUTORA. INTELIGÊNCIA DO ART.

86, PARÁGRAFO ÚNICO, DO NCP. CONDENAÇÃO DA REQUERIDA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0304761-16.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 13-06-2017; grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PRESTAMISTA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA EMBARGANTE. PRELIMINARES. ARGUIDA INÉPCIA DA INICIAL. PEDIDO INDETERMINADO. DOCUMENTOS QUE GUARNECEM A EXORDIAL SUFICIENTES PARA EXTRAIR O PROVEITO ECONÔMICO ALMEJADO PELO EXEQUENTE. EXERCÍCIO DE AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO GARANTIDOS. ILEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO DA SEGURADA LEGITIMADO A REQUERER O PAGAMENTO DO SEGURO. PROVA SUFICIENTE DA UNIÃO ESTÁVEL NOS AUTOS. CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIO PREVISTA EM CONTRATO. PREFACIAIS AFASTADAS. MÉRITO. ALEGADA DOENÇA PREEEXISTENTE E MÁ-FÉ DA SEGURADA, POR OMISSÃO DE INFORMAÇÕES QUANTO AO SEU ESTADO DE SAÚDE. VENDA CASADA. CONTRATO DE SEGURO ATRELADO À ADESÃO A GRUPO DE CONSÓRCIO. **AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A ADERENTE TERIA FIRMADO DECLARAÇÃO DE SAÚDE, SEQUER QUE TIVESSE CIÊNCIA DA RESTRIÇÃO CONTRATUAL AO SEU DIREITO. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA À SEGURADORA. ART. 333, I, DO CPC/1973. MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA.** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0003894-22.2006.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 08-08-2017; grifou-se).

Portanto, o recurso dos Autores merece acolhida, eis que, afastado o argumento aposto na negativa administrativa e ventilado pela ré, fazem jus à percepção da indenização.

Ressalte-se, porém, que, nessa modalidade de seguro, os autores figuram tão somente como beneficiárias do saldo remanescente.

De acordo com o art. 757, *caput*, do Código Civil, pelo contrato de seguro, o segurador se obriga a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. E os riscos assumidos pelo segurador são exclusivamente os assinalados na apólice, dentro dos limites por ela fixados, não se admitindo a interpretação extensiva, nem analógica.

Porém, em se tratando de seguro prestamista, a beneficiária direta do seguro é a própria estipulante (Unilace Administradora de Consórcio Ltda.; cláusula 10.1 de fl. 104), eis que o capital segurado se destina à quitação do saldo devedor do contrato de consórcio de imóvel ao qual está atrelado, havendo o repasse de valores em favor dos Autores somente no caso de existir saldo após o pagamento àquela.

Aliás, neste sentido dispõem a cláusula 65^a do contrato de financiamento (fl. 143) e a cláusula 10.1 das condições gerais do seguro (fl. 104). E aqui, diga-se que o contrato de financiamento está devidamente assinado pelo segurado, inclusive na primeira página, com a informação acerca da exigência da “taxa de seguro” (fls. 133-131).

Nestas circunstâncias, o pagamento da indenização deverá ocorrer diretamente à Unilace Administradora de Consórcio Ltda., para a quitação do saldo devedor do contrato de consórcio, observado o capital segurado, e, havendo saldo remanescente, este deve ser pago aos Autores, segundos beneficiários.

Sobre o tema, colhem-se precedentes desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO PRESTAMISTA E SEGURO DE VIDA. CONTRATAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO. FALECIMENTO DA SEGURADA. INDENIZAÇÕES SECURITÁRIAS PLEITEADAS PELOS HERDEIROS/BENEFICIÁRIOS. PROCEDÊNCIA À ORIGEM. RECURSO DA SEGURADORA RÉ. INSURGÊNCIA VOLTADA AO SEGURO PRESTAMISTA. CAPITAL SEGURADO DESTINADO À LIQUIDAÇÃO DO SALDO DEVEDOR PERANTE A CASA BANCÁRIA ESTIPULANTE. INDENIZAÇÃO QUE DEVE SER PAGA DIRETAMENTE A ELA. DIREITO DOS BENEFICIÁRIOS APENAS AO VALOR REMANESCENTE, SE HOVER. SENTENÇA REFORMADA.

“O seguro prestamista tem por escopo garantir o pagamento de uma indenização destinada a amortizar ou liquidar a dívida que foi contraída pelo segurado caso sofra ele algum dos eventos previstos na apólice durante a contratação. Assim, a seguradora pagará a indenização à estipulante a qual deverá ser utilizada para a quitação integral do saldo devedor do segurado, de modo que, eventual diferença entre a indenização estipulada na apólice e o débito segurado reverterá em favor do beneficiário ou de seus herdeiros’ (AC n. 2015.043989-8, Des. Fernando Carioni)” (AC n. 0024860-54.2013.8.24.0038, de Joinville, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 30-4-2019)

APURAÇÃO DO SALDO DEVEDOR EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. PRECEDENTE DESTE COLEGIADO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO RECÍPROCA. ART. 86, CAPUT, DO CPC. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0309998-79.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 06-08-2019; grifou-se).

Anote-se, aliás, que a legitimidade dos autores exsurge justamente da condição de beneficiários-ainda que secundários e residuais em relação à estipulante. Ou seja, o fato de a estipulante “ser o primeiro beneficiário não afasta a legitimidade do autor, pois, havendo saldo entre eventual débito do autor com o banco e a indenização devida, este deverá ser repassado ao demandante. Assim, vai afastada a preliminar de ilegitimidade ativa” (Apelação Cível, Nº 70076343169, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em: 29-03-2018).

Logo, diante de tal cenário, uma vez reconhecida a modalidade prestamista da apólice securitária n. 900.251, deverá a seguradora ré efetuar a quitação de eventual saldo devedor diretamente à instituição estipulante (Unilance Administradora de Consórcios Ltda.) – observando-se o limite do capital segurado –, valor este que deverá ser apurado em fase de liquidação de sentença ante a inexistência de elementos, por ora, capazes de mensurá-lo.

Subsistindo saldo remanescente após o pagamento da indenização à estipulante, este deverá ser pago aos Autores, acrescido de correção monetária desde a data da contratação (01-09-2013, fl. 148) e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação.

Por fim, quanto aos ônus sucumbenciais, deve o autor arcar com 70% dos mesmos, eis que decaiu em boa parte dos seus pedidos. Os outros 30% devem ser arcados por Bradesco Vida e Previdência, mormente única sucumbente em relação ao autor.

Com relação aos honorários advocatícios, fixo-os em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, cabendo aos Autores o pagamento de 70% desse valor em favor dos patronos de Itaú Seguros S/A e Caixa Seguradora S/A (cabendo a metade a cada uma delas. A Seguradora Bradesco Vida e Previdência S/A, frente a sua sucumbência, pagará 30% da referida quantia ao patrono dos Requerentes.

Inadmitida a compensação, conforme menciona o § 14 do art. 85 do CPC. A

Além disso, observe-se que à parte autora restou deferida a gratuidade da justiça à fl. 55, pelo que suspensão a exigência em relação à mesma.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para determinar que a Bradesco Seguradora efetue a quitação de eventual saldo devedor diretamente à estipulante (Unilance Administradora de Consórcios Ltda.), em valor a ser apurado na fase de liquidação de sentença, sendo que o capital remanescente, se houver, deverá ser pago aos Autores com incidência de correção monetária desde a data da contratação e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação. Ônus sucumbenciais redistribuídos, nos termos da fundamentação.

Este é o voto.

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0020513-62.2009.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Osmar Nunes Júnior

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. USO INDEVIDO DE IMAGEM EM REPORTAGENS JORNALÍSTICAS EXIBIDAS EM PROGRAMAS TELEVISIVOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INCONFORMISMO DOS AUTORES E DA SEGUNDA RÉ.

RECURSO DA SEGUNDA RÉ.

PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES. AVENTADA ILEGITIMIDADE RECURSAL DA REQUERIDA. NÃO CABIMENTO. REGULARIZAÇÃO PROCESSUAL DEVIDAMENTE PROCEDIDA. PROEMIAL AFASTADA.

MÉRITO.

RESPONSABILIDADE CIVIL. TESE DE INOCORRÊNCIA DE QUALQUER OFENSA. INSUBSISTÊNCIA. MATÉRIAS QUE DIVULGARAM TIROTEIO E PRISÃO POR TENTATIVA DE HOMICÍDIO VINCULANDO, DE MANEIRA ERRÔNEA, OS AUTORES DA DEMANDA AOS FATOS. CONDUTA PRECIPITADA E SEM QUALQUER CAUTELA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO. TEOR DA VEICULAÇÃO EMINENTEMENTE DESABONADOR QUE VIOLOU A DIGNIDADE E A IMAGEM DA PARTE REQUERENTE. DIREITO DE INFORMAR QUE FOI EXERCIDO COM ABUSOS. LIMITES CONSTITUCIONAIS EXTRAPOLADOS. EVIDENTE EXCESSO NO USO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ATO ILÍCITO DEMONSTRADO. DANO MORAL CONFIGURADO. PRESENÇA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR INAFASTÁVEL.

PREQUESTIONAMENTO. PRESCINDIBILIDADE DO JULGADOR DISCORRER EXPRESSAMENTE ACERCA DE TODOS OS DISPOSITIVOS ELENCADOS PELAS PARTES. MATÉRIA SUSCITADA FUNDAMENTADAMENTE ENFRENTADA.

INCONFORMISMO COMUM.

VERBA COMPENSATÓRIA. ENQUANTO OS AUTORES PLEITEIAM A MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS, A SEGUNDA RÉ PUGNA PELA MINORAÇÃO DO MONTANTE. INACOLHIMENTO DE AMBAS AS INSURGÊNCIAS. VALOR ARBITRADO (R\$ 5.000,00 PARA CADA AUTOR) QUE SE AFIGURA SUFICIENTE E JUSTO. FIXAÇÃO EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AOS CRITÉRIOS COMPENSATÓRIO E SANCIONATÓRIO.

SENTENÇA MANTIDA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0020513-62.2009.8.24.0023, da comarca da Capital 1ª Vara Cível em que são Apte/Apdos Adriano Ax e outro e Apdo/Aptes TV Barriga Verde Ltda e outros.

A Sétima Câmara e Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, mas negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Roberto da Silva, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2020.

Desembargador Osmar Nunes Júnior
Relator

RELATÓRIO

Adriano Ax e Speed Car Comércio e Serviços Autônomos ajuizaram ação de indenização por danos morais em face de Central Barriga Verde de Comunicação, Firenze Comunicação e Produção Ltda., César Souza, Mauro Basílio e Dino Montez. Narraram, em síntese, que a primeira ré é a empresa líder do Grupo Econômico do qual faz parte a segunda ré, sendo que ambas são responsáveis pela produção e exibição dos programas Boa Tarde e Jornal TVBV, os quais veicularam matéria associando os autores a uma troca de tiros com a polícia que teria acarretado na prisão do proprietário do estabelecimento por tentativa de homicídio.

Disseram, contudo, que o primeiro autor não praticou quaisquer dos atos noticiados, não foi preso e tampouco os fatos ocorreram nas dependências do estabelecimento segundo autor, motivo pelo qual a notícia veiculada foi ofensiva. Pugnaram, portanto, pela condenação dos réus ao pagamento de uma indenização pelos danos morais sofridos e, ainda, para que seja lido o inteiro teor da sentença nos mesmos programas e horários em que foram proferidas as ofensas.

Firenze Comunicação e Produção Ltda., César Souza, Mauro Basílio e Dino Montez apresentaram contestação (fls. 43-63), arguindo preliminarmente a ilegitimidade ativa do primeiro autor e, também, a ilegitimidade passiva dos três últimos réus. No mérito, sustentaram como defesa que o intuito da reportagem era unicamente informar sobre o fato de notório interesse público, que o nome do primeiro demandante não foi mencionado em nenhum momento e, ainda, que de imediato houve o esclarecimento aos telespectadores acerca do equívoco cometido.

A ré Central Barriga Verde de Comunicação deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestação.

Após a réplica (fls. 87-99), a tentativa de conciliação restou inexistosa (fl. 110). A decisão de fls. 115-116 afastou as preliminares aventadas e deferiu a produção de prova testemunhal.

Foi realizado o ato instrutório (fls. 145-151), as partes apresentaram alegações finais (fls. 145-151) e, posteriormente, sobreveio sentença da lavra da magistrada Erica Lourenço de Lima Ferreira (fls. 177-181), que julgou parcialmente procedente a pretensão autoral nos termos assim sintetizados na parte dispositiva da decisão:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por **Adriano AX e Speed Car Comércio e Serviços Automotivos** na *ação de indenização por danos morais e à imagem* contra **Central Barriga Verde de Comunicação, Firenze Comunicação e Produção Ltda. (TVBV), César Souza, Mauro Basílio e Dino Montez**, para o fim de condenar os réus solidariamente ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada autor, com correção monetária pelo INPC desde a sentença (STJ, Súmula 362) e juros de mora de 1% ao mês, desde a divulgação da matéria, em 27.06.2008 (STJ, Súmula 54).

Por terem os autores decaído de pedido menor, condeno apenas os réus, proporcionalmente, ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% do valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC. (grifos no original)

Irresignados, os demandantes interpuseram apelação (fls. 186-196), pugnando pela majoração do *quantum* indenizatório arbitrado.

A ré TV Barriga Verde S/A (nova denominação de Firenze Comunicação e Produção Ltda.) também apelou, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso com a consequente reforma integral da sentença, a fim de que seja afastada a condenação por danos morais imposta em razão da inexistência da prática de qualquer ato ilícito ou, ao menos, que seja a verba compensatória minorada. Requereu, ainda, o prequestionamento de dispositivos legais.

Nas contrarrazões (fls. 847/903), os autores alegaram preliminarmente a ilegitimidade recursal da TV Barriga Verde S/A (nova denominação de Firenze Comunicação e Produção Ltda.), ao fundamento de que a ré não angariou ao feito nenhum documento que comprovasse a sucessão ou troca de nome.

Os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Oportunizada a regularização processual (fl. 242), a requerida apresentou manifestação e juntou documentos (fls. 246-255).

Vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

1. Exame de admissibilidade

Trato de recursos de apelação interpostos, respectivamente, por Adriano Ax, Speed Car Comércio e Serviços Autônomos e TV Barriga Verde S/A contra a sentença que, nos autos de ação de indenização por danos morais, julgou procedentes os pedidos formulados por aqueles em face desta.

A princípio, em que pese o art. 1.046 do Código de Processo Civil vigente estipular que suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes, destaco que a sentença recorrida foi prolatada e publicada ainda sob a égide do antigo estatuto processual, motivo pelo qual os presentes recursos serão analisados segundo as normas daquela lei adjetiva.

Atendidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço dos apelos e passo à análise conjunta destes.

2. Preliminar

Em sede prefacial das contrarrazões, os autores suscitaram a ilegitimidade recursal da TV Barriga Verde S/A (nova denominação de Firenze Comunicação e Produção Ltda.), pugnando pelo não conhecimento do recurso por esta interposto, ao fundamento de que a ré não angariou ao feito nenhum documento que comprovasse a sucessão ou troca de nome.

Intimada para tanto (fl. 242), a requerida apresentou manifestação e juntou documentos (fls. 246-255) que regularizaram a sua situação processual.

Dessa forma, afasto a preliminar aventada.

3. Mérito

3.1 Da responsabilidade civil

O presente litígio versa, em suma, acerca de pretensão indenizatória em razão de matérias jornalísticas veiculadas em dois programas televisivos da ré TV Barriga Verde S/A que teriam afrontado os direitos da personalidade dos autores.

O art. 5º, X, da Constituição da República, determina que *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*.

Por sua vez, o art. 186, do Código Civil, dispõe que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”* e, em razão disso, consoante prevê o art. 927 do mesmo diploma, *“fica obrigado a repará-lo”*.

O mencionado dispositivo trata da culpa em sentido amplo, a qual abrange tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito. Dessa forma, o regime de responsabilidade civil previsto pela Lei n. 10.406/2002 adotou a teoria subjetiva da culpa, sendo necessária a comprovação de alguns elementos para que reste caracterizada, quais sejam, a conduta dolosa ou culposa do agente, o dano causado e o nexo de causalidade entre eles.

Anoto que, ao mesmo tempo em que o texto constitucional assegurou o direito à manifestação

do pensamento, garantiu também, em equivalente hierarquia, os direitos da personalidade das pessoas, havendo a necessidade de ponderação dos interesses em conflito quando da análise de cada caso concreto.

Feitas tais premissas, adianto que, na situação sob enfoque, é evidente o excesso perpetrado pela ré no conteúdo veiculado em seus programas televisivos.

Explico.

Em análise do contexto fático-probatório da hipótese, vislumbro ser fato incontroverso a divulgação de duas matérias jornalísticas acerca de um tiroteio e prisão por tentativa de homicídio, as quais vincularam, de forma equivocada, os autores da demanda aos fatos.

É nítido, pois, o caráter depreciativo do conteúdo da reportagem, que sugeria a prática de crime, pelo primeiro apelado, no seu local de trabalho, circunstância que não correspondia ao efetivo acontecimento. O teor da veiculação é eminentemente desabonador, porquanto levantou suspeitas quanto à integridade do recorrido e abriu espaço para uma série de julgamentos, violando-lhe a dignidade e, ainda, a imagem de seu estabelecimento (segundo apelado) perante à sociedade.

Dessa forma, os meios de comunicação de ampla repercussão agiram sem cautela e de forma precipitada ao divulgar a narrativa dos fatos de maneira errônea, expondo as imagens do estabelecimento apelado do qual é proprietário o primeiro recorrido e vinculando-os ao episódio delituoso. Por conseguinte, é evidente que, na hipótese, o direito de informar foi exercido com abusos, ultrapassando os limites constitucionais e extrapolando a liberdade de imprensa.

A tese de defesa consiste no fato de que a informação acerca do episódio adveio da polícia, tendo os veículos de comunicação apenas reproduzido o conteúdo e, ainda, sustentam que, tão logo tomaram ciência acerca do equívoco, corrigiram o relato.

Ocorre que a responsabilidade pelo que os meios de divulgação veiculam em suas matérias é exclusivamente deles próprios, na medida em que incumbe a eles, por meio de um juízo de conveniência e oportunidade, escolher o que e como noticiar.

Ainda, verifico que, de fato, no programa Boa Tarde (fl. 79), foi realizada retratação no tocante à narrativa exposta anteriormente. Embora não ignore a considerável atitude, é certo que tal circunstância não exclui a responsabilidade da empresa apelante pelo equívoco cometido em razão da falta de cautela dos encarregados pela publicação dos fatos, mormente porque a desdiga não foi o suficiente para fazer desaparecer a mácula na imagem dos apelados perante terceiros.

No mais, os argumentos referentes à ausência de expressa menção ao primeiro apelado na veiculação da notícia não impressionam. Isso porque, embora a publicação não contenha uma identificação específica do recorrido e, ainda, mencione o nome e apresente a foto de pessoa diversa como sendo o autor dos disparos, é certo que o episódio causou dúvidas e confusão aos clientes, amigos, familiares e demais indivíduos que detinham conhecimento acerca da propriedade do estabelecimento divulgado.

É dizer, a relação entre a pessoa jurídica que aparece nas imagens veiculadas e o seu proprietário é indiscutível, ainda mais considerando a privilegiada localização em que o estabelecimento comercial se encontra na cidade, região com deveras movimentação e abundante busca mercantil. Dessa forma, não é crível pensar que a notícia não tenha se espalhado entre os habitantes - notadamente aqueles que frequentam as imediações da região -, que, por certo, reconheceram a relação entre os apelados. Ademais, os depoimentos prestados pelas testemunhas em juízo (fls. 145-151) corroboram a base alhures exposta.

Consoante acertadamente fundamentou a togada singular (fls. 179-180):

Verifica-se nos presentes autos que a matéria jornalística vinculou e divulgou a imagem da empresa autora, que tem como sócio administrador o autor Adriano Ax, a um tiroteio e a uma prisão. Ressalta-se que é fato incontroverso que houve erro na divulgação da imagem do estabelecimento, pois os réus apresentaram retratação durante o programa “Boa Tarde”, conforme DVD juntado aos autos (fl. 79).

Todavia, ainda que isenta a matéria de dolo difamatório ou caluniador, os prejuízos morais impingidos aos autores advêm da imprudência dos profissionais jornalistas ao propagar imagens não condizentes com os fatos (apesar de verídicos).

Importante destacar, digno de louvor a conduta dos réus ao realizar a retratação quase imediatamente após a divulgação da debatida notícia, mas tal conduta não impede ou afasta a responsabilidade destes em reparar os danos sofridos pelos autores, especialmente porque a retratação foi realizada somente no programa “Boa Tarde”, não ocorrendo no Jornal da TVBV (DVDs fl. 79).

Ademais, as imagens da empresa autora são altamente divulgadas na matéria, visto que na reportagem veiculada pelo programa “Boa Tarde” é mostrada a fachada da loja por três vezes: aos 0’03-0’17, 01’53-01’58 e 02’02-02’08, e a retratação cinge-se a esclarecer que a polícia indicou o local incorretamente, sequer mostrando imagens do verdadeiro estabelecimento em que teria ocorrido o crime; portanto, não foi dado o mesmo destaque.

[...]

No caso da empresa autora, presumido é o seu dano, uma vez que a sua fachada foi atrelada ao tiroteio e prisão que ocorreram na madrugada do dia 27.06.2008. Esse fato, por si só, maculou sua imagem.

[...]

Com relação ao autor Adriano Ax, apesar de seu nome não ter sido mencionado na reportagem, é sócio majoritário e administrador da empresa autora. As pessoas da comunidade local sabem que ele é o proprietário do estabelecimento. A testemunha Douglas Beirith Pacheco de Souza (fl. 148), ao ser questionado sobre os fatos, utiliza a expressão “loja do Adriano” para designar a empresa autora. A testemunha Lucia Gonzaga (fl. 147) também afirma que ao assistir a reportagem foi questionar o autor Adriano Ax para saber o que tinha ocorrido.

Assim sendo, é manifesta a ofensa à honra da parte apelada que teve a sua imagem maculada na sociedade em razão das reportagens veiculadas pela apelante em programação televisiva, a qual obteve, por certo, grande repercussão, acarretando, assim, demasiado constrangimento, sendo evidente a ocorrência de abalo anímico.

Dessarte, presentes os pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, é incabível afastar a condenação por danos morais imposta pela sentença hostilizada.

3.2 Da verba compensatória

Subsiste, por fim, o exame acerca do *quantum* indenizatório arbitrado, ponto a respeito do qual tanto os autores quanto a empresa ré insurgem-se. Enquanto a requerida alegou a inadequação do valor fixado na origem e pugnou pela sua redução, os demandantes apelaram postulando a majoração da quantia.

É cediço que a lei não previu critérios legais específicos para a fixação da verba compensatória, mas tão somente dispôs que "*a indenização mede-se pela extensão do dano*" (art. 944 do Código Civil), aspecto que deve ser aferido em cada caso.

Assim, diante da ausência de parâmetros, o montante ressarcitório deve ser arbitrado pelo magistrado de acordo com as peculiaridades da situação sob enfoque, bem como levando em conta a posição econômica dos litigantes, a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente, a repercussão social da ofensa e o aspecto punitivo-retributivo da medida, critérios amplamente reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência.

A condenação por danos morais também possui um caráter preventivo e pedagógico, a fim de desestimular o ofensor em práticas análogas, devendo ser fixada em valor proporcional e razoável, que não seja irrisório e nem exorbitante.

Por tais razões, analisando as especificidades da hipótese e atento à situação socioeconômica da ré, bem como à repercussão do evento danoso na vida da vítima, e ainda aos valores usualmente arbitrados neste Sodalício em situações semelhantes, entendo que o montante reparatório arbitrado na origem (R\$ 5.000,00 para cada autor) afigura-se suficiente e justo, pois passível de abrandar a situação a qual os demandantes foram expostos, compensando o abalo moral sofrido e, ainda, concomitantemente, de exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas da empresa televisiva.

3.3 Prequestionamento

Ademais, quanto ao questionamento suscitado, anoto que este é prescindível, na medida em que, consoante se infere do entendimento reiterado da Corte Superior, o julgador não está obrigado a analisar todas as questões suscitadas pelas partes, quando em uma ou mais delas encontra os fundamentos necessários ao desate do litígio, não se vislumbrando, nesse proceder, violação à garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais, sobretudo quando tal manifestação não teria o condão de influenciar no resultado da decisão.

4. Honorários recursais

O art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, determina que “*o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento*”.

O 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).

Assim, preenchidos os requisitos para tanto com relação ao recurso da empresa ré, fixo a verba em 5%, a ser paga pela requerida ao procurador dos autores, considerando o trabalho adicional e o nível de zelo do causídico em segundo grau. A quantia será acrescida àquela arbitrada na origem (15% sobre o valor da condenação), totalizando 20%.

5. Resultado

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos, mas negar-lhes provimento.

É o voto.

Apelação Cível n. 0311650-15.2016.8.24.0018, de Chapecó

Relatora: Desembargadora Haidée Denise Grin

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CONDENATÓRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DOS AUTORES.

RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE PERTENCES TRANSPORTADOS PELOS PASSAGEIROS NO INTERIOR DA CABINE DA AERONAVE. DOCUMENTOS, PASSAPORTES E DINHEIRO QUE ESTAVAM NO BOLSÃO DA POLTRONA A FRENTE AOS APELANTES. BENS NO ALCANCE E SOB A VIGILÂNCIA DOS CONSUMIDORES. BAGAGENS NÃO DEPOSITADAS PERANTE A COMPANHIA AÉREA. DESCUIDO DOS PRÓPRIOS RECORRENTES. DEVER DE GUARDA QUE LHE INCUMBIA. ART. 14, §1º, DA RES. 400/2016 DA ANAC. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

“Tratando-se de bagagem de mão, não entregue para empresa encarregada do transporte coletivo a fim de ser acondicionada em local próprio, o dever de guarda e vigilância é do próprio passageiro, de tal maneira que, agindo de forma descuidada, dando margem para o seu desapossamento, não pode pretender ser reparada por aquela com quem contratou [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 0035656-57.2010.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 05-11-2018).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. PLEITO DE MINORAÇÃO DO ESTIPÊNDIO. VERBA HONORÁRIA JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 85, §2º, DO CPC. CAUSA VALORADA EM R\$ 61.495,45. QUANTIA QUE NÃO REPRESENTA PATAMAR EXCESSIVO E EXORBITANTE A PONTO DE SE COGITAR EVENTUAL AFASTAMENTO DA LEI PARA FIXAÇÃO DA REMUNERAÇÃO POR APRECIACÃO EQUITATIVA.

ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §11, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0311650-15.2016.8.24.0018, da comarca de Chapecó 1ª Vara Cível em que são Apelantes André Moratelli, Amanda Moratelli, Raquel Dal Bello e Vitória Moratelli e Apelada Azul Linhas Aereas Brasileiras S/A.

A Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, fixando-se honorários recursais. Custas legais.

O julgamento virtual, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Osmar Nunes Júnior (com voto) e dele participou a Exma. Desa. Haidée Denise Grin e o Exmo. Des. Carlos Roberto da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Promotor de Justiça Newton Henrique Trennepohl.

Florianópolis, 25 de junho de 2020.

Desembargadora Haidée Denise Grin
Relatora

RELATÓRIO

Forte no princípio da celeridade e utilizando das ferramentas informatizadas, adota-se o relatório da sentença recorrida (pp. XX-XX), por sintetizar o conteúdo dos autos, *in verbis*:

RAQUEL DAL BELLO, ANDRÉ MORATELLI, AMANDA MORATELLI e VITÓRIA MORATELLI, representadas por André Moratelli, aforou(aram) AÇÃO INDENIZATÓRIA contra AZUL LINHAS AÉREAS S/A, já qualificado(s). Em sua petição inicial (pg(s). 01-19), alegou(aram): 1) no mês de abril de 2016, adquiriram passagens aéreas da ré; 2) a viagem agendada, a título de lazer, teria início em 17-04-2016 e retorno em 30-04-2016; 3) no trajeto atinente à conexão da cidade de Campinas/SP, perceberam a falta da pasta que continha seus documentos e dinheiro, a qual carregaram em sua bagagem de mão e que foi depositada no bolso da poltrona da aeronave; 4) não obstante os pedidos de busca que formularam, os prepostos da ré não possibilitaram seu retorno à aeronave, mas apenas afirmaram que nada havia no interior desta; 5) as câmeras do terminal identificaram o momento em que entrou no terminal sem a pasta em mãos; 6) foram vítimas de furto da bagagem que encontrava-se na aeronave; 7) sofreram danos materiais em razão da perda do dinheiro que encontrava-se na pasta e a emissão de novos documentos que também foram perdidos em virtude do furto; 8) sofreram dano moral; 9) é aplicável o Código de Defesa do Consumidor. Requereu(ram): 1) a condenação da parte ré ao pagamento de: a) R\$21.495,45, a título de indenização por dano material; b) R\$40.000,00, a título de indenização por dano moral; 2) a inversão do ônus da prova; 3) a produção de provas; 4) a condenação da parte ré às verbas sucumbenciais.

No(a) decisão à(s) pg(s). 84-85, foi(ram): 1) determinada a emenda à petição inicial; 2) determinado o recolhimento do preparo.

Houve emenda à petição inicial (pg(s). 89-90), por meio da qual (o)(a)(s) autor(a)(es) recolheu as custas iniciais.

No(a) decisão à(s) pg(s). 95, foi(ram): 1) deferida a emenda à petição inicial; 2) dispensada a audiência conciliatória; 3) determinada a citação da parte ré.

O(a)(s) réu(ré)(s) foi(ram) citado(a)(s) pessoalmente (pg(s). 99).

O(a)(s) réu(ré)(s) apresentou(aram) contestação (pg(s). 101-120). Aduziu(ram): 1) não deve ser responsabilizada pelos danos suportados pelos autores porque não há nexo causal entre sua conduta e aqueles; 2) o furto ocorreu em virtude da desídia dos demandantes na guarda de seus objetos; 3) o transportes de valores e documentos em bagagem de mão é de total responsabilidade dos passageiros que o(a)(s) carregam; 4) a culpa exclusiva pelo ocorrido é do consumidor; 5) disponibilizou prepostos seus para auxiliar(em) os autores nas buscas pelos objetos; 6) forneceu aos autores, a título de cortesia, a remarcação da viagem sem o ônus do pagamento das passagens; 7) não houve dano moral. Requereu(ram) a improcedência dos pedidos iniciais.

O(a)(s) autor(a)(es) apresentou(aram) réplica à contestação (pg(s). 140-154). Requereu(ram) a procedência dos pedidos iniciais.

O Juiz de Direito Ederson Tortelli rejeitou os pedidos exordiais e condenou os autores ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios sucumbenciais, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Irresignados, os autores interpuseram recurso de apelação (pp. 162-180). Nas razões recursais, aduziram, em síntese, que a ré deixou de cumprir seu dever de guarda e segurança em relação aos pertences transportados, mesmo que não despachados. Sustentaram, assim, a falha do serviço prestado, uma vez que tiveram furtados passaportes e dinheiro ainda dentro da aeronave. Por tal razão, requerem a reforma da sentença para que os pedidos iniciais sejam acolhidos em sua integralidade, condenando-se a ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. Subsidiariamente, pugnam pela minoração dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados na origem.

Com as contrarrazões (pp. 186-199), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim, manifestando-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (pp. 210-215).

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, registra-se que esta Relatora não desconhece a existência de outros feitos mais antigos em seu acervo, de modo que a apreciação deste recurso de apelação em detrimento daqueles distribuídos há mais tempo não significa violação ao disposto no art. 12, *caput*, do novo Código de Processo Civil, por se tratar de estratégia de gestão para enfrentamento em bloco das lides que versem sobre temáticas similares, diante do grande volume de ações neste grau recursal.

No mais, preenchidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

Trata-se de apelação cível interposta pelos autores com o objetivo de reformar a sentença que rejeitou o pleito indenizatório formulado em desfavor da ré sob o fundamento de inexistência de responsabilidade da companhia aérea pelo furto de bagagens de mão transportadas pelos passageiros no interior das aeronaves.

A decisão, adianta-se, não comporta reparo.

Consoante narrativa exordial dos apelantes, depreende-se que “durante a conexão na cidade de Campinas – SP, André sentiu falta da pasta contendo os passaportes, dinheiro e documentos de identificação, os quais, durante a viagem encontravam-se no bolsão da poltrona da aeronave que saiu de Chapecó (p. 4 – grifou-se).

No tocante à responsabilidade dos transportadores, prescreve o artigo 734 do Código Civil que “o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”.

Da normativa infralegal, por sua vez, infere-se o conteúdo da Resolução n. 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC):

Art. 13. O transporte de bagagem despachada configurará contrato acessório oferecido pelo transportador.

Art. 14. O transportador deverá permitir uma franquia mínima de 10 (dez) quilos de bagagem de mão por passageiro de acordo com as dimensões e a quantidade de peças definidas no contrato de transporte.

§ 1º Considera-se bagagem de mão aquela transportada na cabine, sob a responsabilidade do passageiro (sublinhou-se).

Com efeito, prudente considerar que, tratando-se de bagagem de mão que permanece com o passageiro durante toda a viagem – tal como no caso em exame, em que, conforme aduzido pelos próprios apelantes, os bens extraviados encontravam-se no bolsão a sua frente –, a responsabilidade pela sua guarda é do próprio consumidor, já que não é dada em depósito à fornecedora do serviço de transporte. Diferente seria, contudo, no caso de a bagagem ser despachada ou, eventualmente, de os pertences permanecerem dentro da cabine da aeronave, mas em local fora do alcance e da vigilância do passageiro – o que, por certo, não ocorreu na hipótese vertente.

Por tal razão, os pedidos exordiais foram corretamente rejeitados pelo magistrado sentenciante, que assim consignou em sua decisão:

A causa necessária e adequada desse evento foi a conduta negligente dos autores, ao faltarem com o dever de guarda e vigilância sobre os seus pertences, os quais encontravam-se sob sua integral responsabilidade (ANAC, Resolução n. 400/2016, art. 14, §1.º).

Diversamente do que alegam os demandantes, a responsabilidade da concessionária é limitada às obrigações que assume quanto às bagagens que lhe são dadas em depósito (despachadas) (ANAC, Resolução n. 400/2016, art. 13). O zelo pela bagagem de mão não é dever da companhia aérea, mas sim dos próprios consumidores que as carregam; mesmo porque não se pode responsabilizar a ré pela perda de objetos que sequer estavam em sua posse direta. A cada um, sua cautela (p. 157).

No mesmo sentido, pontuou o Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim em seu parecer ministerial, lavrado nesta instância recursal:

Não se desconhece os precedentes invocados em sede recursal, no entanto, no caso em análise a empresa não parece ter agido com desídia, não se olvidando do fato de que a bagagem de mão estava alocada no bolsão imediatamente à frente da poltrona de um dos viajantes-apelantes, enquanto que em parte dos julgados colacionados em sede recursal a situação se mostra diversa, pois as respectivas bagagens de mão estavam guardadas no compartimento superior, em posição distante do passageiro (em virtude de não haver espaço em localização próxima).

Parece ser mais razoável, considerando-se os elementos constantes dos autos e em consonância com a sentença apelada, imputar-se aos recorrentes a falha na vigilância de seus pertences, do que responsabilizar a empresa.

Portanto, conclui-se que a sentença não deve ser reformada, inexistindo razão para acolhimento da pretensão dos apelantes (pp. 214-215).

E, ademais, da jurisprudência desta Corte estadual é possível citar:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA QUE CONDENOU SOLIDARIAMENTE A AGÊNCIA E A OPERADORA DE TURISMO DEMANDADAS AO RESSARCIMENTO DE DANOS. APELO DAS ACIONADAS. [...] MÉRITO. ACIONADAS QUE SUSTENTAM A REGULARIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E A AUSÊNCIA DE CAUSA PARA SUA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. SUPOSTO FURTO DE BOLSA DO INTERIOR DE ÔNIBUS DE TURISMO, EM VIAGEM REALIZADA PELOS APELADOS NO EXTERIOR. AUSÊNCIA DE PROVAS DO FURTO. ÔNUS PROBATÓRIO A CARGO DOS AUTORES. **DEVER DE GUARDA DE PERTENCES PESSOAIS QUE, DE QUALQUER MODO, RECAI AOS PASSAGEIROS.** CULPA EXCLUSIVA DOS APELADOS CONFIGURADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL. **SENTENÇA REFORMADA NA ÍNTEGRA PARA RECONHECER A INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR,** COM A CONSEQUENTE INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. [...] **Tratando-se de bagagem de mão, não entregue para empresa encarregada do transporte coletivo a fim de ser acondicionada em local próprio, o dever de guarda e vigilância é do próprio passageiro, de tal maneira que, agindo de forma descuidada, dando margem para o seu desapossamento, não pode pretender ser reparada por aquela com quem contratou** seu pacote turístico. Quando os cintéis que afivelam a relação de causa e efeito (nexo causal) e asseguram a responsabilidade do agente são suprimidos pela conduta da própria vítima, que contribui decisivamente com o seu modo de agir para a consumação do dano, não há espaço para qualquer pleito indenizatório. (TJSC, Apelação Cível n. 0035656-57.2010.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 05-11-2018 – grifou-se).

Nesse contexto, tendo em vista a situação fática que circunda a lide, não há se cogitar em responsabilização civil da apelada, devendo a sentença de improcedência ser mantida incólume no ponto.

Quanto ao pleito subsidiário de minoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, melhor sorte também não assiste aos apelantes.

Isso porque a verba honorária foi fixada no mínimo legal, qual seja, 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, em estrita observância ao artigo 85, §2º, do Código de Processo Civil. Ademais, a causa foi valorada em R\$ 61.495,45 (sessenta e um mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e quarenta e cinco centavos), quantia essa que, sem sombra de dúvidas, não representa patamar excessivo e exorbitante a ponto de se cogitar eventual afastamento da lei para fixação do estipêndio por apreciação equitativa.

Assim, conclui-se inexistir fundamento para o reparo da decisão objurgada.

Em arremate, considerando que a decisão mantida por este Órgão Fracionário foi prolata sob

a égide do novo Código de Processo Civil, impõe-se o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, nos termos do artigo 85, §11, do diploma processual vigente, *in verbis*:

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Sobre a temática, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu os seguintes requisitos cumulativos para o arbitramento da verba, presentes no caso em exame:

[...] 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. [...] É dispensada a configuração do trabalho adicional do advogado para a majoração dos honorários na instância recursal, que será considerado, no entanto, para quantificação de tal verba [...] (STJ, AgInt nos EAREsp 762.075/MT, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, Corte Especial, j. 19/12/2018).

Nesse contexto, tendo em vista os ditames previstos nos §§2º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil e atentando-se para os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, majora-se os honorários advocatícios fixados na origem de 10% (dez por cento) para 12% (doze por cento) do valor atualizado da causa.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, fixando-se honorários recursais.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0001312-44.2011.8.24.0046, de Palmitos

Relator: Desembargador Carlos Roberto da Silva

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO DA TERCEIRA REQUERIDA AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS E PENSÃO MENSAL. REJEIÇÃO DE PARTE DO VALOR INDENIZATÓRIO PRETENDIDO.

DAS RAZÕES COMUNS DOS AUTORES E DA TERCEIRA DEMANDADA.

ACIDENTE DE TRÂNSITO. ÓBITO DO FILHO DOS DEMANDANTES. TESE DE INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO POR PARTE DA TERCEIRA RÉ. NÃO ACOLHIMENTO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE ESCOLAR MUNICIPAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXEGESE DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRANSPORTADORA QUE TEM O DEVER DE CUMPRIR INTEGRALMENTE COM O SERVIÇO CONTRATADO. ATROPELAMENTO OCORRIDO LOGO APÓS O DESEMBARQUE DE ALUNO. PROVA ROBUSTA NOS AUTOS DE QUE O COLETIVO ESCOLAR DEIXOU A VÍTIMA DE DEZ ANOS DE IDADE NO SENTIDO CONTRÁRIO EM RELAÇÃO ÀQUELE EM QUE DEVERIA DESEMBARCAR. RODOVIA ESTADUAL DE ALTA VELOCIDADE E SEM FAIXA DE SEGURANÇA DESTINADA A PEDESTRES. MOTORISTA DO COLETIVO QUE ASSUMIU EM SEU DEPOIMENTO QUE PASSAVA EM FRENTE À RESIDÊNCIA DO *DE CUJUS*, ENTRETANTO, EFETUAVA O RETORNO PARA DEIXA-LO DO OUTRO LADO DA RODOVIA, JUNTAMENTE COM OUTRAS CRIANÇAS. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. ARGUMENTO DE NEGLIGÊNCIA DOS PAIS DA VÍTIMA POR PERMITIREM QUE O FILHO FOSSE PARA CASA SOZINHO APÓS O DESEMBARQUE. REJEIÇÃO. DEVER DA REFERIDA CONCESSIONÁRIA DE ADOÇÃO DE MEDIDAS DE SEGURANÇA COMPATÍVEIS COM O GRAU DE RISCO DO SERVIÇO ASSUMIDO. CONFIABILIDADE DOS GENITORES EM RELAÇÃO AO TRABALHO PRESTADO PELA TRANSPORTADORA. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE SEGURANÇA NECESSÁRIAS AO TRANSPORTE DE ALUNOS QUE ACARRETA TÃO SOMENTE A RESPONSABILIDADE DA TRANSPORTADORA. TESE DE CULPA CONCORRENTE DO PRIMEIRO REQUERIDO. INSUBSISTÊNCIA. CONDUTOR DO AUTOMÓVEL DE PROPRIEDADE DA SEGUNDA DEMANDADA QUE ATROPELOU O MENOR. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE NOS AUTOS A INDICAR QUE O REFERIDO MOTORISTA NÃO TEVE CONDIÇÕES DE AVISTAR O FILHO DOS AUTORES NA OCASIÃO DO INFORTÚNIO. VÍTIMA QUE PASSOU POR TRÁS DO COLETIVO PARA ATRAVESSAR A RODOVIA. DEPOIMENTO DO PRÓPRIO FUNCIONÁRIO DA TRANSPORTADORA ESCOLAR NO SENTIDO DE QUE NÃO SERIA POSSÍVEL AVISTAR O MENINO NAQUELA DIREÇÃO (OPOSTA) QUE TRAFEGAVA O PRIMEIRO DEMANDADO. INEXISTÊNCIA DE AÇÃO OU OMISSÃO NEGLIGENTE, IMPRUDENTE OU IMPERITA DO AGENTE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NÃO CONFIGURADA. DECISÃO ESCORREITA.

DANOS MORAIS. PLEITOS DE MAJORAÇÃO E MINORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. INVIABILIDADE. ABALO ANÍMICO IRREFUTÁVEL EM RAZÃO DO FALECIMENTO INESPERADO DE UM FILHO. *QUANTUM* FIXADO NA ORIGEM DE ACORDO COM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. CORRETA OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E AO CARÁTER PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO DA INDENIZAÇÃO. VALOR MANTIDO.

TESE REMANESCENTE DA TERCEIRA REQUERIDA.

POSTULADA A ALTERAÇÃO DO TERMO INICIAL DA PENSÃO MENSAL ESTABELECIDADA.

DESCABIMENTO. OBRIGAÇÃO QUE DEVE INICIAR A PARTIR DO MOMENTO EM QUE A VÍTIMA VIESSE A COMPLETAR QUATORZE ANOS. DATA EM QUE O DIREITO LABORAL PERMITE O CONTRATO DE TRABALHO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE SODALÍCIO.

FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. ART. 85, §§ 2º E 11, DO CPC/2015. SENTENÇA PUBLICADA APÓS A VIGÊNCIA DO ATUAL DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA QUE SE IMPÕE. EXIGIBILIDADE SUSPensa EM RELAÇÃO AOS AUTORES. BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 98, § 3º, DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 001312-44.2011.8.24.0046, da comarca de Palmitos (Vara Única) em que são Aptes/Apdos Luiz Antônio Gembro, Marta da Silva Rosa e Itamar Luiz Mior ME, e Apelados ICATEL – Telematica Serviços e Comércio Ltda e Marcelo Kreuz Johann.

A Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento e, em consequência, majorar os honorários de sucumbência em favor dos patronos das partes apeladas. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Osmar Nunes Júnior, presidente com voto, e o Exmo. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade.

Florianópolis, 28 de maio de 2020.

Carlos Roberto da Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Luiz Antonio Gembro, Marta da Silva Rosa (autores) e Itamar Luiz Mior ME (ré) interpuseram recursos de apelação contra sentença (fls. 290-298) que, nos autos da ação indenizatória por acidente de trânsito ajuizada em face deste, de ICATEL - Telematica Serviços e Comercio Ltda e Marcelo Kreuz Johann, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Para melhor elucidação da matéria debatida dos autos, adota-se o relatório da sentença recorrida:

Luiz Antonio Gembro e Marta da Silva Rosa, já qualificados nos autos, ajuizaram ação de indenização por danos materiais e morais contra Marcelo Kreuz Johann, Icatel - Telemática Serviços e Comércio Ltda. e Itamar Luiz Mior - ME, igualmente qualificados, na qual alegaram, em resumo, que, no dia 15/02/2011,

seu filho Leonardo Gembro, ao desembarcar do ônibus escolar de propriedade da terceira ré, foi atropelado pelo veículo da segunda ré, conduzido pelo primeiro réu. Afirmaram que a responsabilidade do primeiro e segundo réus reside no fato de que o veículo trafegava em alta velocidade, mesmo tendo avistado um ônibus escolar. Já o terceiro réu deve responder pelos danos, em razão de desembarcar as crianças em local inapropriado.

Concluíram requerendo a condenação dos réus ao pagamento dos danos morais e materiais sofridos com o evento, bem como dos ônus sucumbenciais.

Recebida a inicial, foi concedido o benefício da justiça gratuita aos autores e determinada a citação dos réus (fl. 43).

O réu Itamar Luiz Mior - ME apresentou resposta na forma de contestação (fls. 54/60), na qual arguiu, em preliminar, carência de ação, por falta de interesse processual. No mérito, aduziu que: a) o trajeto é feito diariamente; b) a vítima, seu irmão e mais duas alunas eram apanhadas e deixadas no mesmo local; c) não há nexos de causalidade entre o acidente e sua conduta; d) não praticou nenhum ato ilícito passível de indenização. Pelo princípio da eventualidade, rebateu os pedidos de pensão mensal e danos morais.

O réu Marcelo Kreuz Johann contestou os pedidos (fls. 70/87), arguindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva. Com relação ao mérito, afirmou que: a) a culpa pelo infortúnio é exclusiva dos pais da vítima, por negligência; b) tomou todas as precauções devidas, mas não conseguiu evitar a colisão. Alternativamente pugnou pelo reconhecimento da culpa concorrente. Finalizou requerendo a improcedência dos pedidos iniciais.

A ré Icatel apresentou defesa às fls. 123/146, reprisada às fls. 181/205, arguindo, prefacialmente, ilegitimidade passiva. No mérito, teceu os mesmos argumentos do réu Marcelo Kreuz Johann.

Réplicas às fls. 108/114, 115/120 e 158/164.

Às fls. 213/214 foram afastadas as preliminares e determinada a intimação das partes para especificação de provas.

Os autores e o réu Itamar Luiz Mior-ME pugnaram pela produção de prova oral, acostando aos autos rol de testemunhas (fls. 217/218 e 219).

Em audiência de instrução, foram ouvidas 06 (seis) testemunhas (fls. 235/239).

Alegações finais, por memoriais, às fls. 240/245, 247/256, 257/263 e 265/272.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Da parte dispositiva do *decisum*, extrai-se a síntese do julgamento de primeiro grau:

Ante o exposto, com resolução de mérito, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, nos termos do art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, para:

a) CONDENAR a ré Itamar Luiz Mior - ME a pagar o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos autores, a título de danos morais, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar de 15/02/2011, e de correção monetária pelo INPC a contar desta sentença;

b) CONDENAR a ré Itamar Luiz Mior - ME a pagar pensão mensal em favor dos autores no valor equivalente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo no período compreendido entre 27/02/2014 e 27/02/2025 e a 1/3 (um terço) do salário mínimo no período compreendido entre 27/02/2025 e 27/02/2065, assegurado o direito de crescer em caso de falecimento, sendo que as parcelas vencidas deverão ser acrescidas de correção monetária pelo INPC e de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar de cada vencimento.

Arbitro os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, os quais serão devidos na proporção de 50% (cinquenta por cento) pela parte autora em favor dos advogados dos réus Marcelo Kreuz Johann e Icatel - Telemática Serviços e Comércio Ltda. e 50% (cinquenta por cento) pela ré Itamar Luiz Mior - ME em favor dos patronos da parte autora.

Condeno a ré Itamar Luiz Mior - ME, ainda, ao pagamento das despesas processuais.

A exigibilidade dos ônus sucumbenciais em relação à parte autora fica suspensa por se tratar de beneficiária da justiça gratuita.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, aguarde-se o cumprimento voluntário do julgado e, nada sendo requerido, arquivem-se os autos.

Em suas razões recursais (fls. 301-312) os demandantes asseveram que o primeiro demandado igualmente possui responsabilidade pelo ocorrido, ao argumento de que “o copo do menor foi arremessado a mais de 27 (vinte e sete) metros do ponto de impacto, ou seja, o veículo de propriedade do segundo apelado (Icatel), conduzido pelo primeiro apelado (Marcelo) estava em excesso de velocidade” (fl. 306) e que “a empresa Icatel - Telemática Serviços e Comércio Ltda também é responsável pelo acidente, pois o proprietário do veículo é solidariamente culpado pelo ocorrido” (fl. 307).

Aduzem que o *quantum* indenizatório a título de danos morais “está abaixo do realmente devido, uma vez que os autores sofreram forte abalos psicológicos após a morte do seu filho amado” [*sic*] (f. 309).

Já a ré Itamar Luiz Mior ME (fls. 314-324) sustenta que “da maneira que agiu não cometeu nenhum ilícito, [...], não foi ela que deu causa ao ocorrido, pois ao desembarcar os alunos, inclusive a vítima e seu irmão mais velho, já não estava mais no local e sim se deslocando até a cidade de Palmitos, pois na hora que os fatos ocorreram a vítima se de imediato fosse para sua casa que fica numa distancia de aproximadamente 50 metros do local do ocorrido, o veiculo dirigido por arcelo Kreus Johann não teria ocasionado o acidente” [*sic*] (fl. 315).

Afirma que “não é verdade que a vítima antes de ser atropelado saiu por detrás do ônibus, como já dito anteriormente na ocasião do atropelamento o ônibus já estava bem longe no local, como bem afirmou o motorista, Valmor Jose Hoss” (fl. 318).

Defende que os pais da vítima negligenciaram os cuidados do menor, por não o terem acompanhado até o local da parada do ônibus, e por nunca terem alegado qualquer insegurança acerca do local onde as crianças desembarcavam do coletivo.

Subsidiariamente, argumenta que “deve a indenização fixada ser minorada, tendo em vista o grau de culpa da apelante para a ocorrência do evento danoso e da culpa da vítima que concorreu para a existência do resultado” (fl. 316).

Alega, ainda, “no que concerne a pensão mensal fixada, foi estipulada como marco inicial a data em que a vítima completaria 14 anos de idade sob o fundamento de que, nesta idade, seria presumido que com esta idade ingressaria no mercado de trabalho na condição de aprendiz. [...] É sabido que, via de regra, o ingresso no mercado de trabalho se dá, quando precoce, com 18 anos de idade, após a conclusão do ensino médio. [...] Não obstante, o contrato de aprendizagem tem duração máxima de dois anos, impedindo a fixação da referida pensão desde a data em que a vítima completaria 14 anos” (fl. 317).

Com as contrarrazões (fls. 334-350, 351-371, 372-390, 391-404), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos inaugurais.

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se das apelações interpostas.

De início, destaca-se que a decisão recorrida foi publicada quando já vigente o novo Código de Processo Civil (22-8-2016 - fl. 239), motivo pelo qual a referida norma norteará a presente decisão, por incidência do princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais), nos moldes do art. 1.046 do atual Código de Ritos.

Tem-se como fato incontroverso, porque reconhecido expressamente pelas partes, que no dia 15-2-2011, próximo às 18h00min na Rodovia SCT 283, no município de Palmitos, o veículo conduzido pelo primeiro demandado, modelo FIAT/UNO MILLE ECONOMY, placa DZJ9683, de propriedade da segunda demandada, atropelou Leonardo Gembro, filho menor dos autores, fato que ocasionou o óbito deste.

Igualmente não se discute, porquanto não impugnado, que a terceira demandada prestava serviço de transporte escolar, e que antes da referida tragédia havia deixado a vítima naquele local.

A controvérsia, portanto, cinge-se em verificar, inicialmente, de quem é a responsabilidade pelo acidente em epígrafe. Ultrapassada essa questão, se for o caso, deve-se averiguar se o *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais está condizente com as particularidades do caso em questão. Por fim, resta analisar qual o adequado termo inicial da pensão mensal estabelecida na origem.

Sobre tais pontos, então, debruçar-se-á a presente decisão.

Adianta-se, desde já, que ambos os apelos não comportam acolhimento.

I – Das razões em comum:

I.I – Da responsabilidade pelo atropelamento:

Como se sabe, dispõe o art. 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Nas palavras do doutrinador Rogério Greco: “A conduta, nos delitos de natureza culposa, é o ato humano voluntário dirigido, em geral, à realização de um fim lícito, mas que, por imprudência, imperícia ou negligência, isto é, por não ter o agente observado o seu dever de cuidado, dá causa a um resultado não querido, nem mesmo assumido, tipificado previamente na lei penal” (*Curso de direito penal – Parte geral*, 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 200).

É cediço que “para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente” (DINIZ, Maria Helena, *Código Civil anotado*, Saraiva, 1999, 5ª ed., p. 169).

No caso em tela, observa-se que o Juízo de primeiro grau afastou a responsabilidade do primeiro demandado, condutor do automóvel de propriedade da segunda demandada, sob o fundamento de que “as peculiaridades do ponto de impacto, próximo a uma curva e sem sinalização indicativa de pedestres, impediram que o motorista anteviesse a travessia repentina da criança” (fl. 290), enquanto responsabilizou a terceira demandada à justificativa de que “possuía a responsabilidade e o dever de garantir o transporte e a entrega dos alunos com segurança [...], que embora existisse uma parada de ônibus no mesmo lado da rodovia e próximo à entrada da casa das crianças, o desembarque era feito no outro lado do asfalto, o que obrigava os alunos a atravessar a pista” (fl. 284).

Pois bem.

Os demandantes sustentam que o primeiro demandado igualmente possui responsabilidade pelo ocorrido, dado que “o corpo do menor foi arremessado a mais de 27 (vinte e sete) metros do ponto de impacto, ou seja, o veículo de propriedade do segundo apelado (Icatel), conduzido pelo primeiro apelado (Marcelo) estava em excesso de velocidade” (fl. 306) e que “a empresa Icatel – Telemática Serviços e Comércio Ltda também é responsável pelo acidente, pois o proprietário do veículo é solidariamente culpado pelo ocorrido” (fl. 307).

Já a terceira ré defende que não cometeu nenhum ilícito, e que “não é verdade que a vítima antes de ser atropelado saiu por detrás do ônibus, como já dito anteriormente na ocasião do atropelamento o ônibus já estava bem longe no local, como bem afirmou o motorista, Valmor Jose Hoss” (fl. 318).

Assevera, ainda, que os pais da vítima negligenciaram os cuidados do menor, por não o terem acompanhado até o local da parada do ônibus, e por nunca terem alegado qualquer insegurança acerca do local onde as crianças desembarcavam do coletivo.

No entanto, em análise ao acervo probatório dos autos, conclui-se que o julgado ora em análise deliberou de forma equânime e conforme as provas produzidas, razão pela qual não há necessidade de reparos acerca do tema.

Explica-se.

Extrai-se do boletim de ocorrência (fl. 21):

Declarou o condutor do V-1 que transitava pela rodovia SCT 283, sentido Palmitos a São Carlos, quando no km 148, viu um ônibus saindo do local onde estava estacionado, as margens da rodovia para o desembarque de alunos, e um dos alunos saiu de trás do ônibus, vindo em direção a pista para atravessá-la, freou, mas não pode evitar o acidente [sic].

Nesse contexto, como é sabido, o boletim de ocorrência é documento com presunção relativa de veracidade, que só pode ser derruído mediante provas contundentes em sentido contrário.

A propósito, já decidiu esta Corte:

“ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE TODOS OS LITIGANTES. RESPONSABILIDADE DOS DEMANDADOS. OBSTRUÇÃO DE VIA PREFERENCIAL. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. DEPOIMENTOS QUE EVIDENCIAM A INVASÃO DA PREFERENCIAL EM QUE SEGUIA O AUTOR, DE MOTOCICLETA. AUSÊNCIA DE PROVA CONTRÁRIA. SUPOSTO EXCESSO DE VELOCIDADE DO AUTOR NÃO COMPROVADO. O ônus de provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da parte autora incumbe aos demandados, conforme previsto no art. 333, inciso II, do CPC/73, no que não lograram êxito. O Boletim de Ocorrência possui presunção relativa de veracidade, de modo que cabe à parte demandada produzir provas em contrário suficientes para derruir as alegações nele constantes; não produzidas tais provas, inconteste é o relato perante a Autoridade Policial. [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 0009900-11.2004.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 3-8-2017 – grifo nosso).

Em outras palavras, o efeito dessa presunção é dispensar do ônus probatório aquele que a tem a seu favor, cabendo à parte contrária derruí-lo, o que não ocorreu no presente caso, pelo contrário, as provas produzidas nos autos corroboram a versão estampada no referido documento público.

Veja-se.

A testemunha compromissada, Renato Miranda Teodoro (fl. 236), declarou que “no dia do fato, eu tava uns cinquenta metros longe, vi quando as meninas desceram, e desceram os piá, e daí logo em seguida só vi um o [*indecifrável*], o barulho, que desceu um uno de cima e bum no piá” [*sic*] (mídia audiovisual à fl. 239, 01min21s).

Quando questionado acerca do itinerário do coletivo, afirmou que “o ônibus foi de Palmitos a São Carlos para largar os alunos, em vez de ele parar no ponto de largar os piá, ele desceu direto lá embaixo, largou outros, fez a volta e voltou para largar minhas meninas e os piá no ponto das minhas meninas” [*sic*] (02min25s).

Ao ser indagado se viu a conduta do vitimado ao descer do coletivo, a testemunha respondeu que o menino saiu por trás do veículo e logo atravessou a rodovia (04min26s).

A fim de rechaçar o argumento de que o coletivo “já tinha se deslocado do local e regressando a Palmitos, assim pelo passar do tempo a vítima poderia muito bem já ter ultrapassado a rodovia” (fl. 318), declararam os testigos compromissados, Carlos Saul de Oliveira (fl. 236) e Roque Germano Thomas (fl. 237), respectivamente, que “vi o ônibus, não lembro a que distância” (01min50s), e “eu só vi o ônibus saindo e daí já tava tudo acontecido” (07min50s).

Logo, não há dúvidas de que o infortúnio ocorreu logo após a vítima ter descido do coletivo de propriedade da terceira ré e iniciado a travessia da rodovia pela traseira do referido veículo, como também é incontroverso que o *de cujus* foi atropelado pelo automóvel conduzido pelo primeiro demandado, de propriedade da segunda requerida.

Dessarte, esclarecida a dinâmica do acidente, resta analisar a responsabilidade de cada parte envolvida no sinistro.

Com relação à terceira ré, cumpre consignar que na ocasião do sinistro prestava serviços de transporte escolar para o município de Palmitos (fl. 33) e, nessa condição, a sua responsabilidade é objetiva, fulcrada na teoria do risco administrativo, eis que amparada na regra esculpida no art. 37, § 6º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 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.

Nesse contexto, tem-se que a referida prestadora de serviços públicos, consoante testemunho de Lenemar Penso (fl. 236), secretária municipal de Palmitos, prestado em audiência de instrução, tinha como única limitação imposta pelo Ente Municipal a quantidade de quilômetros rodados,

uma vez que isso implicava em custos. A referida servidora explicou que a prefeitura deixava a cargo da aludida empresa a melhor forma de executar a sua função, dentro das orientações de segurança repassadas, notadamente a precaução de parar próximo da residência dos alunos (mídia audiovisual à fl. 239, 03min50s e 07min30s).

Todavia, denota-se que a segurança dos passageiros não estava elencada nas prioridades da transportadora, uma vez que o próprio motorista do coletivo, Valmor José Hoss (fl. 236), assumiu em seu depoimento que sempre passava na frente da casa do menor (falecido), entretanto, fazia o retorno e deixava as crianças, inclusive a vítima, do outro lado da rodovia (mídia audiovisual à fl. 239, 03min00s).

Confere-se (03min25, 04min26s):

[Juiz] - “O senhor descia, fazia o retorno e pegava eles na subida? Tinha lugar para parar do lado da residência?”

[Depoente] - “teria, mas sempre foi feito assim”

[Juiz] - “qual o motivo de não deixar do lado certo?”

[Depoente] - “sempre foi feito assim”

Desse modo, tem-se que a atitude do preposto da empresa de transporte escolar foi o elemento preponderante para a ocorrência do atropelamento, visto que era dele o dever de cumprir integralmente com o serviço contratado com o município, é saber, de entregar os alunos com segurança.

Veja-se que não há justificativas plausíveis para se considerar como admissível o fato de o ônibus não parar do lado da rodovia onde residia a vítima, porquanto transitava naquela mão de direção. Durante a instrução probatória foram ditas inúmeras vezes que o coletivo passava exatamente em frente à casa do *de cuius*, fazia o retorno e deixava os passageiros do outro lado da rodovia, e em nenhuma oportunidade foi explicado o motivo de não parar - como deveria -, no sentido Palmitos a São Carlos.

O que se percebe, portanto, é uma negligência por parte da concessionária de serviços públicos ao “economizar” um ponto de parada para deixar mais crianças em um mesmo lugar e, com isso, pôr em risco a segurança da infeliz vítima que, para chegar à sua residência, teria que atravessar a perigosa rodovia.

Portanto, rechaça-se a tese trazida pela terceira requerida de que “a apelante, da maneira que agiu, não cometeu nenhum ilícito” (fl. 315).

Já em relação ao argumento de ausência de cuidado dos genitores do menor atropelado, em que pese a teoria do risco administrativo permitir o afastamento da responsabilidade objetiva nos casos de exclusão do nexos causal, não se evidencia qualquer das excludentes: “fato exclusivo da

vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro” (FILHO, Sérgio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª edição, Editora Malheiros, 2006, pp. 252/253).

Isso porque, como já dito, a responsabilidade da segurança do transporte escolar dos alunos era da transportadora demandada, e não do menor, ou de seus pais. Tanto é que, após a ocorrência da fatalidade, a empresa mudou as regras do serviço prestado e exigiu do motorista do coletivo que passasse a parar em ambos os lados da rodovia (depoimento do preposto à fl. 239, 10min50).

De todo modo, não merecem guarida as alegações de que “os pais nunca discordaram desta situação” (fl. 319) e “a parada sempre foi no mesmo local; e em nenhum momento sua progenitora reclamou da insegurança daquele local” (fl. 319), sendo que não são estes que determinam as regras de segurança do serviço prestado pela transportadora ré.

É dever da empresa de prestação de serviço a adoção das medidas de segurança compatíveis com o grau de risco do serviço assumido, além de promover a constante fiscalização de que tais medidas foram implementadas e estão sendo cumpridas. A inobservância dessas regras elementares configura a sua responsabilidade e impõe o dever de indenizar.

Ademais, o fato de os genitores do menor terem ciência do itinerário do coletivo e do local onde seu filho desembarcava, por si só, não configura a alegada negligência, uma vez que estes estavam em horário de trabalho (fato confirmado pela testemunha Carlos Saul de Oliveira, mídia audiovisual à fl. 239, 01min20s) e confiaram no serviço prestado pela empresa requerida.

Por fim, não prospera a tese de culpa concorrente do primeiro demandado, condutor do veículo de propriedade da segunda ré, o qual atropelou o filho dos autores, uma vez que restou comprovado nos autos que o primeiro requerido não tinha condições de ter avistado a criança naquele local.

De fato, próprio funcionário da transportadora escolar admitiu que, naquelas condições, o motorista do veículo que trafegava em sentido oposto não conseguiria ver o menino (mídia audiovisual à fl. 239, 18min00s). Convém destacar, ainda, consoante confirmado pelas testemunhas, que o ônibus parou próximo a uma curva e o menino iniciou a travessia da rodovia pela traseira do coletivo, impedindo, assim, que pudesse ser avistado por quem transitava no outro sentido.

Importante reiterar que o infortúnio se deu em uma rodovia estadual, com velocidade máxima permitida de 60km/h, sem faixa de segurança destinada a pedestres ou qualquer sinalização de perigo (fl. 31).

Logo, mesmo que se admitisse que o primeiro demandado estava transitando acima da velocidade legal (argumento não comprovado nos autos), pelo fato de ter sido o corpo do menor arremessado a 27 (vinte e sete) metros do ponto de impacto, tal circunstância, por si só, não é suficiente para atribuir a culpa do referido condutor, dado que a ausência do suposto comportamento (excesso de velocidade) não significaria que a fatalidade não teria ocorrido.

Outrossim, o elemento preponderante que autoriza o afastamento da culpabilidade do primeiro requerido é que este não tinha condições de ter avistado a vítima atravessar repentinamente

a rodovia, situação, portanto, que não caracteriza a ação negligente, imprudente ou imperita do agente, imprescindível para a configuração da responsabilidade subjetiva.

Desse modo, vislumbra-se que o julgado em análise está em consonância com o acima exposto, razão pela qual não há necessidade de qualquer alteração a respeito da responsabilização pelo evento danoso em epígrafe.

I.II – Do *quantum* arbitrado a título de danos morais:

A terceira requerida argumenta que “deve a indenização fixada ser minorada, tendo em vista o grau de culpa da apelante para a ocorrência do evento danoso e da culpa da vítima que concorreu para a existência do resultado” (fl. 316), enquanto os autores aduzem que o *quantum* indenizatório a título de danos morais “está abaixo do realmente devido, uma vez que os autores sofreram forte abalos psicológicos após a morte do seu filho amado” [sic] (f. 309).

Ambas as insurgências não merecem acolhimento.

Já de início rechaça-se o argumento da transportadora ré, porquanto, como já visto, não houve culpa concorrente.

Igualmente não prospera o pedido de majoração da verba indenizatória, visto que a monta fixada atende às particularidades do caso concreto.

Sabe-se que para a fixação do *quantum* a título de abalo anímico deve-se ponderar o sofrimento dos ofendidos, o grau de culpa dos responsáveis e a situação econômica das partes, de maneira que o valor não propicie o enriquecimento sem causa das lesadas, tampouco seja inexpressivo a ponto de não atender os fins a que se propõe.

No caso em apreço, os pais do falecido não ostentam capacidade financeira elevada, tanto é que são beneficiários da justiça gratuita (fl. 43), enquanto a terceira requerida é registrada como microempresa, com capital de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais, fl. 61).

Assim, levando em consideração as circunstâncias supramencionadas, tem-se que o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada genitor atende aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como se coaduna com o *quantum* aplicado por esta Corte em situações que envolvem a perda de um ente familiar.

Confere-se:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR DANOS PATRIMONIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. INVASÃO DE ACOSTAMENTO EM RODOVIA. ATROPELAMENTO E ÓBITO DA VÍTIMA. NÃO OBSERVÂNCIA DA DISTÂNCIA SEGURA DA BORDA DA PISTA. CULPA EXCLUSIVA DO CONDUTOR DO CAMINHÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA. PENSÃO MENSAL. CONTRIBUIÇÃO DA VÍTIMA NO SUSTENTO DO LAR. PENSÃO DEVIDA. VALORES A SEREM DESCONTADOS DA COBERTURA DE DANOS MATERIAIS.

QUANTUM E TERMO FINAL. CRITÉRIOS DE ORIENTAÇÃO DA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. VERBAS DE NATUREZAS DISTINTAS. DANOS MORAIS. QUANTUM COMPENSATÓRIO. R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) PARA CADA AUTOR. CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. LIDE SECUNDÁRIA (Apelação Cível n. 0309151-47.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 12-06-2018, grifo nosso).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973. COLISÃO ENTRE CAMINHONETE E MOTOCICLETA. MANOBRA DE CONVERSÃO À ESQUERDA. OBSTRUÇÃO DA VIA. CONTRA MÃO DE DIREÇÃO. CAUSA PREPONDERANTE DO INFORTÚNIO. EXCESSO DE VELOCIDADE NÃO COMPROVADO. DESOBEDIÊNCIA ÀS REGRAS BÁSICAS DE TRÂNSITO. CULPA EXCLUSIVA CARACTERIZADA. DEVER DE REPARAÇÃO INTEGRAL DOS PREJUÍZOS. DANO MORAL. ÓBITO DA MOTOCICLISTA. ARBITRAMENTO. ORIENTAÇÃO PELOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DO QUANTUM PARA R\$ 50.000,00 PARA CADA GENITOR E R\$ 25.000,00 PARA A IRMÃ DA VÍTIMA. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. VÍTIMA QUE CONTAVA 21 ANOS DE IDADE, EXERCIA ATIVIDADE LABORATIVA E RESIDIA COM OS PAIS. PRESUNÇÃO DE AUXÍLIO NO SUSTENTO DO LAR. VERBA DEVIDA. FIXAÇÃO EM PATAMAR PROPORCIONAL À CONTRIBUIÇÃO. MANUTENÇÃO. LUCROS CESSANTES. CARREIRA PROFISSIONAL INTERROMPIDA. MERA EXPECTATIVA. PREJUÍZOS NÃO CONFIGURADOS. APELO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDO [...] (Apelação Cível n. 0017455-16.2012.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 21-2-2017).

Outras: Apelação Cível n. 0300311-21.2014.8.24.0021, de Cunha Porã, rel. Des. Carlos Roberto da Silva, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 20-02-2017 (R\$ 50.000,00); Apelação Cível n. 2009.009041-5, de Itajaí, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 07-10-2010 (R\$ 50.000,00); Apelação Cível n. 2006.038479-1, de Canoinhas, rel. Des. Eládio Torret Rocha, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 13-05-2010 (R\$ 50.000,00 para cada autor).

Logo, mantém-se incólume a sentença vergastada no ponto.

II – Tese remanescente da parte ré:

Sustenta ainda a terceira demandada, “no que concerne a pensão mensal fixada, foi estipulada como marco inicial a data em que a vítima completaria 14 anos de idade sob o fundamento de que, nesta idade, seria presumido que com esta idade ingressaria no mercado de trabalho na condição de aprendiz. [...] É sabido que, via de regra, o ingresso no mercado de trabalho se dá, quando precoce, com 18 anos de idade, após a conclusão do ensino médio. [...] Não obstante, o contrato de aprendizagem tem duração máxima de dois anos, impedindo a fixação da referida pensão desde a data em que a vítima completaria 14 anos” (fl. 317).

Razão não lhe assiste.

Isso porque a orientação jurisprudencial é que, ainda que a vítima fatal seja menor sem idade hábil para o exercício de trabalho remunerado, o arbitramento da pensão alimentícia deve iniciar a partir da data em que a vítima completaria, se viva estivesse, 14 (quatorze) anos de idade, período em que o direito laboral admite o contrato de trabalho.

Confere-se julgado da Corte Superior:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. QUEDA DE COMPOSIÇÃO FERROVIÁRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS PRETENDIDOS PELA MÃE E PELO PADRASTO DA VÍTIMA. [...] PENSIONAMENTO MENSAL EM BENEFÍCIO DA GENITORA DA VÍTIMA. FAMÍLIA DE BAIXA RENDA. PRESCINDIBILIDADE DA PROVA DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA PELO MENOR. [...] Consoante a jurisprudência desta Corte, a pensão mensal em tal situação deve ser fixada no patamar de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, desde os 14 anos de idade da vítima (data em que o direito laboral admite o contrato de trabalho) [...] (REsp 1201244/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 5-5-2015, DJe 13-5-2015, grifo nosso).

E deste Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE ESCOLAR MUNICIPAL. MORTE DE FILHO MENOR [...] PENSÃO MENSAL DEVIDA AOS PAIS. UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE DE CÁLCULO. TERMO INICIAL DA OBRIGAÇÃO. DATA EM QUE O MENOR COMPLETARIA 14 ANOS DE IDADE. TERMO FINAL QUANDO ATINGIRIA 25 ANOS. SENTENÇA QUE DECIDIU CONFORME POSTULADO NO APELO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. INSURGÊNCIA NO PONTO NÃO CONHECIDA. RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E DESPROVIDOS. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO (Apelação / Remessa Necessária n. 0000750-20.2009.8.24.0009, de Bom Retiro, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 12-3-2019, grifo nosso).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO OCORRIDO EM 1984. MORTE DO CÔNJUGE E DE DOIS FILHOS DA DEMANDANTE. LESÕES SOFRIDAS TAMBÉM PELA AUTORA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA [...] PENSÃO PELA MORTE DA FILHA MENOR DE IDADE. MANUTENÇÃO. ENTENDIMENTO DO STJ. TERMO A QUO. A PARTIR DA DATA EM QUE A MENOR COMPLETARIA 14 ANOS DE IDADE. [...] (Apelação Cível n. 0003130-50.1999.8.24.0014, de Campos Novos, rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 11-9-2018, grifo nosso).

E, por fim:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE APELAÇÃO DO RÉU. [...] FALECIMENTO DE FILHO MENOR. POSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO DE PENSÃO AO GENITOR. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 491 DO STF. MARCO INICIAL A CONTAR DA DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 14 ANOS DE IDADE. PLEITO PARA REDUÇÃO. INVIABILIDADE. QUANTUM FIXADO COM BASE NO SALÁRIO MÍNIMO. MANUTENÇÃO. NECESSIDADE, OUTROSSIM, DE EXCLUSÃO DO VALOR REFERENTE AO 13º SALÁRIO. ACOLHIMENTO DO PLEITO NESTE PARTICULAR. [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 2014.003052-5, de Chapecó, rel. Des. Rubens Schulz, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 14-9-2015, grifo nosso).

Portanto, estando a decisão combatida em conformidade com o entendimento acima exposto, não há falar em alteração do termo inicial da pensão mensal fixada.

III – Dos honorários recursais:

Por fim, em razão do desprovimento de ambos os recursos, e seguindo o regramento do CPC/2015, deve haver a majoração da verba honorária sucumbencial, com base no art. 85, § 11, conforme já orientou o Superior Tribunal de Justiça no Enunciado Administrativo n. 7, *in verbis*:

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

E o citado dispositivo preconiza:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...) § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Sobre o tema, prescreve a doutrina:

No sistema do CPC pode haver a imposição de *nova* verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância e que é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância superior.

O juiz de primeira instância, ao estipular o percentual dos honorários, não tem como saber se haverá recursos

que demandarão mais trabalho do advogado. Porém, não se pode deixar de remunerar esse trabalho, sob pena de violação ao princípio constitucional da justa remuneração (CF 7º) (NERY JÚNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Comentários ao Código de Processo Civil, novo CPC Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ps. 436-437).

Observa-se que o Juízo de primeiro grau fixou a verba honorária em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, na forma *pro rata* entre as partes, é saber, 10% (dez por cento) em favor do patrono da parte autora, a ser pago pela terceira demandada, e o restante em favor do primeiro requerido e segunda requerida, a ser pago pelos demandantes.

Confere-se (fl. 238):

Arbitro os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, os quais serão devidos na proporção de 50% (cinquenta por cento) pela parte autora em favor dos advogados dos réus Marcelo Kreuz Johann e Icatel - Telemática Serviços e Comércio Ltda. e 50% (cinquenta por cento) pela ré Itamar Luiz Mior – ME em favor dos patronos da parte autora.

Dessa forma, não havendo nenhuma insurgência a respeito do tema, mantém-se a retromencionada distribuição dos ônus sucumbenciais, e tendo a decisão sido publicada após a entrada em vigor do CPC/2015, majoram-se honorários advocatícios em favor da parte contrária de 10% (dez por cento) para 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação, na forma do art. 85, §§ 2º e 11, do CPC/2015.

Entretanto, permanece suspensa a exigibilidade da verba sucumbencial em relação aos autores, nos moldes do art. 98, § 3º, do CPC/2015, uma vez que são beneficiários da justiça gratuita (fl. 43).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos e negar-lhes provimento e, em consequência, majorar os honorários de sucumbência em favor dos patronos das partes apeladas, conforme fundamentação supra.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Ação Rescisória n. 4035425-50.2018.8.24.0000, Turvo

Relator: Desembargador Luiz Zanelato

AÇÃO RESCISÓRIA. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DESTA CORTE, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, QUE REJEITOU PEDIDO DO EXECUTADO PARA ESTENDER O BENEFÍCIO DA IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL, RECONHECIDO JUDICIALMENTE EM OUTRO FEITO, A DETERMINADA PORÇÃO DE CEREAL DELA COLHIDO E PENHORADA NOS AUTOS.

MANIFESTA VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA (ARTIGO 966, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, COMO FUNDAMENTO DA DEMANDA RESCISÓRIA. TESE INSUBSISTENTE. CAUSA DE PEDIR QUE NÃO SE ENQUADRA EM QUALQUER DAS HIPÓTESES LEGAIS DE RESTRIÇÃO À RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO DEVEDOR. REEXAME DOS FATOS OU MERA INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DE NORMAS QUE NÃO AUTORIZA A RESCISÃO DA COISA JULGADA MATERIAL QUE, INCLUSIVE, ASCENDEU A INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA (ARTIGO 5º, XXXVI, DA CARTA MAGNA). AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE RESCINDIBILIDADE APTA A DESCONSTITUIR A DECISÃO JUDICIAL DE MÉRITO IMPUGNADA. JUÍZO RESCINDENDO IMPROCEDENTE.

“A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade” (STJ. REsp 1702281/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017).

JUÍZO RESCISÓRIO PREJUDICADO.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. EXIGIBILIDADE SUSPensa POR SER O VENCIDO BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 98, § 3º, DO CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 4035425-50.2018.8.24.0000, da comarca de Turvo Vara Única em que é/são Autor (s) Vilmar José da Silva e Réu (s) Antônio Ari da Costa.

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o pedido rescindendo, declarar prejudicado o juízo rescisório, e condenar o autor ao pagamento das custas e honorários de sucumbência, suspensa sua exigibilidade pela gratuidade da justiça. Custas de lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Desembargadores Cláudio Barreto Dutra (presidente), Monteiro Rocha, Torres Marques, Sérgio Izidoro Heil, José

Carlos Carstens Köhler, Rejane Andersen, Jânio Machado, Roberto Lucas Pacheco, Túlio Pinheiro, Robson Luz Varela, Sebastião César Evangelista, Carlos Adilson Silva, Mariano do Nascimento, Altamiro de Oliveira, Newton Varela Júnior, Gilberto Gomes de Oliveira, Janice G. Garcia Ubialli, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato e Jaime Machado Júnior.

Florianópolis, 13 de maio de 2020.

Desembargador Luiz Zanelato
Relator

RELATÓRIO

Vilmar José da Silva propôs ação rescisória com o objetivo de desconstituir acórdão da Terceira Câmara de Direito Comercial deste egrégio Tribunal de Justiça, que, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 0032062-94.2016.8.24.0000, interposto de decisão de primeiro grau, exarada nos autos da execução de título extrajudicial (autos nº 0000712-40.2005.8.24.0076) proposta por Antônio Ari da Costa, manteve o indeferimento do pedido de impenhorabilidade sobre determinada quantidade de cereal (1.500 sacas de arroz de sessenta quilos cada volume).

Na causa de pedir desta ação rescisória, o autor sustenta, em síntese, que (a) a decisão rescindenda, além de violar norma jurídica protetora dos bens impenhoráveis, ainda gerou precedente deste Tribunal de Justiça, contrário a todo o posicionamento nacional, quanto à extensão da impenhorabilidade aos frutos da pequena propriedade rural; (b) a prova da necessidade exsurge da própria declaração de impenhorabilidade do bem, não cabendo ao Judiciário exigir outra comprovação; (c) além da impenhorabilidade refletida nos frutos, a renda percebida pelo demandante possui caráter alimentar, não somente para subsistência, como também para angariar subsídios financeiros para viabilizar a próxima safra, demonstrando a necessidade dos frutos pelo requerente; (d) é de se presumir que os frutos colhidos da pequena área rural devem ser protegidos, salvo prova robusta em sentido contrário ao entendimento da proteção absoluta; (e) a Lei nº 8009/90, no art. 1º, parágrafo único, abarca como impenhorável as plantações no imóvel considerado bem de família.

Recebida a petição inicial pela decisão monocrática de fls. 291-295, concedeu-se gratuidade judiciária ao demandante, que foi dispensado do depósito judicial previsto no art. 968, § 1º, do CPC, e indeferiu-se o pedido de tutela provisória de urgência com a finalidade de suspender os atos expropriatórios dos bens penhorados.

Houve pleito de reconsideração, não conhecido, por não constituir meio processual apto a impugnar o ato judicial denegatório da tutela de urgência, ordenando-se a citação da parte ré (fls. 308-309).

Após malogradas tentativas de citação, o autor requereu consulta ao sistema INFOSEG, tendente a descobrir o paradeiro do réu, o que foi deferido (fl. 327).

À fl. 336, foi anunciado o falecimento do réu Antonio Ari da Costa, comprovado pela certidão de óbito coligida à fl. 345, razão por que se suspendeu o processo nos termos do art. 313, I, do CPC, e determinou-se a intimação do autor para promover a sucessão processual, mediante citação do espólio do réu ou, sendo o caso, dos herdeiros (fl. 347).

O autor volveu aos autos às fls. 349-350, com a informação de que "requerido Antonio Ari da Costa cedeu o crédito da Ação de Execução a EDMILSON PESSI, brasileiro, casado, empresário do ramo de Lotéricas da Caixa, portador do CPFMF sob nº. 501.852.769-20, residente e domiciliado na Rua Nereu Ramos, nº. 478, CEP 88930-000, centro, cidade de Turvo/SC. Consta também, que os sucessores do exequente, PATRICK DA COSTA, PAULO ANTONIO DA COSTA E PATRÍCIA COSTA, ratificaram a anterior cessão de crédito feita pelo exequente em favor do ora cessionário", motivos pelos quais requereu a habilitação do cessionário, com a respectiva citação.

Regularmente citado, o sucessor processual, Edmilson Pessi, ofereceu contestação às fls. 359, em que pontua: (a) o autor, Vilmar José da Silva, durante sua trajetória, exerceu diversas funções e cargos públicos, tanto no âmbito municipal quanto estadual, encontra-se aposentado, não sendo possível ao requerido dizer se o benefício previdenciário que recebe é aquele destinado aos agricultores ou se provém das bem remuneradas atividades públicas, aliás, sempre bem executadas pelo autor desta demandada. Ele reside na companhia da esposa, também aposentada, em uma bela moradia assentada sobre dois lotes urbanos, no endereço declinado no frontispício. Explora, mas não trabalha na propriedade rural; (b) a comprovação de que a exploração das terras rurais não é executada pelo autor ou entidade familiar, e sim mediante contratação com terceiros, não pode ser feita nos estreitos limites da presente resposta; (c) o autor forra a irresignação de manifesta violação de norma jurídica ancorado no inciso V, do art. 966, do CPC/15, entendendo que o julgado rescindendo não contemplou a análise pontual das normas jurídicas violadas; (d) não há violação de norma jurídica pelo acórdão objeto da ação rescisória.

Às fls. 390-393, o autor peticionou nos autos formulando novo requerimento de reconsideração da negativa do pedido de tutela antecipada, com base em fatos e documentos novos, que já restara indeferida.

Os autos vieram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1. Juízo de admissibilidade

Inicialmente, registra-se que a ação rescisória foi ajuizada em 18-12-2018, com fundamento processual no Código de Processo Civil de 2015, à luz do qual será apreciada.

Considerando que o trânsito em julgado do provimento rescindendo operou-se em 28-08-2018, não houve o decurso do prazo decadencial de dois anos, previsto no art. 975 do CPC, apresentando-se tempestiva a demanda.

Desnecessário o conhecimento do novo pedido de reconsideração da tutela antecipatória, tendo em vista que a ação rescisória tramita há mais de um ano e o processo está apto para julgamento, com formação do contraditório, mostra-se mais vantajosa a prestação jurisdicional definitiva em sede de cognição exauriente.

Por estar a ação fundamentada tão somente na hipótese de violação manifesta à norma jurídica (art. 966, V, do CPC), 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.

2. Fundamentação

A ação rescisória proposta por Vilmar José da Silva tem como fundamento jurídico, por ele apontado, a hipótese prevista no inciso V do art. 966 do CPC/2015, com este teor:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

§ 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.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

§ 4º Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em

enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência) [destacou-se]

De acordo com o magistério de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “o julgamento do mérito da ação rescisória se subdivide em juízo rescindendo e juízo rescisório, simultaneamente. O tribunal não pode rescindir a sentença ou acórdão (*iudicium rescindens*) e devolver os autos à instância inferior para proferir rejuízo (*iudicium rescisorium*). A norma indica claramente que o mérito da rescisória se subdivide em dois pontos e o tribunal é competente para julgar o mérito por inteiro” (*Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 983).

Portanto, o juízo rescindendo ou rescidente consiste na verificação da ocorrência, na decisão de mérito transitada em julgado, do alegado vício passível de desconstituição. Isso porque, se inexistente o motivo de rescindibilidade da sentença, não cabe reapreciação ou rejuízo da questão, ainda que tivesse razão a parte vencida, porquanto são taxativas as hipóteses que autorizam o afastamento da garantia constitucional da coisa julgada.

No caso vertente, o autor afirma que o acórdão da egrégia Terceira Câmara de Direito Comercial, impugnado pela presente ação rescisória, viola manifestamente a norma jurídica de proteção da impenhorabilidade da pequena propriedade rural, ao permitir a constrição judicial sobre 1500 (mil e quinhentas) sacas de arroz daquela colhidas.

Argumenta o autor, a seu prol, que (a) “a jurisprudência nacional caminha no sentido da impenhorabilidade do fruto do bem impenhorável”; (b) “aceitar que uma área declarada impenhorável por gerar sustento do proprietário, e por um outro lado, permitir a penhora dos frutos, significa dar com a mão e tirar com a outra, o que é inaceitável”; (c) o ônus da prova, nesse sentido, caso fosse necessário, que diga-se de passagem não seria possível pela própria declaração da impenhorabilidade, seria do requerido e não do requerente, amparado pela decisão judicial; (d) houve ofensa às regras previstas no art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90, ao art. 833, IV e VIII, do CPC, bem como ao art. 4º da Lei nº 8.629/93.

Contudo, em que pese as razões deduzidas pelo demandante, elas não se prestam a demonstrar a ocorrência da hipótese de rescindibilidade do acórdão deste Tribunal de Justiça, prevista no art. 966, V, do CPC/2015.

De acordo com o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, “violação manifesta, referida pelo art. 966, V, do novo Código exprime bem a que se apresenta frontal e evidente à norma, e não a que decorre apenas da sua interpretação diante da incidência, sobre determinado quadro fático” (*Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 890).

Na mesma linha de raciocínio, Theotônio Negrão, com respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, leciona que “a afronta deve ser direta – contra a literalidade da norma jurídica – e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica” (STJ. EAR 720/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/10/2002, DJ 17/02/2003) (*Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 871)

Ocorre que, conforme já exposto na decisão monocrática que indeferiu o pedido do autor, de tutela de urgência, o acórdão objeto da ação rescisória rechaçou a pretendida extensão da impenhorabilidade aos frutos destacados de pequena propriedade rural, por considerar inexistirem provas de que os produtos penhorados são indispensáveis ao sustento do executado e, ainda, que os rendimentos dele sejam exclusivamente provenientes de sua produção agrícola (fls. 291-295). Além do que, o órgão colegiado fundamentou que “*o insurgente possui outros imóveis rurais (fl. 27-30), certamente com produção agrícola, de maneira que a desconstituição da penhora deixaria o agravado impossibilitado de receber seu crédito.*” (fl. 215)

Como evidenciado, o acórdão ora combatido pautou-se no exame das provas existentes nos autos do recurso de agravo de instrumento e, à primeira vista, não afrontou a norma jurídica em destaque, mas tão somente afastou o benefício da impenhorabilidade por considerar não estarem preenchidos os requisitos jurídicos para tanto.

A responsabilidade patrimonial do devedor no processo executivo encontra previsão legal no artigo 798 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Em complemento, a norma do artigo 832 do CPC preceitua que “não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”.

Portanto, cabe ao legislador definir de maneira taxativa as hipóteses de impenhorabilidade.

Por essa razão, o legislador estabelece um rol, no artigo 833 do Código de Processo Civil, contemplando os bens considerados impenhoráveis, *in verbis*:

Art. 832. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria,

as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º ;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Como se denota da norma legal transcrita, o 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 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 a 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.

“A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade” (STJ. REsp 1702281/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 19/12/2017).

Deste modo, forçoso concluir que não estão presentes as hipóteses de rescindibilidade alegadas pela parte autora na petição inicial desta ação rescisória, o que obsta a pretendida desconstituição da coisa julgada e importa na improcedência do juízo rescindendo (*iudicium rescindens*).

Por consequência lógica, fica prejudicada a análise do juízo rescisório (*iudicium rescissorium*), o qual pressupõe a desconstituição da decisão judicial de mérito submetida à rescisão.

3. Sucumbência

Sucumbente o autor, faz-se necessária sua condenação ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios em favor do procurador da parte ré, nos termos dos arts. 85, *caput*, e 98, § 2º, ambos do CPC.

Não tendo havido condenação, tampouco proveito econômico decorrente deste provimento jurisdicional, e considerado o fato de o valor da causa ser muito baixo, os honorários advocatícios são fixados por equidade, nos termos do art. 85, § 8º, do CPC/15, em R\$ 3.000,00 (três mil reais), para tanto ponderados a natureza de não elevada complexidade da causa, o grau de zelo e diligência, e tempo empregado, do causídico atuante no feito, que alcançou êxito.

Há se considerar o fato de que o demandante é beneficiário da gratuidade da justiça, razão por que, na forma do art. 98, § 3º, do CPC, “as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”.

Por mesma razão, o autor foi dispensado inicialmente do depósito previsto no art. 968, II, do CPC (fls. 291-295).

4. Dispositivo

Diante do exposto, voto por:

(i) julgar improcedente o pedido do juízo rescindendo (*iudicium rescindens*), nos termos do art. 487, I, do CPC/15;

(ii) declarar prejudicado o pedido do juízo rescisório (*iudicium rescissorium*);

(iii) condenar o autor 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 força do disposto no art. 98, § 3º, do CPC, por ser o vencido beneficiário da gratuidade da justiça.

É como voto.

Embargos de Declaração n. 4006188-05.2017.8.24.0000/50000, de Joinville

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – AÇÃO RESCISÓRIA – INSURGÊNCIA DO AUTOR – ALEGADA CONTRADIÇÃO – PRETENZA MÁCULA NO ARESTO DESTE COLEGIADO AO JULGAR IMPROCEDENTE O PLEITO EXORDIAL, RELACIONADO AO ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POR APRECIÇÃO EQUITATIVA EM R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS), E FIXAR O ESTIPÊNDIO PATRONAL, NA PRESENTE DEMANDA, EM 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA – INSUBSISTÊNCIA – TRÂMITE DAS “ACTIOS” SOB A ÉGIDE DE REGRAMENTOS PROCESSUAIS DISTINTOS – PREVISÃO, PELO DIPLOMA DE 1973, DO ESTABELECIMENTO EQUITATIVO DA VERBA (ART. 20, § 4º), NAS CAUSAS DESPROVIDAS DE PROVEITO ECONÔMICO QUANTIFICÁVEL – HIPÓTESE VERSADA NO FEITO ORIGINÁRIO – ORDENAMENTO EM VIGOR, NÃO OBSTANTE, QUE ENUNCIA O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA CONDENAÇÃO SUCUMBENCIAL EM IMPORTÂNCIA FIXA (ART. 85, § 8º) – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA O AFASTAMENTO DA REGRA GERAL DE ESTIPULAÇÃO EM PATAMARES PERCENTUAIS – VIA RECURSAL QUE INADMITTE A REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DECIDIDAS – REVOLVIMENTO DA MATÉRIA PREVIAMENTE DELIBERADA OBSTADA NA VIA ACLARATÓRIA – REJEIÇÃO.

Inviável o manejo de embargos de declaração visando à rediscussão de assertivas outrora analisadas, porquanto adstrita tal via recursal a sanar os vícios elencados no art. 1.022 da codificação processual.

Embora tenha o embargante aventado a existência de contradição no acórdão guerreado – ao julgar improcedente a pretensão rescisória e arbitrar os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa –, deflui-se que sua intenção é, em realidade, a de rediscutir a conclusão lançada pelo julgado, no sentido de inexistir violação à norma jurídica no “decisum” questionado ao fixar a verba honorária, sob a égide do revogado Código de Processo Civil, por apreciação equitativa.

Dessa forma, os presentes embargos declaratórios merecem ser rejeitados.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS – RECLAMO QUE NÃO INAUGUROU A INSTÂNCIA REVISORA – MERO INCIDENTE – IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO – ENTENDIMENTO ASSENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DOS EDCL. NO AGINT NO RESP. 1573573 / RJ.

Nos moldes do posicionamento externado pela Corte Superior, em se tratando de mero incidente processual, descabida é a majoração dos honorários em sede de recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração n. 4006188-05.2017.8.24.0000/50000, da comarca de Joinville 1ª Vara de em que é Embargante Damiano Flenik e Embargado Banco Votorantin S/A.

A Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por meio eletrônico, à unanimidade, rejeitar os embargos declaratórios. Custas legais.

Do julgamento, realizado em 13 de maio de 2020, participaram os Exmos. Srs. Des. Sebastião

César Evangelista, Carlos Adilson Silva, Mariano do Nascimento, Altamiro de Oliveira, Newton Varella Júnior, Gilberto Gomes de Oliveira, Janice Ubiali, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, Jaime Machado Junior, Cláudio Barreto Dutra, Monteiro Rocha, Torres Marques, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, Rejane Andersen, Jânio Machado, Roberto Lucas Pacheco e Tulio Pinheiro.

Florianópolis, 25 de maio de 2020.

Desembargador Robson Luz Varella
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por Damiano Flenik contra o aresto de fls. 277/301 dos autos principais, prolatado por este Colegiado, o qual afastou as prefaciais suscitadas na contestação e, no mérito, julgou improcedentes as pretensões exordiais formuladas na ação rescisória proposta em desfavor de Banco Votorantim S/A, condenando o autor, ora embargante, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor corrigido da causa, suspendendo, contudo, a exigibilidade de tais verbas, pela concessão da gratuidade da justiça.

No reclamo (fls. 01/02), sustentou o insurgente a existência de contradição, no julgado, ao estabelecer o estipêndio patronal, relativo à presente “actio”, em 10% (dez por cento) sobre o montante atribuído à demanda, enquanto rejeitou a pretensão rescisória atrelada à fixação de sua remuneração profissional, no feito de origem, em apenas R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Reiterou a expressividade da valoração do imóvel debatido nos embargos de terceiro, cujo “decisum” objetivava rescindir.

Ponderou o labor desempenhado pelos procuradores das partes vencedoras naquele processo (elaboração da inicial, impugnação e recursos) e nestes autos (mero oferecimento de contestação).

Concluiu pugnano pelo acolhimento dos aclaratórios.

É relato do essencial.

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar a ausência de qualquer nulidade diante da inexistência de intimação da parte embargada para apresentação de resposta, porquanto, como se abordará a seguir, serão rejeitados os presentes embargos. Mesmo porque, estabelece o § 2º do art. 1.023 do Código

de Processo Civil que “O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, **caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada**” (sem grifos no original).

Estabelecida essa premissa, passa-se ao exame da insurgência.

As hipóteses de cabimento dos aclaratórios encontram-se dispostas na Lei n. 13.105, de 16/3/2015, a qual estabelece:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III – corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Pela leitura do dispositivo, infere-se que, constatada obscuridade, contradição, omissão ou erro material no julgado proferido, poderá o litigante prejudicado manejar aclaratórios a fim de sanar referidas máculas, sobre as quais se tecem breves esclarecimentos.

A obscuridade consubstancia-se em texto mal formulado pelo prolator do “decisum”, órgão singular ou colegiado, de forma que o raciocínio exposto se torna ininteligível e, por conseguinte, inapto a conferir certeza jurídica à controvérsia, por não ser suficientemente claro e preciso.

A contradição, por sua vez, caracteriza-se pelo conflito direto entre assertivas deduzidas, o que torna possível a obtenção concomitante de mais de uma resposta, com nortes divergentes, acerca da conclusão que se pretendia externar na apreciação jurisdicional da lide. Tais discrepâncias podem ser vislumbradas essencialmente em três hipóteses: nos fundamentos da decisão; contraposição entre preceitos da fundamentação e dispositivo e/ou; na própria parte dispositiva.

A omissão, ademais, consiste na inexistência de manifestação quanto a fundamentos de fato e de direito sobre os quais o julgador, necessariamente, deveria se pronunciar. Nesse aspecto, inclusive, o Código de Processo Civil trouxe contornos mais detalhados ao conceito, pois esclareceu ser omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência, bem como incorrer em uma das condutas descritas no art. 489, § 1º, da citada codificação.

Finalmente, o erro material diz respeito aos “erros de cálculo e as inexatidões materiais (art. 494, I, do CPC) [...] Inexatidão material constitui erro na redação da decisão – e não no julgamento

nela exprimido” (Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero. Novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 954).

No caso, cinge-se a argumentação do recorrente à existência de mácula no acórdão, diante da contradição entre os parâmetros de arbitramento da verba honorária referente ao processo originário, fixada equitativamente em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), e na presente ação rescisória, estabelecida em 10% (dez) por cento sobre a cifra atualizada da causa.

Pela leitura do “decisum” embargado, denota-se ter este expressamente esclarecido que a remuneração profissional devida ao causídico da parte vencedora dos embargos de terceiro fora arbitrada por apreciação equitativa, medida que se mostrava plenamente viável nas causas desprovidas de cunho condenatório, com fundamento no § 4º do art. 20 do Código de Ritos de 1973, vigente à época.

E, relativamente à ausência de proveito econômico quantificável, ressaltou pontualmente o julgado, socorrendo-se, inclusive, a precedentes deste Sodalício:

Ainda que a controvérsia estabelecida naquela demanda relacione-se ao objeto do ‘contrato particular preliminar de compra e venda de imóvel’ de fls. 35/40 e correspondente escritura pública de fls. 41/44, não se debatia a propriedade do bem em questão, mas tão só a legalidade da constrição levada a efeito nos autos da execução de n. 038.12.014096-6.

Nessa toada, a decisão de procedência exarada nos embargos de terceiro ostenta natureza constitutiva negativa, prestando-se à desconstituição da situação processual originada pela constrição judicial indevida. (fls. 297/298).

Nada obstante, diversamente do ocorrido no processo sobre o qual recai o pleito rescisório, o presente feito tramitou sob a égide da Lei Adjetiva Civil de 2015, legislação que enuncia, como regra, a estipulação dos honorários advocatícios em percentual, entre os patamares de 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento), incidentes sobre a importância da condenação, do proveito econômico obtido ou do valor atualizado da causa.

Como é sabido, no sistema processual em vigor, a fixação equitativa do estipêndio patronal (art. 85, § 8º) apenas tem espaço, de forma subsidiária, quando inestimável ou irrisório o proveito econômico ou diminuta a quantia conferida ao litígio.

Outrossim, a situação versada não culminou na aplicação da norma de caráter subsidiário, porquanto incorrentes qualquer das hipóteses ensejadoras da respectiva incidência.

E, justamente considerando o simples oferecimento de contestação pelo réu, tal como asseverado pelo ora embargante, é que se estabeleceu a verba honorária no patamar mínimo legal, qual seja, de 10% (dez por cento) sobre o montante corrigido da “actio”.

Para mais, o aresto deixou claro “estar-se diante da via processual estreita da ação rescisória,

de sorte a se mostrar descabida a aferição da eventual suficiência do valor fixado para fins de bem remunerar o labor profissional do causídico do vencedor [dos embargos de terceiro], havendo de se perscrutar apenas a pretensa ocorrência de violação à norma jurídica aplicável ao caso, sob pena de adoção da excepcional lide como sucedâneo recursal, o que, nos termos já discorridos, não se admite” (fl. 300).

Dessarte, considerando que o feito originário e o presente tramitaram sob a égide de regramentos processuais distintos, inexistente contradição a ser sanada.

Em realidade, ressoa assente a intenção do irrequieto de reexaminar a decisão já lançada de forma fundamentada. Assim o é que este reitera, nesta oportunidade, circunstâncias já ponderadas quando da deliberação pretérita, a exemplo das diversas peças processuais protocoladas no curso do processo e do valor do imóvel cuja constrição se debatia.

Nada obstante, revela-se descabido o revolvimento da matéria vertida no decisório por meio da oposição de embargos declaratórios quando ausente quaisquer omissão, contradição e/ou obscuridade.

A propósito:

Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão, contradição ou erro material porventura existentes no acórdão, não servindo à rediscussão da matéria já julgada. (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 722872/CE, Rel^a. Min^a. Maria Isabel Gallotti, j. em 30/3/2020)

E deste Grupo de Câmaras de Direito Comercial:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO RESCISÓRIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 1.022 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TESES SUSCITADAS QUE PRETENDEM REVISITAR A MATÉRIA EM DEBATE. VEDAÇÃO DE REDISCUSSÃO EM SEDE DE ACLARATÓRIOS. PRETENSÕES VOLTADAS AO PREQUESTIONAMENTO PARA FINS DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ÀS INSTÂNCIAS SUPERIORES. HIPÓTESE DO ART. 1.025 DO NCPC. EMBARGOS REJEITADOS.

Os Embargos de Declaração constituem recurso de contornos rígidos, destinado a promover a integração do decisum omissivo, obscuro ou contraditório. Não se prestam a rediscutir o mérito” (STJ, Edcl no AgRg no REsp 1.379.900/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 25-2-2014). (Embargos de Declaração n. 0155339-84.2015.8.24.0000/50001 e 0155339-84.2015.8.24.0000/50002, Rel. Des. Mariano do Nascimento, j. em 13/6/2018).

De mais a mais, consoante explicitado, o acórdão restou prolatado alicerçado em dispositivos legais pertinentes e em norteados jurisprudenciais acerca do tema, não se verificando equívocos quanto ao julgamento, de forma a restarem ausentes motivos para novo pronunciamento judicial sobre a temática em foco.

Ao arremate, no tocante aos honorários recursais, cumpre consignar o entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça quando da apreciação dos Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial de n. 1.573.573/RJ, assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO CONFIGURADA. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS PARA SANAR O VÍCIO. CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. REQUISITOS.

I – Para fins de arbitramento de honorários advocatícios recursais, previstos no § 11 do art. 85 do CPC de 2015, é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: 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.

II – A título exemplificativo, podem ser utilizados pelo julgador como critérios de cálculo dos honorários recursais: a) respeito aos limites percentuais estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC de 2015; b) observância do padrão de arbitramento utilizado na origem, ou seja, se os honorários foram fixados na instância a quo em valor monetário, por meio de apreciação equitativa (§ 8º), é interessante que sua majoração observe o mesmo método; se, por outro lado, a verba honorária foi arbitrada na origem com base em percentual sobre o valor da condenação, do proveito econômico ou do valor atualizado da causa, na forma do § 2º, é interessante que o tribunal mantenha a coerência na majoração utilizando o mesmo parâmetro; c) aferição do valor ou do percentual a ser fixado, em conformidade com os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º do art. 85; d) deve ser observado se o recurso é parcial, ou seja, se impugna apenas um ou alguns capítulos da sentença, pois em relação aos demais haverá trânsito em julgado, nos termos do art. 1.002 do CPC de 2015, de modo que os honorários devem ser arbitrados tendo em vista o proveito econômico que a parte pretendia alcançar com a interposição do recurso parcial; e) o efetivo trabalho do advogado do recorrido. (Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 4/4/2017).

De acordo com o paradigma acima transcrito, ao qual perfilha a Quarta Turma da Corte Superior (AgInt no AREsp. 1.064.199/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 16/10/2018), o estabelecimento do estipêndio patronal, em sede de recurso, encontra-se atrelado aos seguintes requisitos:

- a) ter a decisão recorrida sido publicada sob a égide da Lei 13.105/2015, ou seja, após 18/3/2016;
- b) haver o desprovimento do recurso ou seu não conhecimento integral;
- c) arbitramento, pelo “decisum” impugnado, de honorários advocatícios;

- d) inauguração, pelo reclamo, da instância recursal (descabimento em incidentes);
- e) impossibilidade de extrapolação dos limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil;
- f) desvinculação com a apresentação de contrarrazões.

Tais premissas restaram assentadas no fato de que a intenção do legislador, ao inserir os honorários advocatícios no ordenamento processual pátrio, foi de desestimular a interposição desenfreada de recursos fadados ao insucesso.

De tal sorte, justifica-se a imposição de honorários adicionais somente àquele que tenha sua insurgência não conhecida ou inacolhida, de modo a fortalecer, também, os comandos prolatados pela instância originária.

Por outro lado, nas hipóteses de provimento, integral ou parcial, do inconformismo, não há conduta processual a ser coibida, sendo o acréscimo na remuneração do procurador da parte vencedora decorrência lógica da redistribuição da sucumbência, inclusive com a consideração da atuação do profissional em grau recursal.

Além disso, a redação do § 11 do art. 85 do Código de Ritos menciona a elevação dos honorários anteriormente fixados, decorrendo desse excerto do dispositivo a conclusão de ser cabível a majoração apenas em prol do vencedor na origem.

Na mesma toada, tendo em vista o viés de sanção processual da parte que recorre desmotivadamente, o oferecimento de resposta não pode figurar como fator impeditivo para a aplicação dos honorários recursais, pois voltados, repita-se, ao desestímulo da pessoa do irresignante. Nada obstante, deve a apresentação de contrarrazões ser contemplada para fins de quantificação da verba patronal em comento.

A esse respeito, extrai-se a conclusão exarada na Jornada de Direito Processual Civil, ocorrida em agosto de 2017, que resultou no seguinte Enunciado: “A ausência de resposta ao recurso pela parte contrária, por si só, não tem o condão de afastar a aplicação do disposto no art. 85, § 11 do CPC”.

E ainda:

[...] é cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil (CPC), mesmo quando não apresentadas contrarrazões ou contraminuta pelo advogado.” (Plenário do STF, Ag. Reg. na Ação Originária n. 2063 AgR/CE, Redator para o acórdão Ministro Luiz Fux, j. em 18/5/2017)

Na espécie, independentemente do presente desfecho conferido à insurgência interposta pelo recorrente, verifica-se não ter o presente reclamo inaugurado a instância recursal (mero incidente), de forma que a majoração dos honorários advocatícios encontra óbice intransponível em tal circunstância.

Por todo o exposto, vota-se no sentido de rejeitar os embargos declaratórios.

Agravo Interno n. 4023686-80.2018.8.24.0000/50000, de Seara

Relator: Desembargador Torres Marques

AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. BENESSE INDEFERIDA APÓS O TRANSCURSO *IN ALBIS* DO PRAZO CONCEDIDO PARA COMPROVAÇÃO DA ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA.

VERIFICAÇÃO DE QUE O BENEFÍCIO ECONÔMICO PRETENDIDO PELOS AUTORES ALCANÇA A IMPORTÂNCIA DE R\$ 949.940,00. DETERMINAÇÃO DE ADEQUAÇÃO DO VALOR DA CAUSA, RECOLHIMENTO DAS CUSTAS INICIAIS E DEPÓSITO DA QUANTIA ESTABELECIDADA NO ART. 968, II, DO CPC. REQUERENTES QUE PERMANECERAM INERTES. INICIAL INDEFERIDA. FEITO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INSURGÊNCIA DOS AUTORES.

SUSTENTADO O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA E A CONSEQUENTE INEXIGIBILIDADE DO DEPÓSITO DE ADMISSIBILIDADE. AUTORES QUE RECONHECERAM AUFERIR LUCRO COM A PROPRIEDADE EM LITÍGIO, AVALIADA EM QUASE UM MILHÃO DE REAIS. FATO QUE, ALIADO AOS DEMAIS ELEMENTOS DOS AUTOS, ENSEJOU A CONCESSÃO DE PRAZO PARA JUNTADA DE DOCUMENTOS CAPAZES DE DEMONSTRAR A ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA. LAPSO TRANSCORRIDO *IN ALBIS*. CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DA BENESSE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TEMPO E MODO. PRECLUSÃO. MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO ANTES RETRATADA NÃO DEMONSTRADA. REQUISITO DA SÚMULA 53 DESTA CORTE NÃO OBSERVADO. NÃO CONHECIMENTO.

IMPOSIÇÃO, DE OFÍCIO, DA MULTA ESTABELECIDADA NO ART. 1.021, §§ 4º E 5º, DO CPC. MANEJO DE RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL APÓS REITERADA INÉRCIA DOS AUTORES FRENTE ÀS DETERMINAÇÕES JUDICIAIS. CARÁTER MERAMENTE PROTETÓRIO EVIDENCIADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 4023686-80.2018.8.24.0000/50000, da comarca de Seara (Vara Única) em que são Agravantes Marcos Rogério Messa Goulart e Ilza Miranda Messa e Agravados Cleumar Paludo e Jair Pedro Benetti.

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, não conhecer do recurso e, de ofício, condenar os agravantes ao pagamento à parte agravada de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, §§ 4º e 5º, do CPC/2015). Custas de lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Des. Cláudio Barreto Dutra (Presidente), Torres Marques, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, Rejane Andersen, Jânio Machado, Roberto Lucas Pacheco, Túlio Pinheiro, Robson Luz Varella, Sebastião César Evangelista, Carlos Adilson Silva, Mariano do Nascimento, Altamiro de Oliveira, Newton Varella Júnior, Gilberto Gomes de Oliveira, Janice Ubiali, Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, Jaime Machado Júnior.

Florianópolis, 10 de junho de 2020.

Des. Torres Marques
RELATOR

RELATÓRIO

Marcos Rogério Messa Goulart e Ilza Miranda Messa interpuseram ação rescisória contra Cleumar Paludo e Jair Pedro Benetti, com fundamento no art. 966, V, do Código de Processo Civil, em face do trânsito em julgado do acórdão proferido nas Apelações Cíveis ns. 2007.033533-7 e 2007.033547-8, o qual reformou a sentença proferida em embargos à execução, afastou a tese de impenhorabilidade do imóvel constrito e determinou o prosseguimento do feito expropriatório n. 0000943-28.2004.8.24.0068.

Recebida a exordial, houve o deferimento do pedido de efeito suspensivo para obstar a prática de qualquer ato expropriatório na execução, e a concessão, em caráter precário, da gratuidade da justiça, condicionada à comprovação da hipossuficiência alegada pelos autores, no prazo de 5 (cinco) dias, nos seguintes termos:

Marcos Rogério Messa Goulart e Ilza Maria Aranda Messa ajuizaram, em 10/9/2018, ação rescisória com pedido liminar em face de Jair Pedro Benetti e Cleumar Paludo, com fundamento no art. 966, V, do Código de Processo Civil, na qual pretendem a rescisão do acórdão proferido nas apelações cíveis n. 2007.033533-7 e n. 2007.033547-8, que deu provimento aos reclamos e determinou a continuidade da execução e, por via de consequência, nesta Instância, buscam a manutenção da sentença que acolheu os embargos à execução “para o fim de declarar a impenhorabilidade do imóvel objeto da constrição nos autos da execução em apenso, matriculado sob o n. 15.493 no Registro de Imóveis da comarca de Seara/SC”.

Alegam os autores, em síntese, que os exequentes constituíram, junto ao pacto de confissão de dívida entabulado, hipoteca por instrumento particular de pequena propriedade rural com valor superior a 30 salários mínimos, cujo negócio, portanto, consoante razões ventiladas na inicial, seria nulo por não cumprir a formalidade prescrita em lei (conjugação dos arts. 104, III, 108 e 1.473, todos do Código Civil).

No mesmo sentido, suscitam questão de ordem pública, qual seja, a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, uma vez que o bem representa 0,25% de um módulo fiscal para a região (imóvel de 57.590,60 m²), razão pela qual se encontra garantido pela proteção constitucional estampada no art. 5º, XXVI, e legislação infraconstitucional (Lei n. 8.009/1990).

Ainda, pretendem a concessão de tutela provisória, uma vez que há elementos necessários à demonstração do perigo de dano e da probabilidade do direito, em especial o risco ao resultado útil do processo, pois “as verbas provenientes do imóvel são de natureza alimentar e, portanto, garantia mínima de sobrevivência da parte autora, e que sua ausência acarreta nas mais diversas dificuldades”.

Tecem ponderações doutrinárias e jurisprudenciais.

Diante disso, requerem, liminarmente, a suspensão da execução n. 0000943-28.2004.8.24.0068 e, no mérito, rescisão da decisão combatida e a renovação do julgamento para “ser reconhecida a impossibilidade do juízo de convalidar a nulidade do negócio jurídico, afastando-se a Sra. Ilza Maria Aranda Messa do polo passivo da execução [...] e seja declarada a impenhorabilidade da pequena propriedade rural”.

Formulam os demais requerimentos de estilo, valoram a causa e pugnam pela concessão de justiça gratuita (fls. 1/52).

Iniciada minha substituição ao relator originário a partir do dia 1º/8/2019 (Portaria GP n. 1.727, de 24 de julho de 2019), vieram os autos conclusos para deliberação em 22/8/2019 (fl. 56).

É o relatório.

Trata-se de ação rescisória ajuizada em face do trânsito em julgado verificado junto à apelação cível que reformou sentença proferida em embargos à execução, a qual acolheu a defesa dos executados, reconheceu a preterição de formalidade considerada essencial pela legislação e declarou impenhorável o imóvel discutido no curso da expropriatória.

A concessão de efeito suspensivo, in casu (art. 969 do CPC), exige a configuração de risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, ou ainda risco ao resultado útil do processo, bem como a demonstração da probabilidade do direito invocado, nos termos do art. 300 do CPC.

No caso concreto, o risco de dano irreparável é inclusive presumido, uma vez que se trata de execução de título extrajudicial, cuja discussão acerca da suposta garantia hipotecária, mantida esta pelo decisum recorrido, resultou na adjudicação do bem na origem pelo exequente (fl. 371, SAJ/PG), pendente apenas a expedição da carta de adjudicação, o que resultará na perda da posse/propriedade do imóvel garantidor da obrigação.

A probabilidade do direito, por sua vez, resulta na aplicação dos arts. 104, III, e 108, ambos do Código Civil, porquanto a lei dispõe taxativamente quanto à necessidade de escritura pública para a constituição de direitos reais sobre imóveis que superem trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

A propósito, o bem foi avaliado em R\$ 949.940,00 (fl. 375, SAJ/PG).

[...]

Diante disso, a concessão do efeito suspensivo é medida salutar para, ao proteger o resultado útil, aguardar o resultado final do mérito da presente ação rescisória, cuja análise será enfrentada em sua completude pelo colegiado, juiz natural da causa, cômico que a presente decisão é proferida em caráter precário e mediante a cognição sumária das alegações vertidas na peça inicial.

Ante o exposto, admito o processamento da presente ação rescisória e defiro o pedido de efeito suspensivo para obstar a prática de qualquer ato expropriatório na execução n. 0000943-28.2004.8.24.0068, em especial impedir a expedição, pelo juízo de origem, da carta de adjudicação em favor do exequente.

Ainda, para resguardar eventual interesse de terceiro interessado, determino a averbação da presente ação rescisória junto à matrícula do imóvel tombado sob n. 15.493, junto ao Registro de Imóveis da comarca de Seara/SC.

Comunique-se à origem, com urgência, inclusive por telefone acerca do inteiro teor da presente decisão.

Defiro aos autores, de forma precária, o benefício da gratuidade da justiça, ocasião em que determino a intimação dos pretendentes para que, no prazo de 5 (cinco) dias, tragam aos autos maiores informações quanto ao preenchimento dos requisitos necessários à concessão da benesse (art. 99, § 2º, do CPC), em especial porque confessadamente auferem lucro com a propriedade em discussão, avaliada em quase um milhão de reais.

Citem-se os réus para, no prazo de 15 (quinze) dias (art. 970 do CPC), querendo, apresentarem contestação (fls. 57/60, grifou-se).

Apresentada a contestação (fls. 69/106) e verificada a inércia dos autores em relação à juntada de provas da alegada hipossuficiência, a gratuidade da justiça foi revogada, com a concessão de prazo para os autores promoverem a adequação do valor da causa, recolherem as custas iniciais e efetuarem o depósito de admissibilidade previsto no art. 968, II, do Código Fux:

In casu, apesar de os autores pretenderem a gratuidade da justiça e, com isso deixar “de realizar o depósito da importância referida no art. 968, II, do NCPC/15” (fl. 52), a decisão liminar foi concedida em caráter precário, condicionada à apresentação, por parte dos autores, no prazo de 5 (cinco) dias, de “maiores informações quanto ao preenchimento dos requisitos necessários à concessão da benesse” (fl. 60).

Logo, o benefício da gratuidade da justiça deve ser revogado e, por consequência, as custas iniciais recolhidas.

Em tempo, infere-se que a ação rescisória foi valorada em R\$ 218.209,08 (fl. 52), na qual se pretende a rescisão da decisão impugnada e “seja reconhecida a impossibilidade do juízo convalidar a nulidade do negócio jurídico” (fl. 51), sendo certo que na própria decisão liminar foi dito que o bem pretendida a adjudicação pelo exequente na origem (já assinado o auto, inclusive) foi avaliado em R\$ 949.940,00 (fl. 375, SAJ/PG).

A partir disso, percebe-se que o benefício econômico pretendido pelos autores, de fato, alcança a importância de R\$ 949.940,00.

Diante disso, com fundamento no art. 292, § 3º, do CPC, o valor da causa deve ser corrigido.

Ante o exposto, revogo a gratuidade da justiça, até então deferida em caráter precário aos autores, determino a readequação do valor da causa, para que passe a constar a quantia de R\$ 949.940,00, bem como ordeno que a parte autora efetue o recolhimento das custas iniciais e cumpra o disposto no inciso II do art. 968 do CPC, no prazo de 5 (cinco) dias (art. 932, parágrafo único, do CPC), tudo sobre o valor readequado da causa, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do feito (art. 102, parágrafo único, c/c art. 968, § 3º, do CPC).

Cumprida a determinação, abra-se prazo para réplica e, após, dê-se vista ao representante do Ministério Público. Em caso de descumprimento, tornem conclusos para extinção.

Intimem-se (fls. 261/264, grifou-se).

Certificada a inércia dos autores, houve a prolação de decisão monocrática terminativa, a qual revogou a liminar anteriormente concedida, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, com base nos arts. 968, § 3º, e 485, I, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Marcos Rogério Messa Goulart e Ilza Miranda em face de Jair Pedro Benetti e Cleumar Paludo, com fundamento no art. 966, V, do Código de Processo Civil, a fim de rescindir o acórdão proferido nas Apelações Cíveis n. 2007.033533-7 e n. 2007.033547-8, o qual determinou o prosseguimento dos autos de execução e reformou a sentença que acolheu os embargos do devedor.

In casu, a parte autora foi devidamente intimada para efetuar o recolhimento das custas processuais, em razão do indeferimento do benefício da justiça gratuita (fl. 264), porém, ficou inerte (fl. 267) (arts. 102, parágrafo único, 319 e 320, do CPC).

Igualmente intimada para realizar o depósito de admissibilidade previsto no art. 968, II, do Código de Processo Civil, deixou transcorrer in albis o prazo assinalado (fl. 267).

Ante o exposto, REVOGO a liminar anteriormente concedida (fls. 57/60), INDEFIRO a petição inicial e JULGO EXTINTO o feito, sem resolução de mérito, com base nos arts. 968, § 3º, e 485, I, do Código de Processo Civil.

Comunique-se à origem, com urgência.

Intimem-se (fls. 269/270).

Ato contínuo, os autores interpuseram o presente agravo interno, no qual defendem fazer jus à gratuidade da justiça, com a consequente inaplicabilidade do depósito de admissibilidade previsto no art. 968, II, do Código Fux.

Ao final, requerem a reconsideração do pronunciamento judicial para determinar o prosseguimento da ação rescisória, com a concessão do benefício pleiteado e, ainda, de efeito ativo para suspender o cumprimento da execução na origem.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 19/26), os autos vieram conclusos.

VOTO

Trata-se de agravo interno interposto por Marcos Rogério Messa Goulart e Ilza Miranda Messa em face da decisão monocrática que, em ação rescisória, revogou a liminar anteriormente deferida para obstar a prática de qualquer ato expropriatório na execução n. 0000943-28.2004.8.24.0068, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, com base nos arts. 968, § 3º, e 485, I, do Código de Processo Civil.

Defendem os agravantes, em síntese, que a justiça gratuita deve ser concedida, diante dos módicos rendimentos que auferem e das dificuldades financeiras enfrentadas, com a consequente inexigibilidade do depósito estabelecido no art. 968, II, do Código de Processo Civil.

Da análise da ação revisional, percebe-se que, por ocasião da análise do pedido de efeito suspensivo, houve a concessão em caráter precário do benefício da gratuidade da justiça, com a determinação de juntada de documentos capazes de comprovar a alegada hipossuficiência, no prazo de cinco dias, haja vista, dentre outros elementos, a declaração de que auferem lucro com o imóvel objeto da ação, avaliado em quase um milhão de reais (fls. 57/60).

Transcorrido *in albis* o prazo concedido, a gratuidade da justiça restou revogada, com a determinação de readequação do valor da causa, recolhimento das curtas iniciais e realização do depósito de admissibilidade instituído no art. 968, II, do Código Fux (fls. 261/264).

Certificada nos autos a inércia dos autores (fl. 267), os quais não cumpriram as determinações acima indicadas nem opuseram resistência a tempo e modo, houve a prolação da decisão monocrática ora agravada, a qual revogou a liminar concedida, indeferiu a petição inicial e julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, nos termos dos arts. 968, §3º, e 485, I, do Código de Processo Civil (fls. 269/270).

Dessarte, encontra-se preclusa a discussão sobre a hipossuficiência dos recorrentes para promover o pagamento das custas processuais.

A respeito da preclusão das matérias resolvidas no decorrer da demanda, colhe-se da doutrina:

Dispõe o art. 507 do NCPC que é “vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão”. Embora não se submetam as decisões interlocutórias, em regra, ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem consequências semelhantes às da coisa julgada formal.

Dessa forma, as questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo. Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 203, §2º, cabe-lhe o direito de recurso por meio do agravo de instrumento (art. 1.015) ou das preliminares da apelação (art. 1.009, §1º). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele é rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão, não sendo mais lícito à parte reabrir discussão, no mesmo processo, sobre a questão” (Theodoro Jr., HUMBERTO. Curso de Direito Processual Civil. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1132/1133).

A título de elucidação, ainda que considera a gratuidade da justiça como matéria de ordem pública, cognoscível a qualquer tempo e instância, uma vez proferida a decisão, sem a oposição do recurso cabível, operam-se os efeitos da preclusão.

A propósito, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

[...] As matérias de ordem pública podem ser apreciadas a qualquer tempo nas instâncias ordinárias. Todavia, existindo decisão anterior, opera-se a preclusão consumativa se não houver impugnação no momento processual oportuno (REsp 1815221/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 15/8/2019).

Portanto, com o indeferimento da gratuidade da justiça no curso da ação, sem insurgência dos autores, inviável a discussão da questão no prazo concedido para os autores se manifestarem a respeito do indeferimento da petição inicial com a consequente extinção do feito.

Os julgados proferidos por este Sodalício em casos análogos não destoam:

APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CONTRATO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. CANCELAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO. RECURSO DA AUTORA.

GRATUIDADE DA JUSTIÇA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PLEITOS INDEFERIDOS EM DECISÃO NÃO COMBATIDA A TEMPO E MODO. PRECLUSÃO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. PARTE RÉ CITADA PARA RESPONDER AO RECURSO. ARTIGO 331, § 1º, DO CPC. OFERECIMENTO DE CONTRARRAZÕES.

RECURSO NÃO CONHECIDO. (Apelação Cível n. 0305087-69.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubiali, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 5/11/2019, grifou-se).

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL - JUSTIÇA GRATUITA - INDEFERIMENTO - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - AUSÊNCIA DE RECURSO - CPC, ARTS. 101 E 1.015, INC. V - PRECLUSÃO TEMPORAL.

A decisão que rejeita o pedido de gratuidade da justiça desafia o recurso de agravo de instrumento, a teor do art. 1.015, inc. V, do Código de Processo Civil, que deve ser interposto no prazo legal, não podendo a parte pretender, em sede de apelação, rediscutir a matéria, haja vista a ocorrência da preclusão. (Apelação Cível n. 0309583-03.2018.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 3/9/2019).

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, EM RAZÃO DA DESISTÊNCIA DA PARTE EXEQUENTE. INSURGÊNCIA DO AUTOR. PRETENSÃO DE DEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA E CONSEQUENTE DISPENSA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. CONCESSÃO DA BENESSE INDEFERIDA EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO RECORRIDA A TEMPO E MODO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. ART. 505, CPC. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE FATO NOVO QUE POSSA TER MODIFICADO A CONDIÇÃO FINANCEIRA DO POSTULANTE. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO ANTE A AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO NA ORIGEM. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0300021-04.2019.8.24.0256, da Capital, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 18/2/2020, grifou-se).

Nesse contexto, revela-se inadequado restabelecer o debate em torno da hipossuficiência financeira alegada pelos autores, porquanto não houve insurgência a tempo e modo contra a decisão anterior que indeferiu a gratuidade da justiça.

Ademais, nos termos da Súmula 53 deste Tribunal de Justiça, “indeferido o pleito de concessão da justiça gratuita, a realização de novo pedido pressupõe demonstração de mudança da condição financeira anteriormente apresentada”, requisito não observado pelos agravantes, que acostaram ao presente recurso justamente os documentos que deveriam ter apresentado quando intimados para comprovar a hipossuficiência alegada na exordial, porquanto anteriores à determinação.

Tal fato, consistente na juntada em sede de agravo interno dos documentos solicitados no decorrer da ação rescisória, os quais já estavam acessíveis aos autores porque anteriores e/ou contemporâneos ao ajuizamento da demanda, somado à reiterada inércia frente às determinações judiciais atinentes à regularização do feito e ao manejo do presente reclamo, manifestamente inadmissível, demonstram o repreensível intuito de obstar a adjudicação do imóvel na origem, em ação de execução que tramita há mais de 15 (quinze) anos.

Para esses casos, o legislador, pautado no dever de boa-fé (art. 5º do CPC), instituiu penalidade à parte que interpor agravo interno manifestamente inadmissível, consoante dispõe o art. 1.021, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

[...]

§ 4º Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

§ 5º A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

Dessa forma, impõe-se a condenação dos agravantes, de ofício, ao pagamento da multa prevista no art. 1.021, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil, no patamar de 1% (um por cento) sobre o valor corrigido da causa, em proveito da parte adversária, sob dois aspectos: a) pretensão de retomar o andamento da ação rescisória, com obtenção de efeito suspensivo para impedir a execução de decisão já transitada em julgado; b) concessão do benefício de justiça gratuita revogada em pronunciamento judicial contra o qual não se insurgiram no momento oportuno.

A interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito da respectiva quantia (art. 1.021, § 5º, do CPC).

Sobre a admissibilidade da imposição de multa quando manifesta a inviabilidade de conhecimento do agravo interno, colhe-se dos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. DESISTÊNCIA TÁCITA E PARCIAL DO APELO EXTREMO EM SEDE DE AGRAVO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

[...]

3. “O ordenamento jurídico admite que a parte inconformada recorra, parcialmente, de uma decisão e, ainda, que o órgão julgador conheça, em parte, do recurso interposto. Não há no ordenamento jurídico nenhuma previsão que autorize a desistência parcial, tácita ou expressa, do Recurso Especial após sua interposição”. “A preclusão consumativa impede que o recorrente, em Agravo em Recurso Especial, selecione, por desistência parcial, expressa ou tácita, as matérias que serão julgadas por esta instância superior.” (AgInt no AREsp 1415893/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Dje 25/10/2019).

4. O recurso mostra-se manifestamente inadmissível, a ensejar a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC, no percentual de 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º, do citado artigo de lei.

5. Agravo interno não provido, com aplicação de multa (AgInt nos EDcl no AREsp 1513487/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 18/2/2020).

No mesmo norte, extrai-se de caso que, embora trate de matéria diversa, contou com aplicação da penalidade em comento:

APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015.

“Quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor da causa devidamente atualizado (art. 1.021, § 4º). Note-se que nesse caso há dever de imposição da multa, na medida em que com isso o legislador busca resguardar a seriedade na interposição do recurso, evitando a proliferação de recursos meramente protelatórios ou temerários (trata-se, portanto, de técnica voltada não só à promoção da boa fé processual, art. 5º, mas também a concretização do direito ao processo com duração razoável, arts. 5º, LXXVIII, da CF, e 4º, CPC). Condenado o agravante, a interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º [...] (Curso de Processo Civil. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 538)”. (Agravo n. 4014585-87.2016.8.24.0000, de Fraiburgo, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 6-6-2017) (Agravo n. 0313671-95.2015.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 19/6/2018).

Ante o exposto, não se conhece do recurso e, de ofício, condena-se os agravantes ao pagamento à parte agravada de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, consoante dispõe o art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º, do citado dispositivo.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 402814-19.2019.8.24.0000, da Capital – Bancário

Relator: Desembargador Luiz Zanelato

AGRAVO DE INSTRUMENTO (ARTIGO 1.015, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015). AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE ACOLHEU PARCIALMENTE A ARGUIÇÃO DE IMPENHORABILIDADE.

RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA

CONSTRIÇÃO JUDICIAL SOBRE VEÍCULO AUTOMOTOR. MAGISTRADO QUE RECONHECEU A IMPENHORABILIDADE DO BEM, ANTE A COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DE QUE O AUTOMÓVEL É UTILIZADO NA INSTALAÇÃO DE TOLDOS E PERSIANAS, RAMO DE ATIVIDADE EMPRESARIAL E OBJETO SOCIAL DA DEVEDORA. ARGUMENTAÇÃO DA AGRAVANTE DE A PROPRIEDADE DO VEÍCULO NÃO PERTENCER À PESSOA JURÍDICA EXECUTADA. TESE REJEITADA. VEÍCULO PENHORADO REGISTRADO NO ÓRGÃO OFICIAL DE TRÂNSITO (DETRAN) EM NOME DO SÓCIO MAJORITÁRIO DA DEVEDORA PRINCIPAL, O QUAL, POR SER FIADOR DO TÍTULO EXEQUENDO, FIGURA COMO LITISCONSORTE PASSIVO NA EXECUÇÃO. CONSTATAÇÃO NOS AUTOS DE QUE REFERIDO VEÍCULO ESTÁ EQUIPADO COM ESCADAS, PERSONALIZADO COM PLOTAGEM E DE USO PARA TRANSPORTE DE PEÇAS, MATERIAIS E FERRAMENTAS NECESSÁRIOS À ATIVIDADE PROFISSIONAL. UTILIDADE E NECESSIDADE DO VEÍCULO PARA O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS DO EXECUTADO MANIFESTAMENTE DEMONSTRADA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 833, V, § 3º, DO CPC. DECISÃO QUE URGE SER MANTIDA.

“A impenhorabilidade de máquinas, livros, ferramentas, utensílios e instrumentos, prevista no art. 833, V, não se vincula ao porte ou valor e, tampouco, ao critério da indisponibilidade ao exercício profissional. É irrelevante, outrossim, a importância da profissão ou sua regulamentação legal, e o trabalho por iniciativa própria ou por conta de outrem. [...] Segundo o art. 833, V, à importância basta que tais bens sejam necessários ou úteis. Por conseguinte, há dois critérios, um deles repousando na simples utilidade, e nenhuma exigência de imprescindibilidade. Com rigorosa exatidão, o STJ proclamou que ‘não exige a lei que o bem seja indispensável ao exercício da profissão’. E, de fato, o emprego do adjetivo indispensável suscitaria graves problemas de aplicação da regra. [...] Ao contrário, adotasse a lei critério da indispensabilidade, tornar-se-ia necessário perquirir a efetiva atividade profissional do executado para decidir se o bem é ou não necessário.” (ARAKEN DE ASSIS. *Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 335-337).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4028014-19.2019.8.24.0000, da comarca da Capital – Bancário 2ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis em que é Agravante Banco do Brasil S/A e Agravados Comércio de Persianas Dondei Ltda e outros.

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

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Guilherme Nunes Born, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Adilson Silva e Mariano do Nascimento.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2020.

Desembargador Luiz Zanelato
Relator

RELATÓRIO

Banco do Brasil S/A interpôs agravo de instrumento de decisão de fls. 454-456, proferida nos autos da ação de execução de título extrajudicial n. 0004510-66.2008.8.24.0023, movida em face de Comércio de Persianas Dondei Ltda, Israel Frede Dondei, Darla Aparecida Gomes Dondei, em curso no Juízo da 2ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis da comarca da Capital - Bancário, que acolheu a exceção de impenhorabilidade apresentada pela parte executada.

[...] Ante o exposto, acolho a impugnação oposta às pp. 342-368 e às pp. 379-384, para declarar a impenhorabilidade do veículo Fiat/Mobi QID8161 e, por consequência, determinar a imediata retirada da restrição a ele imposta à p. 338.

Considerando o exposto desinteresse do exequente no veículo Ford/Fiesta MBY9641, promova-se a retirada de restrição que recaiu sobre ele, à p. 338.

Intimem-se. Cumpra-se. (fls. 454-456)

Nas razões recursais, sustenta, em síntese, que: (a) o executado pretende que seja declarada a impenhorabilidade dos veículos de placas QID 8161 e MBY 9641, alegando que são imprescindíveis ao exercício da atividade empresarial, pois seriam o único meio de transporte; (b) em momento algum o executado trouxe aos autos provas contundentes da indispensabilidade dos bens, de modo que não há como ser acolhido o pedido de afastamento da constrição. Inclusive, o transporte de produtos não é objeto social da empresa, trata de mera atividade acessória, fato constatado da leitura do contrato social; (c) a alienação dos referidos bens não impede a manutenção das atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica, motivo pelo qual deve ser mantida a penhora.

Requer, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo, e, ao final, o provimento do recurso (fls. 01-07).

O recurso foi distribuído por sorteio a esta relatoria.

Na decisão monocrática de fls. 464-467, por ausentes os requisitos autorizadores, o pedido de efeito suspensivo foi indeferido.

Contrarrrazões apresentadas às fls. 471-483, em que os apelados pugnam pelo desprovimento do recurso.

Após, os autos retornaram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

1. Juízo de admissibilidade

Porquanto presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso, e passo ao exame das teses recursais.

2. Fundamentação

O agravo de instrumento foi interposto de decisão interlocutória proferida já na vigência do Código de Processo Civil de 2015, de sorte que os juízos de admissibilidade e de mérito, bem como o processamento do recurso devem ser realizados à luz da nova legislação processual.

Assim, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do recurso, que passa a ser analisado.

Examinados os autos, constata-se que as razões recursais apresentadas no recurso são insuficientes para demonstrar o desacerto atribuído à decisão agravada, que declarou em parte a impenhorabilidade dos bens objeto da constrição judicial.

No caso, o magistrado de primeiro grau declarou ser impenhorável o veículo Fiat/Mobi QID8161 e, por consequência, determinou a imediata retirada da restrição judicial a ele imposta pelo sistema Renajud, por considerar referido bem necessário à atividade profissional exercida pelo executado Israel Frede Dondei, proprietário do automóvel penhorado e demandado na ação execução na condição de garantidor da dívida (avalista) da dívida contraída pela microempresa da qual é sócio majoritário.

A casa bancária insurge-se dessa decisão, alegando insuficiência de provas contundentes da indispensabilidade do bem, que o transporte de produtos não é objeto social da empresa devedora, tratando-se de mera atividade acessória, bem como que a alienação dos referidos bens não impede a manutenção das atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica.

Sucedem tais argumentos não têm o condão de afastar a impenhorabilidade declarada pelo ato judicial impugnado.

Com efeito, a responsabilidade patrimonial do devedor no processo executivo encontra previsão legal no artigo 798 do Código de Processo Civil, segundo o qual “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Em complemento, a norma do artigo 832 do CPC dispõe que “não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”.

Na lição de Fredie Didier Júnior, “a impenhorabilidade de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É uma técnica processual que limita a atividade executiva e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo, a função social da empresa ou a autonomia da vontade. São regras que compõem o devido processo legal, servindo como limitações políticas à execução forçada. (*Curso de Direito Processual Civil: execução*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 831).

Por essa razão, o legislador estabelece um rol no artigo 833 do Código de Processo Civil que prevê os principais bens considerados impenhoráveis, *in verbis*:

Art. 832. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis.

Art. 833. São impenhoráveis:

I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º ;

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

VI - o seguro de vida;

VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

A propósito, Araken de Assis explica que “a impenhorabilidade de máquinas, livros, ferramentas, utensílios e instrumentos, prevista no art. 833, V, não se vincula ao porte ou valor e, tampouco, ao

critério da indisponibilidade ao exercício profissional. É irrelevante, outrossim, a importância da profissão ou sua regulamentação legal, e o trabalho por iniciativa própria ou por conta de outrem. [...] Segundo o art. 833, V, à importância basta que tais bens sejam necessários ou úteis. Por conseguinte, há dois critérios, um deles repousando na simples utilidade, e nenhuma exigência de imprescindibilidade. Com rigorosa exatidão, o STJ proclamou que ‘não exige a lei que o bem seja indispensável ao exercício da profissão’. E, de fato, o emprego do adjetivo indispensável suscitaria graves problemas de aplicação da regra. [...] Ao contrário, adotasse a lei critério da indispensabilidade, tornar-se-ia necessário perquirir a efetiva atividade profissional do executado para decidir se o bem é ou não necessário.” (*Manual da Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 335-337).

No presente caso, de antemão, verifica-se que a constrição judicial recaiu sobre veículo de propriedade do executado Israel Frede Dondei, e não da empresa Comércio de Persianas Dondei Ltda., como afirma o banco agravante no recurso. Logo, os argumentos relativos ao objeto social da pessoa jurídica e a utilidade do automóvel para sua consecução são, a princípio, irrelevantes.

Feita essa consideração, em análise detida dos autos, é possível constatar que a parte agravada logrou êxito em demonstrar a necessidade e utilidade do automóvel penhorado ao exercício de suas atividades profissionais de instalação de toldos e persianas, além da prestação de serviços autônomos como eletricitista.

Como bem destacou o magistrado de primeiro, “os executados juntaram fotos do veículo, pp. 391-384 (SAJPG), dando conta de sua utilização para esses fins, inclusive com plotagem do serviço que realiza “Toldos e Persianas” e, outrossim, equipado com escada” (fl. 391 do SAJPG).

É inegável a necessidade do uso do automóvel para a prestação dos serviços de instalação de toldos e persianas, atividade que constitui parte do objeto social da devedora principal, tendo em vista a necessidade de transportar todos os materiais e ferramentas imprescindíveis à execução da referida atividade profissional.

A sua falta implicaria uma expressiva dificuldade e oneração do próprio serviço por ele prestado, o que resultaria em perda da competitividade perante os demais prestadores no mercado, o que diminuiria seus rendimentos e prejudicaria, inclusive, a satisfação dos seus débitos.

Portanto, não se trata de mera comodidade ou de bem supérfluo, razão pela qual é devida a aplicação da regra do benefício de competência da impenhorabilidade do bem, nos termos do art. 833, V, do CPC.

À luz destas ponderações, mostrando-se acertada a decisão interlocutória hostilizada pela via do agravo de instrumento em apreciação, sua manutenção é medida que se impõe.

3. Dispositivo

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Agravo de Instrumento n. 4030486-27.2018.8.24.0000, de Chapecó

Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva

AGRAVO POR INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU REQUERIMENTO PARA SUSPENDER A CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) DOS AGRAVADOS, BEM COMO A PENHORA SOBRE 30% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS.

I - PROCESSUAL CIVIL.

INTIMAÇÃO PARA CONTRARRAZÕES ENCAMINHADA PARA OS ENDEREÇOS CONSTANTES NOS AUTOS, INFORMADOS INCLUSIVE PELA PARTE AGRAVADA EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO E NO TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA CELEBRADO. RETORNO DA CORRESPONDÊNCIA COM O AVISO “MUDOU-SE” E “NÃO EXISTE O NÚMERO”. ATO PROCESSUAL VÁLIDO. DICÇÃO DO ART. 274, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

“A norma do par. ún. do CPC 274 é compreensível pelo fato de que o endereço declinado na inicial é presumidamente o atual. A medida busca evitar protelação por meio da esquivia da parte a ser intimada, já que a atualização do endereço em que receberá as intimações é considerada dever de todos os que participam do processo (CPC 77 V)” (NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 887).

II – MÉRITO.

RECURSO DO EXEQUENTE. PLEITO PARA AUTORIZAR A PENHORA SOBRE 30% DOS RENDIMENTOS LÍQUIDOS DOS AGRAVADOS. IMPENHORABILIDADE, REGRA. EXCEÇÕES DISPOSTAS NO ART. 833, § 2º, DO CPC/15. TETO DOS BENEFÍCIOS PAGOS PELO INSS (R\$ 6.101,06) QUE NÃO EXCEDE A IMPORTÂNCIA DE 50 SALÁRIOS-MÍNIMOS. HIPÓTESE DOS AUTOS DE IMPENHORABILIDADE.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - CNH. MEDIDA PRETENDIDA QUE NÃO SE MOSTRA DEVIDA. ONEROSIDADE EXCESSIVA AUSÊNCIA DE RELAÇÃO COM A SATISFAÇÃO DO DÉBITO EXECUTADO. MEDIDA DESARRAZOADA, DESPROPORCIONAL E INEFICAZ QUE FERRE O DIREITO FUNDAMENTAL DE IR E VIR DOS AGRAVADOS INACOLHIMENTO. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*.

“Embora o art. 139, IV, do CPC/15 disponha que incumbe ao juiz dirigir o processo e “*determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*”, tais instrumentos devem ser adotados em observância à razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ofensa à dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição Federal de 1988.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4020916-51.2017.8.24.0000, de Tubarão, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 16-08-2018).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4030486-27.2018.8.24.0000, da comarca de Chapecó 3ª Vara Cível em que é Agravante Laticínios Silvestre Ltda e Agravados Valdir Ardenghy ME e outro.

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

Participaram do julgamento, realizado no dia 5 de março de 2020, os Exmos. Srs. Des. Mariano do Nascimento e Des. Luiz Zanelato.

Florianópolis, 6 de março de 2020.

Desembargador Carlos Adilson Silva
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Laticínios Silvestre Ltda. interpôs recurso de agravo por instrumento em face da decisão interlocutória que indeferiu, em execução de título extrajudicial movida contra Valdir Ardenghy - ME e outro, seu requerimento para suspender a carteira nacional de habilitação dos agravados, bem como a penhora sobre 30% dos rendimentos líquidos, nos seguintes termos (fls. 50):

“[...]”

Requer a parte exequente que seja suspensa a CNH do executado e que sejam oficiados os registros civis desta comarca para fins de apuração quanto ao regime de bens em que o executado é casado.

Os requerimentos não tem albergue na legislação e tampouco guardam pertinência acautelatório com o objeto deste feito.

Indefiro os pedidos. [...]

Quanto ao requerimento de ofício ao INSS com intuito de obter informação sobre vínculos empregatícios do executado (fl. 182). Indefiro o pedido, uma vez que os salários e as remunerações são impenhoráveis.

Intimados, os agravados não apresentaram contrarrazões (fls. 82-85).

Este é o relatório.

VOTO

1. Da ausência de contrarrazões

De início, extrai-se dos autos que o aviso de recebimento da intimação dos agravados para apresentar contrarrazões retornou com informação “mudou-se” e “não existe o número” (fls. 82-85).

Nada obstante, consabido que tal circunstância não impede o julgamento do recurso, tendo em vista que as correspondências foram encaminhadas para os endereços constantes dos autos, inclusive informados pela própria parte agravada em sede de embargos à execução por si opostos (n. 0501392-64.2013.8.24.0018), bem como no termo de confissão de dívida celebrado (fls. 67-68).

A propósito, dispõe o artigo 274, parágrafo único, do Código de Processo Civil:

“Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.” (grifou-se).

Sobre referida disposição legal, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que:

“A norma do par. ún. do CPC 274 é compreensível pelo fato de que o endereço declinado na inicial é presumidamente o atual. A medida busca evitar protelação por meio da esquivia da parte a ser intimada, já que a atualização do endereço em que receberá as intimações é considerada dever de todos os que participam do processo (CPC 77 V)” (Código de processo civil comentado. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 887 – grifou-se).

Em situação semelhante, já decidiu esta Corte de Justiça:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. DECISÃO QUE SUSPENDEU A LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE DEMANDA REVISIONAL. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. CONEXÃO ENTRE OS PROCESSOS. AUSÊNCIA DE RECONHECIMENTO DO INSTITUTO NA DECISÃO AGRAVADA. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO. CONTRARRAZÕES AUSENTE. INEXISTÊNCIA DE CITAÇÃO DO AGRAVADO NA BUSCA E APREENSÃO. INTIMAÇÃO ENVIADA POR AVISO DE RECEBIMENTO - AR - AO ENDEREÇO DO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES. LEGALIDADE DA INTIMAÇÃO. EXEGESE DO ARTIGO 274, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. MÉRITO. REVISIONAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. ALTERAÇÃO DO ENCARGO DO PERÍODO DA NORMALIDADE QUE POR CONSEQUÊNCIA RETIRA A LIQUIDEZ DO DÉBITO DESCRITO NA BUSCA E APREENSÃO, REFLETINDO NA EXISTÊNCIA OU NÃO DE MORA DO AGRAVADO. SUSPENSÃO DA LIMINAR QUE SE FAZ NECESSÁRIA. DECISÃO MANTIDA. Recurso conhecido em parte e, nesta, desprovido. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4013929-33.2016.8.24.0000, de Brusque, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 10-05-2018).

No mesmo sentido: TJSC, Agravo de Instrumento n. 4018337-15.2018.8.24.0900, de Lages, rel. Des. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 18-07-2019; TJSC, Apelação

Cível n. 0000475-14.2009.8.24.0125, de Itapema, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 30-01-2018.

Logo, presume-se válida a intimação dos agravados para apresentar as contrarrazões, porquanto encaminhada ao endereço constante dos autos, nos termos do parágrafo único do artigo 274 do CPC.

Dito isso, conheço do recurso, uma vez que presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2. Da suspensão da CNH

Em suas razões recursais, o agravante almeja a suspensão da carteira nacional de habilitação (CNH) dos agravados “*a fim de viabilizar o aparecimento desta aos autos e coagi-lo, em especial pelo tempo, a fim de satisfazer a pretensão [...]*” (fl. 27 deste incidente).

Razão, contudo, não lhe assiste.

Inicialmente, não se olvida que cabe ao magistrado determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária. É a dicção do art. 139, IV do CPC/15, *in verbis*:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.”

Do artigo 8º do mesmo diploma legal, extrai-se que:

“Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e provendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

Como se vê, incube ao magistrado examinar, numa análise das circunstâncias do caso concreto, a medida mais adequada para assegurar a tutela jurisdicional pretendida.

In casu, a pretensão do recorrente é inviável porquanto, caso atendida, resultaria na ofensa de direitos e garantias constitucionais do devedor (art. 8º do CPC), sem efetividade à satisfação do crédito, que é o direito do credor.

Ora, vê-se que a medida postulada pelo agravante não guarda relação com a satisfação do débito executado, haja vista a inexistência de elementos concretos capazes de resultar em benefício do crédito exequendo.

Sobre o tema, destaco os seguintes entendimentos desta Primeira Câmara de Direito Comercial:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDOS PARA APREENSÃO DE PASSAPORTE, **SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO** E BLOQUEIO DE CARTÕES DE CRÉDITO DA PARTE EXECUTADA. RECURSO DA PARTE EXEQUENTE, NA VIGÊNCIA DO CPC/15. ALEGADO ESGOTAMENTO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS. **REQUERIMENTO DE MEDIDAS DIVERSAS COM RESPALDO NO ARTIGO 139, IV, DO CPC. INSURGÊNCIA NÃO ACOLHIDA.** APREENSÃO DO PASSAPORTE DO EXECUTADO. VIOLAÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE LOCOMOÇÃO. **SUSPENSÃO DA CNH E BLOQUEIO DOS CARTÕES DE CRÉDITO DO DEVEDOR. MEDIDAS QUE SE MOSTRAM DESARRAZOADAS, DESPROPORCIONAIS, E QUE TAMPOUCO SE MOSTRAM ADEQUADAS PARA O FIM DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO EXEQUENDA.** MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4007621-73.2019.8.24.0000, de São Francisco do Sul, rel. Des. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 15-08-2019).

Também:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU O **PEDIDO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO - CNH** DOS EXECUTADOS. INSURGÊNCIA DOS EXECUTADOS. PROVIDÊNCIAS PARA PERSEGUIR E EXPROPRIAR BENS INEXITOSAS. **ADOÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS (ART. 139, IV, CPC) QUE DEVE SER FEITA DE FORMA SISTEMÁTICA, EM OBSERVÂNCIA AOS PRECEITOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.** SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO QUE SE MOSTRA INÚTIL PARA A SATISFAÇÃO DO CRÉDITO. LIMITAÇÃO QUE AFRONTA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL DOS AGRAVANTES. DECISÃO REFORMADA. Recurso conhecido e provido. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4002609-78.2019.8.24.0000, de Videira, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 14-03-2019).

E ainda:

“DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - INTERLOCUTÓRIO QUE INDEFERIU **requerimento para suspender a carteira nacional de habilitação dos agravados** - RECURSO DO EXEQUENTE - INEXISTÊNCIA DE ÔBICE PARA ADOÇÃO DA MEDIDA PRETENDIDA - INACOLHIMENTO - DECISÃO MANTIDA - AGRAVO DESPROVIDO. Conforme o livre arbítrio judicial fundamentado, ao assegurar a tutela jurisdicional, o magistrado analisa

o modo mais adequado a esse mister, de acordo com a sua convicção e as circunstâncias do caso concreto. **Inocorrendo relação com a satisfação do débito executado, a medida postulada pelo agravante/exequente é ineficaz e malfere direitos e garantias constitucionais dos devedores.** (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4020175-40.2019.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Monteiro Rocha, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 12-09-2019 – grifou-se).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. PEDIDO FORMULADO PELO EXEQUENTE/AGRAVANTE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS INDUTIVAS/COERCITIVAS PREVISTAS NO ARTIGO 139, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015: APREENSÃO DO PASSAPORTE DO EXECUTADO/AGRAVADO, SUSPENSÃO DE SUA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) E BLOQUEIO DE TODOS OS SEUS CARTÕES DE CRÉDITO. **NÃO CABIMENTO. MEDIDAS QUE SE MOSTRAM INEFICAZES À SATISFAÇÃO DA DÍVIDA, POR NÃO GUARDAREM QUALQUER RELAÇÃO COM O DÉBITO EXECUTADO, INEXISTINDO “ELEMENTOS CONCRETOS A DEMONSTRAR QUE PODERIAM REDUNDAR, DE ALGUMA FORMA, NO EFETIVO BENEFÍCIO AO PAGAMENTO DO CRÉDITO EXEQUENDO”.** PRETENSÃO, OUTROSSIM, DE PENHORA ON LINE VIA SISTEMA BACENJUD. NECESSIDADE DE CITAÇÃO DO EXECUTADO E DA PROVA DE QUE FORAM ESGOTADAS TODAS AS POSSIBILIDADES DE CITAÇÃO. **PRECEDENTES JURISPRUDÊNCIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA CORTE NESTE SENTIDO.** ACERTO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO DESPROVIDO.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4019134-09.2017.8.24.0000, de Meleiro, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 07-06-2018 – grifou-se).

“EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. **DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE BLOQUEIO DA CNH, APREENSÃO DE PASSAPORTE E CANCELAMENTO DE CARTÃO DE CRÉDITO DE TITULARIDADE DO EXECUTADO.** AGRAVO DO EXEQUENTE. **MEDIDAS COERCITIVAS QUE DEVEM SER ADOTADAS COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, SOB PENA DE OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** Embora o art. 139, IV, do CPC/15 disponha que incumbe ao juiz dirigir o processo e “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, tais instrumentos devem ser adotados em observância à razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ofensa à dignidade da pessoa humana, princípio basilar da Constituição Federal de 1988. **AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.** (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4020916-51.2017.8.24.0000, de Tubarão, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 16-08-2018 – grifou-se).

No mesmo sentido é o entendimento do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUES. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.

[...]

4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou

sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).

5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.

6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico.

7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.

8. Situação concreta em que o Tribunal a quo indeferiu o pedido do recorrente de adoção de medidas executivas atípicas **sob o fundamento de que não há sinais de que o devedor esteja ocultando patrimônio, mas sim de que não possui, de fato, bens aptos a serem expropriados.**

9. Como essa circunstância se coaduna com o entendimento propugnado neste julgamento, é de rigor - à vista da impossibilidade de esta Corte revolver o conteúdo fático-probatório dos autos - a manutenção do aresto combatido.

RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.” (REsp 1788950/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019 – grifou-se).

3. Da penhora sobre 30% dos rendimentos líquidos

Demais disso, requer o agravante a reforma do *decisum* “para autorizar a penhora sobre 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do Agravado, assegurando assim a satisfação da pretensão executiva e a subsistência do devedor” (fls. 26-27).

O magistrado *a quo*, por seu turno, deixou assente que: “Quanto ao requerimento de ofício ao INSS com intuito de obter informação sobre vínculos empregatícios do executado (fl. 182). Indefiro o pedido, uma vez que os salários e as remunerações são impenhoráveis” (fl. 50)

Acerca da impenhorabilidade, dispõe o Código de Processo Civil:

“Art. 833. São impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; [...]

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação

alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.”

Com efeito, vê-se que o legislador optou por tornar impenhorável os vencimentos do devedor, excepcionando a regra em duas hipóteses, quais sejam: dívida oriunda de alimentos ou remuneração superior ao equivalente a 50 salários-mínimos, desde que resguardado o mínimo para o sustento daquele.

No caso em apreço, sequer tem-se informação nos autos a respeito da remuneração do executado. Ainda que assim não fosse, consabido que o teto dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é de R\$ 6.101,06 (valor reajustado desde 1º de janeiro de 2020), quantia esta inferior ao equivalente a 50 salários-mínimos.

Logo, é incabível o bloqueio de 30% dos vencimentos mensais do devedor, porquanto a excepcionalidade necessária para a penhora não se mostra presente na hipótese em apreço.

A propósito, é do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE VERBA REMUNERATÓRIA. IMPENHORABILIDADE, REGRA. EXCEÇÕES DISPOSTAS NO ART. 833, § 2º, DO CPC/15. PAGAMENTO DE VERBA NÃO ALIMENTAR. GANHOS ELEVADOS DO EXECUTADO. INOCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do STJ vem entendendo que “a regra geral da impenhorabilidade dos vencimentos, dos subsídios, dos soldos, dos salários, das remunerações, dos proventos de aposentadoria, das pensões, dos pecúlios e dos montepios, bem como das quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal poderá ser **excepcionada, nos termos do art. 833, IV, c/c o § 2º do CPC/2015, quando se voltar: I) para o pagamento de prestação alimentícia, de qualquer origem, independentemente do valor da verba remuneratória recebida; e II) para o pagamento de qualquer outra dívida não alimentar, quando os valores recebidos pelo executado forem superiores a 50 salários mínimos mensais, ressalvadas eventuais particularidades do caso concreto. Em qualquer circunstância, deverá ser preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família**” (Resp 1.407.062/MG. Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2019).

2. Na hipótese, trata-se de ação de despejo por falta de pagamento - dívida não alimentar - na qual o recorrido almeja o recebimento de crédito referente à dívida de aluguéis, não se tendo demonstrado, por outro lado, a existência de ganhos elevados do devedor, nos moldes definidos pelo CPC/2015.

3. Agravo interno não provido.” (AgInt no REsp 1790619/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 20/08/2019).

Dessarte, ao menos em linha de princípio, deve ser mantida hígida a decisão agravada no ponto.

Não custa advertir: neste juízo de cognição sumária, vertical e não exauriente, próprio ao

recurso de agravo de instrumento, cumpre ao órgão *ad quem* apenas examinar o acerto ou desacerto da decisão interlocutória, circunscrevendo-se a examinar a presença ou não dos requisitos autorizadores do provimento almejado a par dos elementos existentes nos autos, sob pena de indesejável supressão de instância, em ofensa às garantias constitucionais inerentes ao contraditório e ampla defesa.

À vista do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0303766-03.2015.8.24.0039, Lages

Relator: Desembargador Guilherme Nunes Born

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

DIREITO TEMPORAL. DECISÃO PROFERIDA SOB À ÉGIDE DA LEI 5.869/73. ANÁLISE RECURSAL NA ÓTICA DESTA LEI. EXEGESE DO ARTIGO 14 DA LEI 13.105/2015. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS.

MÉRITO.

DANO MORAL. DESCONTO EM CONTA CORRENTE DE PARTE DO AUXÍLIO DOENÇA RECEBIDO EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO PREVIDENCIÁRIA, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE DÉBITO DE CONTRATO CELEBRADO COM A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DESCONTO INDEVIDO. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. PROVIDÊNCIA SIMILAR À PENHORABILIDADE DO SALÁRIO. INADMISSIBILIDADE. ART. 649, IV, DO CPC/73. ART. 7, X, DA CF. PRECEDENTES DO STJ E DESTA TRIBUNAL. ATO ILÍCITO EVIDENCIADO. DANO MORAL PRESUMIDO. SENTENÇA REFORMADA.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. MONTANTE A SER ARBITRADO COM OBSERVÂNCIA A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, ALÉM DOS CRITÉRIOS DESTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.

CONSECTÁRIOS LEGAIS. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA FIXAÇÃO (SÚMULA N. 362 DO STJ) E JUROS DE MORA A CONTAR DA CITAÇÃO (ART. 405 DO CÓDIGO CIVIL). QUANTO A ESTE ÚLTIMO ENCARGO, ENTENDIMENTO ADOTADO POR ESTE RELATOR EM NOME DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL.

SENTENÇA REFORMADA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INVERSÃO. CONDENAÇÃO DO BANCO REQUERIDO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

HONORÁRIO RECURSAL. SENTENÇA PUBLICADA SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 7 DO STJ. CRITÉRIOS CUMULATIVOS NÃO PREENCHIDOS (STJ, EDCL NO AGINT NO RESP 1.573.573/RJ). MAJORAÇÃO INVIÁVEL.

Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 030766-03.2015.8.24.0039, da comarca de Lages 1ª Vara Cível em que é Apelante Teresinha Aparecida Barbosa e Apelado Banco do Brasil S/A.

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

O julgamento, realizado no dia 16 de abril de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Guilherme Nunes Born, com voto, e dele participaram o Exmo. Sr. Des. Luiz Zanelato e o Exmo. Sr. Des. Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 16 de abril de 2020.

Desembargador Guilherme Nunes Born
Presidente e Relator

RELATÓRIO

1.1) Da inicial

Teresinha Aparecida Barbosa ajuizou Ação de Indenização por Dano Moral em face do Banco do Brasil S.A., aduzindo, em síntese, que, ajuizou ação previdenciária em que teve reconhecido o direito ao recebimento do benefício do auxílio doença de forma retroativa, no valor total de R\$11.668,86 (onze mil, seiscentos e sessenta e oito reais e oitenta e seis centavos).

Referiu que o pagamento foi realizado por intermédio de RPV - requisição de pequeno valor.

Relatou que “*dirigiu-se ao Banco do Brasil agência do Bairro Coral nº 3078-3/Lages, no dia 22/09/2014, para o recebimento do RPV, ocasião em que o Banco lhe informou que o valor referente ao processo judicial seria transferido para a conta corrente de titularidade da Demandante (nº 8.502-2), existente junto à instituição (agência diversa n.º 5215-9), não sendo possível efetuar o saque do montante sem realizar tal procedimento*” (fl. 02).

Afirmou que do valor de depositado em sua conta corrente (R\$11.668,86), conseguiu sacar apenas a quantia de R\$9.400,00 (nove mil, quatrocentos reais), retendo o banco réu o valor de R\$2.288,86 (dois mil, duzentos e oitenta e oito reais e oitenta e seis centavos) para saldar débitos existentes junto ao banco.

Alegou, ainda, que no caso de pagamento por meio de RPV, o procedimento a ser realizado é a abertura de conta em nome do favorecido apenas para receber o valor, procedimento este que não foi adotado pelo banco réu.

Explicou que “*não teve oportunidade de verificar o que efetivamente estava pagando e se poderia renegociar a dívida junto a sua agência, já que, de forma artilosa o Banco realizou a transferência do RPV para a conta corrente pessoal da Autora com o único intuito de quitar as dívidas existentes naquela conta*” (fl. 05).

Diante desses fatos, pugnou pela procedência dos pedidos, condenando o réu ao pagamento de indenização a título de danos morais, valor a ser fixado pelo Juiz na quantia de 30 salários mínimos.

Ao final, pugnou pela condenação do requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios e a concessão da Justiça Gratuita.

Atribuiu valor à causa e juntou documentos (fls. 09/20).

1.2) Da resposta

Devidamente citado (fl. 23), o réu ofereceu resposta, em forma de contestação (fls. 24/30), alegando preliminarmente a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, defendeu que o pedido de transferência para conta corrente foi realizado pela própria autora e que os valores retidos foram para adimplemento de prestações em atraso se referem ao empréstimo realizado por ela. Referiu a inexistência de dano moral, porquanto agiu no seu exercício regular de seu direito. Sustentou a ausência do nexo causalidade e a comprovação do dano sofrido. Aduziu a inviabilidade da inversão do ônus da prova. Requereu a improcedência dos pedidos iniciais.

1.3) Do encadernamento processual

Em decisão às fls. 21, foi deferido o pedido de concessão de Justiça Gratuita a parte autora.

1.4) Da sentença

Prestando a tutela jurisdicional, o Juiz de Direito Joarez Rusch proferiu sentença resolutiva de mérito para julgar improcedente a pretensão inicial deduzida, nos seguintes termos:

“Isto posto, nos autos de Ação Procedimento Ordinário/PROC nº 0303766-03.2015.8.24.0039, em que é Requerente Terezinha Aparecida Barbosa, e Requerido Banco do Brasil S/A, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na inicial, e CONDENO a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), na forma do art. 20, §4º, do CPC, observada a justiça gratuita deferida à p. 21. P. R. I.” (fl. 36).

1.5) Do recurso

Inconformada com a prestação jurisdicional, a autora Teresinha Aparecida Basbosa interpôs o presente recurso de Apelação Cível (fls. 39/44), alegando a existência de dano moral, porquanto sem autorização da apelante o banco apelado reteve parte dos valores recebidos para adimplemento de débitos. Destacou que *“o valor do RPV não deveria passar pela conta pessoal da Apelante, pois não foi essa a determinação judicial. Ressalta-se que no caso do recebimento de RPV, é o Juiz que determina em qual banco a parte deverá sacar os valores desvinculado o recebimento de qualquer conta pessoal, sendo aberta uma conta de depósito judicial que fica à disposição do respectivo juízo. A transferência dos valores para a conta particular da Apelante é procedimento abusivo do Banco, com único intuito de sequestrar valores”* (fl. 41). Referiu que o banco apelado cometeu ato ilícito ao promover descontos de valores recebidos judicialmente, sem a autorização da apelante, *“usurpando o direito a negociação de dívidas e privando-a de outras prioridades”* (fl. 43). Por fim, requereu o provimento do recurso.

1.6) Das contrarrazões

Aportada às fls. 49/57.

1.7) Da redistribuição

Em decisão proferida em 07/02/2020, o Des. Sebastião César Evangelista declarou-se impedido e determinou a redistribuição dos autos.

O presente recurso foi redistribuído à este Relator em 20/02/2020.

Após, ascenderam os autos a este Colegiado.

Este é o relatório.

VOTO

2.1) Do objeto recursal

Versa a questão recursal sobre a ocorrência do dano moral.

2.2) Do juízo de admissibilidade

Conheço do recurso porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, eis que ofertado a tempo e modo, evidenciado o objeto e a legitimação.

2.2.1) Do direito temporal

Antes de adentrar à análise do recurso, faz-se necessário esclarecer o direito temporal da Lei 13.105/2015, posto que os atos aqui discutidos foram praticados sob a égide da Lei 5.869/73.

Existem atualmente três teorias acerca do direito temporal, quais sejam: a) Teoria da unidade processual; b) Teoria da fase processual; e, c) Teoria do isolamento dos atos processuais.

No presente caso importa a última, pois adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, para a qual somente os atos processuais já praticados é que estariam imunes da aplicação da lei nova, os demais, ainda não praticados, ainda que pertencentes a mesma fase processual, devem submeter-se a aplicação da lei nova.

Neste sentido, tem-se o artigo 14 da Lei 13.105/2015:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Extrai-se fragmento do livro Estudos sobre o Novo Código de Processo Civil, organizado por Fabrício Dani de Boeckel, Karin Regina Rick Rosa e Eduardo Scarparo:

“Sobre a matéria recursal surgem duas situações: a) ‘recursos interpostos pela lei antiga, mas ainda não julgados’; b) ‘recursos ainda não interpostos contra decisões proferidas na vigência’ do CPC de 1973. Nesta matéria, deve observar-se o seguinte princípio: ‘a lei do recurso é a lei do dia da sentença’. Galeano Lacerda, amparado na doutrina de Paul Roubier e Carlos Francesco Gabba, menciona: ‘os recursos não podem ser definidos senão pela lei em vigor no dia do julgamento: nenhum recurso novo pode resultar de lei posterior e, inversamente, nenhum recurso existente contra uma decisão poderá ser suprimido, sem retroatividade, por lei posterior’ (1974, p.68). Quanto a esta matéria se constata que ‘o direito ao recurso é autorizado pela lei vigente no momento em que a decisão é proferida’. [...] Convém destacar, também, ‘[...] que os recursos interpostos pela lei antiga, e ainda não julgados, deverão sê-lo, consoante as regras desta, embora abolidos ou modificados pelo novo CPC” (LACERDA, 1974, p. 69)” (in Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 67/68 - grifou-se).

E o doutrinador continua:

“Outro aspecto importante relaciona-se com a alteração dos requisitos para a prática de determinado ato: ‘os fatos que não integram a constituição (ou extinção) de uma situação jurídica segundo a lei em vigor no dia em que se verificaram, não podem, pela lei nova, sob pena de retroatividade, ser considerados como elementos causadores desta constituição (ou extinção)’ (LACERDA, 1974, p. 30). Um exemplo desta situação é a criação de novos requisitos para o requerimento do cumprimento de sentença ou, ainda, o novo CPC não exige mais a penhora prévia para a impugnação ao cumprimento de sentença (artigos 523 e 525). Os pedidos já formulados na vigência do CPC de 1973 deverão ser processados segundos os requisitos nele previstos. Aqui incide uma regra transitória que assegura: ‘as condições da ação e a capacidade processual se regem pela lei da data da ação’” (in Estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 67/68 - grifou-se).

A propósito:

AÇÃO DE COBRANÇA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA. IMPUGNAÇÃO AO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA REALIZADA NAS PRÓPRIAS RAZÕES DO APELO. BENEFÍCIO DEFERIDO À RÉ NA SENTENÇA. NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTO A RESPEITO DA REGRA PROCESSUAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, QUE PREVÊ QUE A IMPUGNAÇÃO DEVE SER FEITA EM AUTOS APARTADOS, OU DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, CUJA IRRESIGNAÇÃO PODE SER FEITA NOS MESMOS AUTOS. NECESSIDADE

DE ANÁLISE SOB O ENFOQUE DO DIREITO INTERTEMPORAL. IMPRESCINDIBILIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA IRRETROATIVIDADE E DA IMEDIATA APLICAÇÃO DA LEI NOVA. NORMAS DE DIREITO PÚBLICO. EXEGESE DO ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DO ART. 6º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI NOVA AO ATO CONSUMADO, JÁ ADQUIRIDO OU JÁ JULGADO EM DEFINITIVO. PREVISÃO EXPRESSA NO ART. 14 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, QUE ADOTOU A TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA ANALISADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73 E DA LEI N. 1.060/50. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI ANTIGA NA ANÁLISE DO RECURSO. INTELIGÊNCIA DO ART. 4º, § 2º, DO CPC. IMPUGNAÇÃO FEITA EM AUTOS APARTADOS. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO, POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

O art. 14 do Novo Código de Processo Civil deixa evidente que a intenção do legislador foi a de adoção da teoria de isolamento dos atos processuais, em que cada ato é identificado de forma clara e individualizada, de modo que a aplicação da nova lei (no caso, do NCPC) somente se dará após o término do ato processual anterior. Em resumo, significa dizer que, tanto os atos e fatos já consumados na vigência da lei antiga, quanto aqueles cujos efeitos estão pendentes, devem ser respeitados, ainda que a lei nova preveja situação diferente. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2013.024806-4, de Curitiba, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 29-03-2016).

Portanto, considerando que o presente recurso objetiva analisar o acerto ou desacerto da sentença proferida em 07/01/2015 (fl. 36), sua análise deve ocorrer a luz do ordenamento jurídico vigente à época da decisão recorrida, qual seja, a Lei n. 5.869/73.

2.3) Do mérito

2.3.1) Do dano moral

Sustenta apelante a existência de dano moral, em razão do ato ilícito cometido pelo banco apelado ao promover o desconto de valores recebidos judicialmente, sem sua autorização.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu artigo 5º, inciso X, garantiu a todos a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem, e assegurou o direito de resposta (inciso V) na proporção do agravo praticado. *In verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O direito a indenização mencionado pela Carta Magna parte da responsabilidade civil daquele que viola os referidos artigos, estando descritos nos artigos 186 e 927 do Código Civil, que diz:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Fernando Noronha esclarece o assunto:

Podemos ordenar os pressupostos da responsabilidade civil de forma mais didática dizendo ser necessário, para que surja a obrigação de indenizar: a) que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza) que seja antijurídico (isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências); b) que esse fato possa ser imputado a alguém, seja por se dever à atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido do decurso de uma atividade realizada no interesse dela; c) que tenham sido produzidos danos; d) que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta. A estes quatro pressupostos da responsabilidade civil, sobre os quais estão de acordo praticamente todos os juristas, deve-se acrescentar uma condição suplementar (e que, aliás, em rigor, precede todos eles): e) é preciso que o dano esteja contido no âmbito da função de proteção assinada à norma violada. Isto é, exige-se que o dano verificado seja resultado da violação de um bem protegido.

Tais são os cinco requisitos da responsabilidade civil. Os dois primeiros referem-se ao fato gerador da responsabilidade; os outros três, ao próprio dano causado. O fato causador da responsabilidade terá, assim, de ser antijurídico e deverá poder ser imputado a alguém; o dano, por sua vez, há de ser efetivo e deverá ter sido causado pelo fato gerador; além disso, (e este será o último requisito), o dano deverá constituir lesão de um dos bens que a ordem jurídica queria proteger. (in: Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil. Vol. 1. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 467-468).

Desta forma, por se tratar de uma relação consumerista, aplica-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor que prevê a responsabilidade objetiva do prestador de serviço, dispensando a comprovação da ação/omissão do agente, conforme dispõe os artigos 12 e 14 deste Diploma Legal, *in verbis*:

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.

No caso em apreço, foi realizado depósito em conta corrente da apelante referente a verba previdenciária - auxílio doença, em que foram retidos parte do valor para o adimplemento de débitos existentes junto ao banco apelado.

Entretanto, os valores retidos se trataram, conforme demonstrado ao longo do feito, justamente de verba remuneratória, ou seja, alimentar.

E como sabido pelos operadores jurídicos, a verba remuneratória é protegida constitucionalmente, sendo vedado qualquer tipo de retenção (art. 7º, inciso X, do CF) e, por isso é impenhorável (art. 649, IV, do CPC/73), situação essa equiparável ao presente caso, porquanto fora apropriado parte do valor pela instituição financeira.

Portanto, a existência de dívida não autoriza o banco a se apropriar de valores referente ao benefício previdenciário para adimplir uma dívida que o cliente tem com aquela instituição financeira.

Afinal, se é vedado ao Poder Judiciário a penhora de salário, ressalvadas exceções específicas em lei, menos ainda poderá as instituições financeiras, sem qualquer formalidades e de forma totalmente arbitrária, reter os salários dos correntistas para a satisfação dos seus créditos.

Em caso similar, apreciou este Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PLEITO INDENIZATÓRIO JULGADO EXTINTO, EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, POR SER OBJETO DE OUTRA DEMANDA. SENTENÇA PROCEDENTE NO QUE TANGE À PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO. RECURSO DO BANCO RÉU.

ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DESCONTO REALIZADO EM VIRTUDE DA INADIMPLÊNCIA DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO FIRMADO ENTRE AS PARTES. INACOLHIMENTO. BANCO RÉU EFETUOU A RETENÇÃO INTEGRAL DO SALÁRIO DA CORRENTISTA. DESCONTO INDEVIDO AINDA QUE DECORRENTE DE DÍVIDA COM A INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ATO ILÍCITO EVIDENCIADO.

[...] (AC n. 0300372-61.2015.8.24.0047, rel. Des. Rubens Schulz, j. 28-6-2018)

Colhe-se do corpo do acórdão:

Ademais, verifica-se que é vasta e sedimentada a jurisprudência acerca da existência de ato ilícito diante da retenção integral do salário de correntista, ainda que para pagamento de dívida contraída perante a instituição bancária. Convém anotar que os proventos salariais tratam-se de verbas de natureza alimentar, razão pela qual é inadmissível que sejam objeto de qualquer medida de constrição, pois servem para a sobrevivência do correntista, sendo inclusive vedado pelo artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil.

É de se ressaltar que, em momento algum, o banco apelado alegou ou comprovou que na avença que originou o débito a forma de pagamento ajustada era débito em conta corrente, ônus que lhe cabia (artigo 333, inciso II, do CPC/73).

Assim, está diante de ilegalidade perpetrada pelo banco apelado, do qual decorrem, presumivelmente, danos de ordem moral.

Afinal, não é necessário grande esforço intelectual vislumbrar, bem como concluir, a agonia, os constrangimentos e o desconforto que atingem o correntista que se depara com a retenção de parte do seu benefício previdenciário, verba essa a ser utilizada para satisfação de despesas ordinárias e extraordinárias.

Logo, é presumível, por ser tão evidente, os danos morais que tal conduta traz ao correntista.

Deste Tribunal:

[...]

2. RETENÇÃO DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA SALÁRIO PARA SALDAR EMPRÉSTIMO. ILÍCITO CONFIGURADO. ABUSIVIDADE EVIDENCIADA. DANO MORAL PRESUMIDO.

Na linha de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a retenção indevida de rendimentos é suficiente para gerar indenização por danos morais (AgRg no Resp 1.319.768/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26-6-2012).”

[...] (AC n. 0313955-09.2016.8.24.0038, rel. Desa. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. 17-7-2018)

Nesse sentido, em casos similares, a Eg. Corte da Cidadania já decidiu:

“DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. PROVENTOS APOSENTADORIA. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO.

- Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral dos proventos de aposentadoria depositados em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum.

- Os proventos advindos de aposentadoria privada de caráter complementar têm natureza remuneratória e se encontram expressamente abrangidos pela dicção do art. 649, IV, CPC, que assegura proteção a “vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

- Não é lícito ao banco reter os proventos devidos ao devedor, a título de aposentadoria privada complementar, para satisfazer seu crédito. 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 n. 1.012.915/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 16-12-2008).

Sendo assim, é devida a indenização por danos morais, diante da caracterização do ato lesivo, e considerando que o entendimento pátrio considera a presunção de abalo moral decorrente do desconto indevido na aposentadoria da autora.

Assim, dá-se provimento ao recurso para condenar o banco requerido ao pagamento de indenização por danos morais.

2.3.2) Do quantum devido

A indenização arbitrada em ação de reparação de danos morais deve ser fixada em valor suficiente à reconstrução do constrangimento suportado pela vítima e capaz de impedir que o ofensor perpetue a prática de atos ilícitos.

Contudo, o *quantum* arbitrado, apreciadas as circunstâncias do caso concreto (extensão do dano e capacidade econômica das partes), não pode se tornar numa fonte de enriquecimento/empobrecimento indevido.

Ante a ausência de parâmetros objetivos, fica ao encargo do Magistrado arbitrá-lo segundo seu livre convencimento motivado (art. 131, do CPC/73) e em observância aos artigos 944 e 946, ambos do Código Civil.

Então, ante a omissão legislativa acerca de critérios objetivos, cabe ao magistrado, quando do arbitramento do dano moral indenizável, ater-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a teoria do desestímulo, gravidade, a extensão do dano e a capacidade financeira das partes.

A respeito da quantificação do dano moral, leciona com proficiência Sérgio Cavalieri Filho:

Cabe ao juiz, de acordo com seu prudente arbítrio, atendendo para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral. [...]

Creio que na fixação do quantum debeat da indenização, mormente em se tratando de lucro cessante e

dano moral, deve o juiz ter em mente princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano. [...]

Creio, também, que é outro ponto onde o princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. [...] 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 causados do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes. (Programa de Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.113/116).

Carlos Alberto Bittar leciona:

“A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo exposto, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.” (In: *Reparação Civil por Danos Morais*, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 220).

Regina Beatriz Tavares da Silva afirma:

“Os dois critérios que devem ser utilizados para a fixação do dano moral são a compensação ao lesado e o desestímulo ao lesante. Inserem-se nesse contexto fatores subjetivos e objetivos, relacionados às pessoas envolvidas, como análise do grau da culpa do lesante, de eventual participação do lesado no evento danoso, da situação econômica das partes e da proporcionalidade ao proveito obtido como ilícito.

[...]

“Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a “inibir comportamentos antisociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em ‘montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo’” (in *Novo Código Civil comentado*, coordenador Ricardo Fiúza, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 841 e 842).

No caso em apreço, em virtude dos critérios delineados por esta Câmara, se mostra proporcional a fixação da indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de reparação por danos morais, em virtude dos danos sofridos pela retenção parcial do benefício previdenciário da apelante, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

2.3.3) Dos consectários legais

Quanto à correção monetária, nos termos da Súmula 362 do STJ, incidirá a partir do presente arbitramento e terá como indexador o INPC.

No que se refere aos juros de mora, ainda que a questão seja pacificada no âmbito da Corte Superior, estando inclusive sumulada, este Relator, no julgamento da AC n. 0311108.65.2015.8.24.0039, restou vencido acerca da incidência da referida Súmula, tendo os demais pares entendido que os danos morais provenientes de uma relação contratual, devem incidir a partir da citação, nos moldes do art. 405 do Código Civil.

Este Relator, passa a adotar o entendimento consagrado nesta Câmara, mesmo entendendo que a matéria em voga comporta incidência da Súmula 54 do STJ, inclusive porque a matéria, além de sumulada, é pacífica nos Tribunais Pátrios.

Para corroborar:

No tocante ao termo inicial dos juros moratórios em relação aos danos morais fixados, a jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que, como se trata de responsabilidade extracontratual, a sua incidência ocorre a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ. (STJ. AgInt no REsp 1.287.225/SC, rel. Min. Marco Buzzi, julgado em 16/03/2017)

E de minha relatoria:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SENTENÇA PROCEDENTE. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

[...]

MÉRITO. DÍVIDA RENEGOCIADA. E QUITADA, MEDIANTE O TERMO DE QUITAÇÃO APRESENTADO. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ATO ILÍCITO. ABALO MORAL PRESUMIDO. DANO IN RE IPSA. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ATENDIMENTO AO BINÔMIO RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE PELO JUIZ SENTENCIANTE. O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz com base nas peculiaridades da espécie e razoabilidade, de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro lado, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva. (AC n. 2006.024252-7, rel Des. Luiz Carlos Freyesleben). JUROS DE MORA. TERMO INICIAL A PARTIR DO EVENTO (SÚMULA 54, STJ). [...] (AC n. 0001707-38.2014.8.24.0076, j. 26-1-2017)

Destarte, retratando posicionamento particular deste Relator acerca da incidência da Súmula

54, STJ, mas adotando entendimento desta Primeira Câmara de Direito Comercial, os juros de mora no caso em comento serão regidos pelo art. 405 do Código Civil, ante a uniformização jurisprudencial e o princípio da segurança jurídica.

2.3.4) Dos ônus sucumbenciais

Em razão da alteração da sentença, inverteo o ônus sucumbencial para condenar o banco réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor condenatório, levando em consideração os requisitos estabelecidos no parágrafo 3º do artigo 20 do CPC/73.

Deixo de majorar os honorários advocatícios sucumbenciais na forma do art. 85, §11, do CPC/2015, pois a sentença foi publicada sob a égide do CPC/73 (Enunciado Administrativo 7, STJ), não preenchendo os critérios cumulativos elencados pelo STJ nos EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ.

3.0) Conclusão

Diante da fundamentação acima exarada:

3.1) conhecimento do recurso:

3.1.1) dou provimento para: i) condenar o Banco a pagar à parte apelante indenização o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), acrescido de correção monetária pelo INPC da data deste julgamento e juros de mora da citação e; ii) condenar o Banco ao pagamento das custas judiciais e de honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4028069-67.2019.8.24.0000, de Joinville

Relator: Desembargador Altamiro de Oliveira

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ENVIO DE OFÍCIO AO REGISTRO DE IMÓVEIS, BLOQUEIO DE VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE E SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR DA PARTE DEVEDORA. IRRESIGNAÇÃO DO EXEQUENTE.

INSCRIÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS EM NOME DO EXECUTADO. UTILIZAÇÃO DO SISTEMA CNIB. POSSIBILIDADE. DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS PROCESSUAIS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 6º DO CPC. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE, CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. EXEGESE DO ARTIGO 5º, INCISO LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DESNECESSIDADE DO EXAURIMENTO DE DILIGÊNCIAS. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INTERLOCUTÓRIA REFORMADA NO PONTO.

SISTEMA RENAJUD. BLOQUEIO DE VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. INVIABILIDADE. BEM NÃO INTEGRANTE DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. VEDAÇÃO EXPRESSA. ART. 7º-A DO DECRETO-LEI N. 911/1969. MANUTENÇÃO DO *DECISUM*.

SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH). MEDIDA EXECUTIVA ATÍPICA. ART. 139, INC. IV, DO CPC. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL. FINALIDADE DE PRESSIONAR O DEVEDOR A CUMPRIR A OBRIGAÇÃO E NÃO SANÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE DE ADIMPLENTO. NECESSÁRIA DEMONSTRAÇÃO DA TENTATIVA DE OCULTAÇÃO DE PATRIMÔNIO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA CONSOLIDADA PELA CORTE SUPERIOR. INDEFERIMENTO MANTIDO.

“Em outras palavras, é medida para ser aplicada no devedor que não paga porque não quer e que por ter blindado seu patrimônio torna ineficaz a forma típica de execução (penhora-expropriação). Não é, portanto, medida a ser aplicável ao devedor que não paga porque não tem meios para tanto” (Neves, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – Volume Único*. Salvador: JusPodivm, 12 ed., 2019, p. 1064).

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4028069-67.2019.8.24.0000, da comarca de Joinville 1ª Vara Cível em que é/são Agravante (s) Jean Carlos Klann e Agravado (s) Ademir Hoetgebaun.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para deferir o pedido de inscrição do nome do executado na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB). Custas legais.

O julgamento foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Newton Varela Júnior.

Florianópolis, 16 de junho de 2020.

Desembargador Altamiro de Oliveira
Relator

RELATÓRIO

Jean Carlos Klann interpôs agravo de instrumento contra decisão interlocutória proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville que, nos autos do Cumprimento de Sentença n. 0302112-74.2015.8.24.0008/01, indeferiu pedido de envio de ofício ao Registro de Imóveis, bloqueio de veículo alienado fiduciariamente e suspensão da habilitação para dirigir do executado.

Sustenta que: a) é possível a utilização do sistema CNIB para localização de bens imóveis em nome do executado; b) ainda que o veículo encontrado em nome do devedor por meio do sistema Renajud esteja alienado fiduciariamente, deve ser realizado o bloqueio, a fim de evitar negociação com terceiros; c) o executado não indicou bens à penhora, tampouco justificou a impossibilidade de garantir o juízo, o que autoriza a suspensão da sua habilitação para dirigir.

Em admissibilidade, ausente pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, foi determinado o processamento do recurso (fl. 7). A parte agravada não apresentou contrarrazões (fl. 9).

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto com o fito de reformar decisão interlocutória que indeferiu pedido de envio de ofício ao Registro de Imóveis, bloqueio de veículo alienado fiduciariamente e suspensão da habilitação para dirigir (CNH) do executado.

De início, verifica-se que a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB constitui sistema posto à disposição do Poder Judiciário, destinado a receber comunicações de indisponibilidade de bens imóveis não individualizados, instituído pelo Provimento n. 39/2014 do Conselho Nacional de Justiça que, considerando “a necessidade de racionalizar o intercâmbio de informações entre o Poder Judiciário e os órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, visando celeridade e efetividade na prestação jurisdicional e eficiência do serviço público delegado”, prevê:

Art. 2º A Central Nacional de Indisponibilidade terá por finalidade a recepção e divulgação, aos usuários do sistema, das ordens de indisponibilidade que atinjam patrimônio imobiliário indistinto, assim como direitos sobre imóveis indistintos, e a recepção de comunicações de levantamento das ordens de indisponibilidades nela cadastrada.

§ 1º A ordem de indisponibilidade que atinja imóvel específico e individualizado continuará sendo comunicada pela autoridade que a expediu diretamente ao Oficial de Registro de Imóveis competente para a averbação, podendo o encaminhamento ser promovido por via física ou eletrônica conforme disposto nas normas da Corregedoria Geral da Justiça a que submetida a fiscalização da respectiva unidade do serviço extrajudicial.

§ 2º A comunicação de levantamento de indisponibilidade cadastrada será efetuada na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB pela autoridade competente, sem prejuízo de comunicação, pela referida autoridade, diretamente ao Oficial de Registro de Imóveis em que promovida averbação da indisponibilidade em imóvel específico, a fim de que proceda ao seu cancelamento.

O acesso a tal sistema, vale dizer, viabiliza o escorreito andamento processual, à luz do princípio da colaboração entre os sujeitos do processo, a teor do art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Sobre a norma, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero esclarecem:

O princípio da colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo. (...) O dever de auxílio, o dever de auxiliar as partes na transposição de eventuais obstáculos que dificultem ou impeçam o exercício de direitos, o cumprimento de deveres ou o desempenho de ônus processuais. Várias são as situações em que esses deveres gravam o juiz ao longo do processo. (...) Trata-se de dever que visa a viabilizar o adequado atendimento aos ônus e aos deveres das partes no processo. Pense-se, por exemplo, no exequente que não encontra bens penhoráveis do executado para satisfação de seu crédito. É tarefa do juiz auxiliá-lo na identificação do patrimônio do executado a fim de que a tutela executiva possa ser realizada de forma efetiva (art. 772, III, CPC) (*Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102/103).

A par disso, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que cabe ao Poder Judiciário utilizar os sistemas auxiliares postos à disposição pelo Conselho Nacional de Justiça para obtenção do endereço ou localização de bens em nome do executado, independentemente do exaurimento da via administrativa. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DA CENTRAL NACIONAL DE INDISPONIBILIDADE DE BENS - CNIB. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS. INSCRIÇÃO DO DEVEDOR EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Esta Corte, em precedentes submetidos ao rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências para que ocorra a indisponibilidade dos bens do devedor, em execução civil ou execução fiscal, após o advento da Lei n. 11.382/2006, com vigência a

partir de 21/1/2007.

2. O Tribunal *a quo*, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB, decidiu em confronto com a jurisprudência desta Corte.

3. “O pedido de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, tal como o SerasaJUD, nos termos do art. 782, § 3º, do CPC/2015, não pode ser recusado pelo Poder Judiciário sob o argumento de que tal medida é inviável em via de execução fiscal.” (REsp 1.799.572/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 14/5/2019).

4. Recurso especial a que se dá provimento (REsp 1816302/RS, rel. Min. Og Fernandes, j. 13-8-2019).

Prepondera, nessas circunstâncias, o princípio da efetividade, extraído do direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, conforme determina o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, em detrimento do sigilo das informações.

A propósito, Freddie Didier Júnior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira lecionam:

Da cláusula geral do “devido processo legal” podem ser extraídos todos os princípios que regem o direito processual. É dela, por exemplo, que se extrai o princípio da efetividade: os direitos devem ser, além de reconhecidos, efetivados. Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste na existência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva. (Curso de direito processual civil: execução. 2.ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 47)

Fixadas essas premissas, colhe-se da tramitação do processo no primeiro grau que o pedido de cumprimento de sentença teve início no ano de 2017 (fl. 1-2), com a intimação do devedor para pagar a dívida (fl. 12) e indicar bens à penhora (fls. 21 e 30). Diante da inércia do executado, realizou-se a busca de ativos financeiros através do sistema Bacenjud (fls. 40-42), a qual foi inexitosa.

Diante da realidade retratada, cabível a utilização do sistema CNIB para a obtenção de informações sobre o patrimônio do agravado, conforme recentes julgados deste Órgão Fracionário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO MONITÓRIA - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NEGOU O REQUERIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA CENTRAL NACIONAL DE INDISPONIBILIDADE DE BENS (CNIB) - INSURGÊNCIA DA AUTORA. INSCRIÇÃO DO NOME DOS DEVEDORES NA CNIB - POSSIBILIDADE - MEDIDA CUJO OBJETIVO PRECÍPUO É O DE CONFERIR EFETIVIDADE À DECISÃO JUDICIAL E IMPEDIR A EXPROPRIAÇÃO INDEVIDA DE IMÓVEIS DOS EXECUTADOS - EXEQUENTE QUE, ADEMAIS, DEMONSTROU O ESGOTAMENTO DOS MEIOS DISPONÍVEIS PARA BUSCA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA - PROCEDIMENTO EM CURSO DESDE 2014, DEVENDO SER ASSEGURADA À CREDORA A SATISFAÇÃO DE SEU CRÉDITO - RECURSO PROVIDO.

A Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB) possibilita ao Magistrado registrar a indisponibilidade de bens que atinjam patrimônio imobiliário indistinto, bem como direitos sobre imóveis desta categoria, além de viabilizar a recepção e comunicação de levantamento das ordens ali cadastradas.

Nesse passo, a inscrição do nome dos executados no citado sistema visa conferir efetividade à demanda expropriatória e impedir a alienação de imóveis do devedor.

Na hipótese, considerando: a) as infrutíferas tentativas de penhora via Renajud e Bacenjud; b) a ausência de provas de outros bens em nome do obrigado; c) o curso do cumprimento de sentença desde 2014, sem garantia do juízo; cabível se mostra o deferimento da medida pleiteada. (Agravo de Instrumento n. 4012279-43.2019.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 22-10-2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE COBRANÇA. DECISÃO QUE INDEFERIU A CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD E RENAJUD. INSURGÊNCIA DA EXEQUENTE.

PLEITO PARA UTILIZAÇÃO DO INFOJUD E RENAJUD A FIM DE LOCALIZAR BENS DA EXECUTADA À SATISFAÇÃO DA DÍVIDA. ACOLHIMENTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CÂMARA. DESNECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS EXTRAJUDICIAIS. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E DA CELERIDADE PROCESSUAL. DECISÃO REFORMADA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (Agravo de Instrumento n. 4018458-90.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 01-10-2019).

Sob tais fundamentos, deve ser reformada parte da decisão interlocutória agravada para permitir a inscrição do nome do executado na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB).

Superada a questão, o agravante almeja o bloqueio do veículo automotor encontrado em nome do executado por meio do sistema Renajud (fl. 49), pleito indeferido pelo Juízo *a quo* em razão de estar alienado fiduciariamente.

A respeito, convém lembrar que, por meio de contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária, o devedor recebe o bem e compromete-se a efetuar o pagamento do valor correspondente ao credor, remanescendo em favor deste a posse indireta e o domínio resolúvel, conforme disposto no art. 1º do Decreto-Lei n. 911/1969.

Dessa forma, como o devedor fiduciário é mero possuidor direto e adquire a propriedade plena dos direitos sobre o bem apenas após adimplir integralmente a dívida, não é admitida a penhora da coisa enquanto pendente a garantia.

No entanto, com o pagamento das parcelas assumidas no decorrer da relação contratual, o devedor terá em seu favor um saldo positivo entre o valor do bem – caso executada a garantia (art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969) – e o débito pendente de quitação, caso em que terá direito ao recebimento desta diferença.

À vista disso, o progressivo adimplemento da obrigação pecuniária dá origem a um crédito, o qual doutrina e jurisprudência entendem ser possível a constrição, com amparo na previsão inserta no inciso XIII do artigo 835 do Código de Processo Civil.

Ademais, dispõe o art. 7º-A do Decreto-Lei n. 911/1969 que "Não será aceito bloqueio judicial de bens constituídos por alienação fiduciária nos termos deste Decreto-Lei, sendo que, qualquer discussão sobre concursos de preferências deverá ser resolvida pelo valor da venda do bem, nos termos do art. 2º".

Logo, inviável a pretensão de bloqueio do bem por meio do sistema Renajud, devendo, o agravante, buscar a penhora de eventuais direitos decorrentes do contrato.

Neste diapasão, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM MÓVEL COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSTRIÇÃO DOS DIREITOS. POSSIBILIDADE.

1. O STJ firmou o entendimento de que o bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, não pode ser objeto de penhora. Nada impede, contudo, que os direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato sejam constrictos.

2. Recurso Especial provido (REsp 1646249/RO, rel. Min. Hermann Benjamin, j. 3-4-2018).

E, deste Sodalício, retira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE PENHORA DE VEÍCULO QUE ESTÁ ALIENADO FIDUCIARIAMENTE EM FAVOR DA INSTITUIÇÃO AGRAVANTE. PRETENZA REFORMA DO DECISUM. TESE REJEITADA. BEM QUE NÃO INTEGRA O PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. DEMANDA EXECUTIVA. VIA INADEQUADA PARA REAVER BEM OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PRECEDENTES.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Agravo de Instrumento n. 4012876-12.2019.8.24.0000, de Anchieta, rel. Des. Jaime Machado Júnior, j. 7-5-2020).

Por fim, defende, o agravante, a validade da suspensão da carteira de habilitação da parte executada, a fim de compeli-la a pagar o valor excutido, porquanto não houve a indicação de bens penhoráveis. O juízo *a quo* indeferiu o pedido por entender que a medida se aplica nos casos de comprovada má-fé do devedor.

O pedido encontra amparo no disposto no inc. IV do art. 139 do CPC, *in verbis*:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

A respeito, Daniel Amorim Assumpção Neves esclarece:

Entendo que esse dispositivo claramente permite a aplicação ampla e irrestrita do princípio ora analisado a qualquer espécie de execução, independentemente da natureza da obrigação. E também que supera o entendimento de que as astreintes não sejam aplicáveis nas execuções de obrigação de pagar quantia certa.

Seriam assim admitidas medidas executivas que nunca foram aplicadas na vigência do CPC/1973 e que não estão previstas expressamente no novo diploma legal. Interessantes exemplos são dados pela melhor doutrina: suspensão do direito do devedor de conduzir veículo automotor, inclusive com apreensão física da CNH; retenção do passaporte, proibição de utilização de cartão de crédito, dentre outras.

Essa liberdade concedida ao juiz naturalmente aumenta sua responsabilidade, não sendo admissível que a utilize para contrariar a lei ou mesmo princípios do Direito. [...].

Conforme corretamente apontado pelo Superior Tribunal de Justiça, “a adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou provisão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental”.

Por outro lado, não será cabível a adoção de tais medidas se elas não tiverem concreta capacidade de cumprir sua função, qual seja, a de pressionar psicologicamente o executado a cumprir sua obrigação. Conforme entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, não cabe aplicação de astreintes para pressionar o executado a cumprir obrigação de impossível cumprimento porque nesse caso estar-se-á diante de sanção e não de medida executiva. O mesmo raciocínio deve ser utilizado para a aplicação das medidas executivas atípicas, de forma a ter seu cabimento condicionado à possibilidade de a obrigação de pagar quantia ser cumprida. Em outras palavras, é medida para ser aplicada no devedor que não paga porque não quer e que por ter blindado seu patrimônio torna ineficaz a forma típica de execução (penhora-expropriação). Não é, portanto, medida a ser aplicável ao devedor que não paga porque não tem meios para tanto (*Manual de Direito Processual Civil – Volume Único*. Salvador: JusPodivm, 12 ed., 2019, p. 1063-1064).

O Superior Tribunal de Justiça estabelece a melhor forma de aplicação das medidas executivas atípicas, previstas no dispositivo em comento. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUES. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO.

Ação distribuída em 1/4/2009. Recurso especial interposto em 21/9/2018. Autos conclusos à Relatora em 7/1/2019.

2. O propósito recursal é definir se a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo.
3. A interposição de recurso especial não é cabível com base em suposta violação de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, “a” da CF/88.
4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV).
5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos.
6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico.
7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade.
8. Situação concreta em que o Tribunal a quo indeferiu o pedido do recorrente de adoção de medidas executivas atípicas sob o fundamento de que não há sinais de que o devedor esteja ocultando patrimônio, mas sim de que não possui, de fato, bens aptos a serem expropriados.
9. Como essa circunstância se coaduna com o entendimento propugnado neste julgamento, é de rigor - à vista da impossibilidade de esta Corte revolver o conteúdo fático-probatório dos autos - a manutenção do aresto combatido.

RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO (REsp 1788950/MT, rel^a. Min^a. Nancy Andrigli, j. 23-4-2019).

Ainda, mutatis mutandis:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS. CPC/2015. INTERPRETAÇÃO CONSENTÂNEA COM O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL. SUBSIDIARIEDADE, NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE. RETENÇÃO DE PASSAPORTE. COAÇÃO ILEGAL. CONCESSÃO DA ORDEM. SUSPENSÃO DA CNH. NÃO CONHECIMENTO.

1. O habeas corpus é instrumento de previsão constitucional vocacionado à tutela da liberdade de locomoção, de utilização excepcional, orientado para o enfrentamento das hipóteses em que se vislumbra manifesta ilegalidade ou abuso nas decisões judiciais.
2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o acautelamento de passaporte é medida que limita a liberdade

de locomoção, que pode, no caso concreto, significar constrangimento ilegal e arbitrário, sendo o habeas corpus via processual adequada para essa análise.

3. O CPC de 2015, em homenagem ao princípio do resultado na execução, inovou o ordenamento jurídico com a previsão, em seu art. 139, IV, de medidas executivas atípicas, tendentes à satisfação da obrigação exequenda, inclusive as de pagar quantia certa.

4. As modernas regras de processo, no entanto, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância, poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável.

5. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica.

6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual.

7. A adoção de medidas de incursão na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, carecerá de legitimidade e configurar-se-á coação reprovável, sempre que vazia de respaldo constitucional ou previsão legal e à medida em que não se justificar em defesa de outro direito fundamental.

8. A liberdade de locomoção é a primeira de todas as liberdades, sendo condição de quase todas as demais. Consiste em poder o indivíduo deslocar-se de um lugar para outro, ou permanecer cá ou lá, segundo lhe convenha ou bem lhe pareça, compreendendo todas as possíveis manifestações da liberdade de ir e vir.

9. Revela-se ilegal e arbitrária a medida coercitiva de suspensão do passaporte proferida no bojo de execução por título extrajudicial (duplicata de prestação de serviço), por restringir direito fundamental de ir e vir de forma desproporcional e não razoável. Não tendo sido demonstrado o esgotamento dos meios tradicionais de satisfação, a medida não se comprova necessária.

10. O reconhecimento da ilegalidade da medida consistente na apreensão do passaporte do paciente, na hipótese em apreço, não tem qualquer pretensão em afirmar a impossibilidade dessa providência coercitiva em outros casos e de maneira genérica. A medida poderá eventualmente ser utilizada, desde que obedecido o contraditório e fundamentada e adequada a decisão, verificada também a proporcionalidade da providência.

11. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação não configura ameaça ao direito de ir e vir do titular, sendo, assim, inadequada a utilização do habeas corpus, impedindo seu conhecimento. É fato que a retenção desse documento tem potencial para causar embaraços consideráveis a qualquer pessoa e, a alguns determinados grupos, ainda de forma mais drástica, caso de profissionais, que tem na condução de veículos, a fonte de sustento. É fato também que, se detectada esta condição particular, no entanto, a possibilidade de impugnação da decisão é certa, todavia por via diversa do habeas corpus, porque sua razão não será a coação ilegal ou arbitrária ao direito de locomoção, mas inadequação de outra natureza.

12. Recurso ordinário parcialmente conhecido (RHC 97876/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 5-6-2018).

Logo, as medidas executivas atípicas previstas no art. 139, inc. IV, do CPC, como a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte, devem ser aplicadas de forma excepcional, após a verificação da tentativa de ocultação de patrimônio, e não nos casos em que

constatada a inexistência de bens a garantir a dívida, sob pena do desvirtuamento da medida, a qual não busca punir o devedor pela impossibilidade de adimplir a obrigação, mas, sim, de pressioná-lo a cumprir.

Feitas as necessárias considerações, da análise dos autos na origem, como visto anteriormente, denota-se que o cumprimento de sentença iniciou em 2017 (fls. 1-2), com a intimação do executado para cumprir a obrigação (fl. 12) e indicar bens à penhora (fls. 21 e 30). Na sequência, houve tentativa infrutífera de localização de bens a garantir a dívida pelo sistema Bacenjud (fls. 40-42), culminando com o pedido de utilização dos sistemas CNIB e Renajud, bem como de suspensão da habilitação para dirigir, ora em análise.

Portanto, vê-se que não há indícios de que o executado tenta se esquivar do cumprimento da obrigação, todavia há evidências da inexistência de condições de adimpli-la, o que inviabiliza a adoção da medida pretendida pelo exequente.

Neste sentido, decidi esta Corte e Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PLEITO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) DO DEVEDOR. MEIOS EXECUTIVOS ORDINÁRIOS NÃO EXAURIDOS. PROVIDÊNCIA POR DE MAIS GRAVOSA. MEDIDA DESARRAZOADA NESTE ITER PROCESSUAL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Segundo posição majoritária, “embora a lei processual permita ao julgador se valer de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a realização do crédito perseguido, nos termos do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, os referidos instrumentos devem ser adotados em casos excepcionais, a fim de evitar violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4015122-49.2017.8.24.0000, de Xaxim, rel. Des. Luiz Felipe Schuch, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 04-12-2017) (Agravo de Instrumento n. 4029672-78.2019.8.24.0000, de Joinville, Sexta Câmara de Direito Civil, rel. Des. André Carvalho, j. 28-1-2020).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DE APREENSÃO DO PASSAPORTE E DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) DO EXECUTADO. MEDIDAS RECLAMADAS QUE, APESAR DO FUNDAMENTO LEGAL INVOCADO (ARTIGO 139, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015), REFOGEM À FINALIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO: A SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO PELA EXPROPRIAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO EXECUTADO. ARTIGO 824 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. MAU USO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO QUE DEVE SER COIBIDO, A TANTO EQUIVALENDO A ADOÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS VOLTADAS APENAS CONTRA A PESSOA DO EXECUTADO, AO ARREPIO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ARTIGO 1º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (Agravo de instrumento n. 4035631-64.2018.8.24.0000, da Capital, Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Jânio Machado, j. 7-3-2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL.

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE BLOQUEIO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) E DO PASSAPORTE DOS EXECUTADOS. INSURGÊNCIA DO BANCO EXEQUENTE.

PEDIDO DE UTILIZAÇÃO DOS MEIOS COERCITIVOS DISPOSTOS NO ART. 139, IV, DO CPC/2015, COM O BLOQUEIO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) E DO PASSAPORTE DOS EXECUTADOS, ANTE O ESGOTAMENTO DE TODAS AS MEDIDAS TÍPICAS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO NA TENTATIVA DE PENHORAR BENS DOS DEVEDORES. NÃO CABIMENTO. MEDIDAS QUE NÃO SE MOSTRAM EFICAZES PARA SATISFAZER O DÉBITO EXEQUENDO, SERVINDO APENAS PARA PUNIR OS EXECUTADOS, OBSTANDO SEU DIREITO DE IR E VIR. EXEQUENTE QUE DEVE INVESTIR CONTRA O PATRIMÔNIO DOS DEVEDORES, NA FORMA DO ART. 789 DO CPC/2015, E NÃO CONTRA A PESSOA DOS DEVEDORES OU SEUS DIREITOS CIVIS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“Medidas consistentes em suspensão de CNH do executado, ou bloqueio de seu passaporte e cartões de crédito, além de violarem direitos do devedor, inclusive de índole constitucional, a exemplo da locomoção, não garantem a satisfação do crédito perseguido e, ao contrário do desejado, põe em xeque a efetividade da medida, que verdadeiramente não se revela proporcional ao fim a que se destina, haja vista que agride a pessoa do devedor, não seu patrimônio. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 402229794.2017.8.24.0000, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 05-07-2018). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (Agravo de Instrumento n. 4021009-77.2018.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 22-11-2018) (Agravo de Instrumento n. 4018162-05.2018.8.24.0000, de Ipumirim, Segunda Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 11-12-2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU MEDIDAS COERCITIVAS. IRRESIGNAÇÃO DO EXEQUENTE.

SUSTENTADA NECESSIDADE DE DEFERIMENTO DE LIMINAR DE BUSCA E APREENSÃO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE.

PLEITEADA SUSPENSÃO DE CNH, PASSAPORTE E DE CARTÕES. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA EFETIVIDADE DAS MEDIDAS.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO (Agravo de Instrumento n. 4008793-50.2019.8.24.0000, de Jaraguá do Sul, Segunda Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 15-10-2019).

Destarte, a manutenção da decisão agravada quanto ao ponto é medida que se impõe.

Do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe parcial provimento para deferir o pedido de inscrição do nome do executado na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB).

Apelação Cível n. 0003991-66.2011.8.24.0062, de São João Batista

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA EMBARGADA.

SUSTENTADA FRAUDE. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL ENTRE PARENTES. INSUBSISTÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO INDUZ À PRESUNÇÃO DE MÁ-FÉ.

REQUERIDA INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. CAUSALIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. INSISTÊNCIA NA CONSTRIÇÃO QUE CONDUZ À CONDENAÇÃO DA APELANTE.

REQUERIDA DIMINUIÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. ABUSIVIDADE. TESE RECHAÇADA. ESTIPÊNDIO FIXADO EM R\$ 1.000,00 NA ORIGEM.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003991-66.2011.8.24.0062, da comarca de São João Batista (2ª Vara), em que é Apelante Banco do Brasil S/A e Apelada Ivanilde Maфра Picolli:

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

O julgamento, realizado no dia 21 de janeiro de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Robson Luz Varella, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 24 de janeiro de 2020.

Desembargador Newton Varella Júnior

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Banco do Brasil S/A em face de sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de São João Batista que, em Ação de Embargos de Terceiro, julgou procedentes os pedidos formulados por Ivanilde Maфра Picolli.

Extrai-se da decisão combatida que a embargada não comprovou a má-fé da adquirente no caso, e não havia anotação da existência da execução no CRI ao tempo da alienação.

Em suas razões recursais, a parte busca a reforma da decisão sob as alegações de que (I) a fraude está demonstrada pelo parentesco entre as partes; e (II) os honorários devem ser diminuídos ou atribuídos à apelada em razão do disposto na súmula 303 do Superior Tribunal de Justiça.

Recolheu preparo (fl. 70).

Contrarrazões às fls. 75/78.

É o relatório.

VOTO

1. Fraude

Inicialmente, a tese de fraude repisada em apelação lastreia-se primordialmente no parentesco entre a executada e a apelada. Segundo a recorrente, o fato de a alienação ter ocorrido após a propositura da execução, aliada a essa relação entre as partes, demonstra o conluio caracterizador da má-fé.

A afinidade, contudo, não é suficiente para fastar a presunção de boa-fé no negócio se não acompanhada de outros elementos, como bem pontuou a magistrada singular.

Tal conclusão também é tomada por esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PENHORA LEVADA A EFEITO SOBRE IMÓVEL ADQUIRIDO PELO EMBARGANTE. ATO CONSTITUTIVO ORIUNDO DE PROCESSO DE EXECUÇÃO. APELO DO EMBARGADO. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS. INOCORRÊNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO NÃO ESGOTADA. EXEGESE DO ARTIGO 675 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AVENTADO CONLUIO ENTRE EXECUTADO E EMBARGANTE. AUSÊNCIA DE GRAVAMES NA MATRÍCULA DO IMÓVEL AO TEMPO DA TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE REGISTRAL. PARENTESCO ENTRE EXECUTADO E EMBARGANTE QUE NÃO INDUZ À PRESUNÇÃO ABSOLUTA DO CONSILIUM FRAUDIS. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS A CORROBORAR A MÁ-FÉ ALEGADA PELO EMBARGADO/APELANTE. EVENTUAL FRAUDE À EXECUÇÃO PRATICADA PELO ALIENANTE QUE NÃO PREJUDICA DIREITO DO TERCEIRO ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0001369-64.2014.8.24.0076, de Turvo, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 10-09-2019).

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC/2015) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DESTE RELATOR QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RECURSAL. INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE. ALEGAÇÃO DE QUE ESTARIAM PREENCHIDOS OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL. CONTUDO, AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DO ART. 995, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/2015. FRAUDE À EXECUÇÃO QUE DEPENDE DO REGISTRO DA PENHORA OU DA COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE (SÚMULA 375/STJ). AUSÊNCIA DE PROVA DA AVERBAÇÃO DA EXECUÇÃO E POSSÍVEL RESTRIÇÃO DO VEÍCULO INDICADO À PENHORA JUNTO AO ÓRGÃO TRÂNSITO (DETRAN/SC); E DA MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE. AQUISIÇÃO DO VEÍCULO PELA SOGRA (PARENTESCO

POR AFINIDADE) QUE, POR SI SÓ, NÃO EVIDENCIA FATO FRAUDULENTO. PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO ESTÁ EVIDENCIADA NA HIPÓTESE. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo Interno n. 4010461-56.2019.8.24.0000, de Timbó, rel. Des. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 16-07-2019).

Não basta, então, que a apelante utilize a relação de parentesco como argumento em favor da comprovação da má-fé se não houver outros elementos corroborando o conluio entre elas.

Como tais elocubrações não afastam a aplicabilidade da súmula 375 do STJ, segundo a qual “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”.

Não se trata de presunção da má-fé, mas sim de prova, porquanto nem a existência da ação nem a penhora foram previamente anotados no CRI competente.

2. Honorários

Pugna a apelante pela inversão do ônus sucumbencial com base na súmula 303 do STJ, que trata da teoria da causalidade em embargos de terceiro.

Tal entendimento dita que “Em embargos de terceiro, quem deu causa à constrição indevida deve arcar com os honorários advocatícios”, muito diferente de atribuir o ônus sempre à parte embargante.

Em verdade, a interpretação dessa súmula pelo STJ fixou-se na verificação de resistência à pretensão exordial. Se a embargada concordar com o pedido, a embargante é condenada ao pagamento da sucumbência e vice-versa.

No presente caso, a impugnação ofertada contra a pretensão inicial demonstra que a constrição indevida foi causada pela apelante, impossibilitando a pretendida inversão do ônus sucumbencial.

A esse respeito:

EMBARGOS DE TERCEIRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM FAVOR DOS EMBARGADOS. MANUTENÇÃO. EMBARGANTES QUE DERAM CAUSA À AÇÃO POR NÃO EFETUAREM O REGISTRO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSO REPETITIVO DO STJ E SÚMULA 303 DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, em sede de repetitivo (art. 1.040 do CPC/15), no sentido de que “nos Embargos de Terceiro cujo pedido foi acolhido para desconstituir a constrição judicial, os honorários advocatícios serão arbitrados com base no princípio da causalidade, responsabilizando-se o atual proprietário (embargante), se este não atualizou os dados cadastrais. Os encargos de sucumbência serão suportados pela parte embargada, porém, na hipótese

em que esta, depois de tomar ciência da transmissão do bem, apresentar ou insistir na impugnação ou recurso para manter a penhora sobre o bem cujo domínio foi transferido para terceiro” (REsp 1452840/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/09/2016, DJe 05/10/2016). (TJSC, Apelação Cível n. 0302250-97.2018.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 24-09-2019).

Mantida a condenação da apelada no ponto, resta analisar o pedido de minoração da verba.

Constato que a sentença fixou a remuneração do causídico oposto em R\$ 1.000,00 (mil reais), valor que, por si só, não revela qualquer abusividade, em especial se considerada a importância econômica envolvida neste feito (propriedade de imóvel).

Assim, não procede o pleito de diminuição da verba honorária.

3. Conclusão.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Agravo de Instrumento n. 4019595-10.2019.8.24.0000, de Joinville

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE TERCEIRO – DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO LIMINAR – RECURSO DO EMBARGANTE.

PRETENDIDA PROTEÇÃO DE POSSE E PROPRIEDADE DE VEÍCULO AUTOMOTOR PENHORADO A PEDIDO DA EMBARGADA, NO ÂMBITO DE AÇÃO EXECUTIVA – PROVAS COLIGIDAS DANDO CONTA DA NEGOCIAÇÃO DO BEM ENTRE O AGRAVANTE E O PRÉVIO PROPRIETÁRIO, E ENTRE ESTE E A EXECUTADA, QUANDO JÁ EXISTENTE AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA NO REGISTRO PERANTE O ÓRGÃO DE TRÂNSITO – FRAUDE À EXECUÇÃO PRESUMIDA, A TEOR DOS ARTS. 792, II E § 1º, E 828, § 4º, DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL, INDEPENDENTEMENTE DA ALEGAÇÃO DE BOA-FÉ – INOPONIBILIDADE DAS TRANSAÇÕES À PARTE AGRAVADA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS EMBASADORES DA TUTELA ANTECIPATÓRIA PRETENDIDA – DECISÃO MANTIDA – RECLAMO DESPROVIDO.

Na interpretação dos arts. 792, II e § 2º, e 828, § 4º, da Lei Instrumental Civil, presume-se a ocorrência de fraude à execução quando, na oportunidade de aquisição do automóvel da executada, remanesca anotação premonitória no registro administrativo do bem, independentemente de boa-fé do adquirente, tornando inoponível a aquisição à promovente da averbação.

“*In casu*”, o ora embargante adquiriu a coisa disputada de terceira pessoa, a qual a houve diretamente da executada dos autos originários. No entanto, ambas as transações ocorreram posteriormente à averbação da “*actio*” executiva perante o DETRAN-SC, impedindo que a alegada posse e propriedade invocadas pelo agravante sejam opostas ao beneficiário da penhora combatida, afigurando-se, pois, escorreita a decisão que rejeitou a liminar postulada nos presentes embargos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4019595-10.2019.8.24.0000, da comarca de Joinville 2ª Vara de Direito Bancário em que é/são Agravante (s) Juliano Daniel Marcelino e Agravado (s) Banco Bradesco S/A.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Do julgamento, realizado em 3 de março de 2020, participaram os Exmos. Srs. Des. Altamiro de Oliveira e Newton Varella Júnior.

Florianópolis, 10 de março de 2020.

Desembargador Robson Luz Varella
Presidente e relator

RELATÓRIO

Juliano Daniel Marcelino agravou da decisão de fls. 49/51, a qual rejeitou liminar pleiteada nos embargos de terceiro de autos n. 0304181-47.2019.8.24.0038, oposto em face de Banco Bradesco S/A, tendo por objeto o veículo automotor “Nissan Sentra 20s Flex”, de placas MJZ6877 e RENAVAM n. 493497811, alvo de constrição nos autos da executiva n. 032278-06.2015.8.24.0038.

Em suas razões, afirmou ter adquirido o bem em questão do sr. Felipe Dias Vargas, o qual por sua vez o houve da executada no feito originário, Musashi Sushi Bar e Restaurante Ltda, mediante transações devidamente registradas perante o órgão administrativo de trânsito.

Asseverou a boa-fé com que agiu, apontando inexistirem quaisquer restrições no registro do automóvel quando de sua compra, de modo a ser considerado seu legítimo possuidor e proprietário.

Postulou, assim, a concessão da tutela antecipada rejeitada em primeiro grau, para que seja cancelada a penhora imposta sobre a coisa disputada, e reconhecida a posse e propriedade do embargante.

Às fls. 26/30, o reclamo foi recebido sem o almejado efeito ativo.

Embora intimada, a agravada deixou de oferecer contrarrazões (fl. 38).

É o necessário relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que denegou pleito liminar deduzido em embargos de terceiro.

O feito ter por objeto o veículo automotor “Nissan Sentra 20s Flex”, de placas MJZ6877 e RENAVAM n. 493497811, alvo de constrição nos autos da executiva n. 032278-06.2015.8.24.0038, fundando-se o recorrente nas seguintes premissas para justificar sua propriedade e posse: a) o bem litigado foi adquirido do sr. Felipe Dias Vargas que, por sua vez, comprou-o diretamente da executada no processo de execução originário; b) no momento da celebração das mencionadas avenças, inexistia qualquer gravame sobre a coisa disputada, não se podendo presumir a má-fé dos adquirentes; c) portanto, tendo em vista que o automóvel em tela não pertence à executada naqueles autos, não pode servir à satisfação do direito reclamado pela exequente, havendo amparo à pretensão deduzida nos embargos de terceiro.

Pois bem.

Compulsando os autos, verifica-se a aquisição do objeto dos embargos pelo insurgente em 6/2/2017, conforme documento de fls. 43/44, quando já constava restrição relativa à processo judicial de execução no registro do bem junto ao DETRAN-SC.

O comprador anterior do veículo, na mesma linha, adquiriu-o diretamente da executada no feito de n. 0322778-06.2015.8.24.0038 na data de 18/11/2016, ocasião na qual igualmente pendia aludida anotação restritiva no cadastro, efetivada em 1/11/2016 (fls. 65/66 dos autos originários).

Portanto, contrariamente ao assentado pelo irresignante, as aquisições mencionadas ocorreram após a inserção da averbação premonitória destacada, a evidenciar que, na referida época, a execução geradora da penhora combatida gozava de plena publicidade.

De outro lado, inexistindo qualquer demonstrativo de posse do bem em momento anterior ao registro da transação o que incumbiria ao embargante por força do art. 373, I, da Lei Adjetiva Civil (“Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito”).

Dessa feita, a presunção de fraude à execução decorre diretamente do art. 828, § 4º, do Código Processual Civil, independentemente da sustentada boa-fé do adquirente, haja vista que realizado o negócio translativo posteriormente à publicização da restrição sobre o bem.

Nesse sentido, preceitua o “Codex Instrumentalis”:

Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

[...]

§ 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

E o art. 790, V, da mesma codificação, complementa:

Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

[...]

V - alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;

Consequentemente, a posse e propriedade sustentadas nos embargos são inoponíveis à embargada, na esteira do art. 792, II, e § 1º, da Lei Adjetiva Civil:

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

[...]

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

[...]

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

A esse respeito, já se posicionou esta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO EMBARGANTE. 1 - ALEGAÇÃO DE QUE O APELANTE É O PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO LAND ROVER EVOQUE, PENHORADO NA EXECUÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO RECONHECIDA. ALIENAÇÃO DO BEM, PELO EXECUTADO, APÓS A AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA DO ART. 615-A DO CPC/1973 (ATUAL ART. 828 DO CPC/2015). ADEMAIS, O APELANTE ADQUIRIU O VEÍCULO DE SEU GENITOR, QUE FIGURA COMO EXECUTADO. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DERRUÍDA. FRAUDE À EXECUÇÃO JÁ RECONHECIDA POR DECISÃO PRETÉRITA, NOS AUTOS A AÇÃO EXECUTIVA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO SE VERIFICA A INSOLVÊNCIA DO EXECUTADO, PORQUANTO A EXECUÇÃO ESTARIA GARANTIDA POR BENS SUFICIENTES. AFIRMAÇÃO QUE NÃO SE MOSTRA EM CONSONÂNCIA COM A REALIDADE DOS AUTOS. APLICAÇÃO DOS ARTS. 828, § 4º, E ART. 792, II, AMBOS DO CPC/2015. RECURSO DESPROVIDO. “Nos moldes do § 4º do art. 828 do atual Regramento Processual Civil, **a transferência de propriedade ou oneração de bens em momento posterior à averbação da existência de ação executiva em desfavor do devedor faz presumir a ocorrência de fraude à execução.** No caso, os embargantes adquiriram o imóvel em momento posterior à averbação premonitória do art. 615-A do revogado Código de Processo Civil (atual art. 828, § 4º), de modo que resta caracterizada a fraude à execução.” (Apelação Cível n. 0302050-16.2016.8.24.0035, de Ituporanga, rel. Des. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 6-2-2018). [...] (Apelação Cível n. 0300289-42.2016.8.24.0166, Rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. em 30/7/2019) (sem grifos no original)

E ainda:

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL - FRAUDE À EXECUÇÃO - EMBARGOS DE TERCEIRO - SENTENÇA QUE RECONHECEU A OCORRÊNCIA DE ALIENAÇÃO DO VEÍCULO APÓS A AVERBAÇÃO DA EXECUÇÃO NO REGISTRO DO DETRAN - IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS EM 1º GRAU - IRRESIGNAÇÃO DO TERCEIRO EMBARGANTE - 1. PRELIMINAR DE DEVOLUÇÃO DE PARTE DAS CUSTAS INICIAIS POR REDUÇÃO DO VALOR DA CAUSA - PEDIDO QUE DEVE SER FEITO ADMINISTRATIVAMENTE AO FUNDO DE REAPARELHAMENTO DO JUDICIÁRIO - NÃO CONHECIMENTO - 2. MÉRITO - INOCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO - INACOLHIMENTO - AUSÊNCIA DE RELEVANTE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA, QUE EXAMINOU PERCUCIENTEMENTE A PROVA DOCUMENTAL - **ALIENAÇÃO OCORRIDA APÓS A AVERBAÇÃO DA DEMANDA EXECUTIVA NO REGISTRO DO DETRAN - PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE FRAUDE À EXECUÇÃO INDEPENDENTEMENTE DE PROVA DO ESTADO DE INSOLVÊNCIA DO EXECUTADO - ART. 615-A, §3º, DO CPC/1973 - ENTENDIMENTO CONSOLIDADO EM RECURSO REPETITIVO (RESP 956.943/PR) - FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA - SENTENÇA MANTIDA, MAJORADOS OS HONORÁRIOS EM RAZÃO DA SUCUMBÊNCIA RECURSAL - APELO IMPROVIDO.** 1. O requerimento de devolução de despesas processuais deve ser formulado administrativamente ao Fundo de Reaparelhamento do Judiciário. 2. **A alienação a terceiro após a averbação do bem no registro (imobiliário ou Detran) acarreta presunção absoluta de fraude à execução (art. 615-A, §3º, CPC/1973).** (Apelação Cível n. 0002149-07.2013.8.24.0054, Rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 10/10/2019) (sem grifos no original)

Por conseguinte, tendo em vista a pendência do registro em questão ao tempo da alienação do veículo ao ora embargante, o argumento sustentado no reclamo não aparenta possuir amparo legal, afigurando-se correto o “decisum” que, na ausência de probabilidade do direito invocado, denegou a tutela antecipatória pretendida nos embargos.

Ante o exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4000568-07.2020.8.24.0000 de Balneário Camboriú

Agravante: Banco do Brasil S/A

Advogado: Luiz Fernando Brusamolin (OAB: 29941/SC)

Agravado: Roberto Luis Caldart

Advogados: Juliano Mandelli Moreira (OAB: 18930/SC) e outro

Relator(a) : Desembargador Jaime Machado Junior

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

Banco do Brasil S.A interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú que, nos autos do incidente de cumprimento de sentença promovido em face de Roberto Luiz Caldart, indeferiu pedido de consulta de bens do executado através do sistema D.O.I (Declarações sobre Operações Imobiliárias).

O pedido de efeito suspensivo foi indeferido (p. 313-315). Sem contrarrazões, vieram os autos conclusos.

Decido.

De início, impende anotar que o presente reclamo comporta julgamento monocrático, nos termos do que dispõe o art. 932, VIII, do CPC/15 e art. 132, XVI, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Destaca-se que o julgamento unipessoal tem por desiderato conferir maior efetividade à prestação jurisdicional perseguida, pois o regramento do art. 932 do Código de Processo Civil “*permite ao relator, como juiz preparador do recurso de competência do colegiado, que decida como entender necessário [...]*”.

Pretende-se, com a aplicação da providência prevista no texto ora analisado, a economia processual, com a facilitação do trâmite do recurso até o seu próprio mérito [...]” (NERY JUNIOR, Nelson. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.1851).

No caso, defende a agravante a possibilidade e necessidade de utilização do sistema DOI – Declaração sobre Operação Imobiliárias para obter a localização de bens dos executados.

A matéria dispensa maiores digressões, porquanto o Superior Tribunal de Justiça, visando maior efetividade aos processos judiciais, pacificou o entendimento sobre a viabilidade do emprego

dos sistemas disponibilizados pelo Conselho Nacional Justiça, sem a necessidade de exaurimento prévio das vias administrativas. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. SISTEMA INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE.

1. Com a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução para prestigiar a efetividade da Execução, de modo que a apreensão judicial de dinheiro, mediante o sistema eletrônico denominado Bacen-Jud, passou a ser medida primordial, independentemente da demonstração relativa à inexistência de outros bens.

2. Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos.

3. O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp 1.184.765/PA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, processado sob o rito dos recursos repetitivos, firmou que “a utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21/1/2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras”.

4. O STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacen-Jud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17.8.2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015. 4. Recurso Especial provido (REsp 1723898/ES, rel. Ministro Herman Benjamin, j. 05-06-2018).

Especificamente quanto à plataforma DOI – Declaração sobre Operações Imobiliárias, que permite acesso às informações enviadas pelos Cartórios de Registro de Imóveis à Receita Federal sobre a aquisição ou alienação de bens, este Órgão Julgador já se manifestou pela viabilidade da consulta, em atenção ao princípio da cooperação entre os sujeitos do processo (art. 6º do CPC).

Além disso, a providência busca agilizar a localização de bens com o desiderato de imprimir maior efetividade à prestação jurisdicional perseguida.

Extrai-se:

Extrai-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DECISÃO EM QUE FOI INDEFERIDO, DENTRE OUTROS PEDIDOS, INTENTO DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA DOI (DECLARAÇÃO SOBRE OPERAÇÕES IMOBILIÁRIAS), PARA FINS DE LOCALIZAÇÃO DE BENS EM NOME DO POLO ACIONADO. RECURSO DA PARTE REQUERENTE. PRETENDIDA REFORMA DO DECISUM, A FIM DE QUE SEJA AUTORIZADA MENCIONADA PESQUISA REQUERIDA. ACOLHIMENTO. DOI. MECANISMO DE CONSULTA CONVENIADO COM O PODER JUDICIÁRIO. ADMISSIBILIDADE DA SUA UTILIZAÇÃO, DE MODO A SIMPLIFICAR E AGILIZAR A BUSCA POR BENS DOS EXECUTADOS.

PROVIDÊNCIA QUE ENCONTRA AMPARO NO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO ENTRE OS SUJEITOS DO PROCESSO (ARTIGO 6º DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL) E TEM COMO ESCOPO CONFERIR CELERIDADE AO PROCESSO E EFETIVIDADE À TUTELA JURISDICIONAL. PRECEDENTES. DECISÃO REFORMADA.

RECLAMO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4029631-14.2019.8.24.0000, de Rio do Sul, rel. Des. Tulio Pinheiro, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 12-12-2019).

E desta Corte:

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU PEDIDO DE CONSULTA AO DOI (DECLARAÇÃO SOBRE OPERAÇÕES IMOBILIÁRIAS) - IRRESIGNAÇÃO DO EXEQUENTE - PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO - UTILIZAÇÃO DE CONVÊNIOS À DISPOSIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - TESE ACOLHIDA - DECISÃO REFORMADA - RECURSO

PROVIDO. Requerimento para consulta ao sistema auxiliar à justiça, dentre eles o DOI (declaração sobre operações imobiliárias), encontra amparo no princípio da cooperação (art. 6º do CPC), segundo o qual “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (Agravo de Instrumento n. 4030972-75.2019.8.24.0000, rel. Des. Monteiro Rocha, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 13-02-2020).

E de minha relatoria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU CONSULTA AO SISTEMA DOI - DECLARAÇÃO SOBRE OPERAÇÕES IMOBILIÁRIAS. INSURGÊNCIA DA CREDORA. MECANISMO DE CONSULTA CONVENIADO COM O PODER JUDICIÁRIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. PROVIDÊNCIA TENDENTE A AGILIZAR A BUSCA DE BENS DA EXECUTADA A FIM DE IMPRIMIR MAIOR EFETIVIDADE À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PERSEGUIDA. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (Agravo de Instrumento n. 4030978-82.2019.8.24.0000, j. 05-03-2020).

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, VIII, do CPC/15 e art. 132, XVI, do RITJSC, dou provimento ao recurso a fim de autorizar a consulta à plataforma DOI - Declaração sobre Operações Imobiliárias.

Comunique-se ao juízo de origem. Publique-se. Intime-se.

Com o trânsito em julgado, proceda-se com as baixas devidas. Florianópolis, 20 de abril de 2020.

Desembargador Jaime Machado Junior

Relator

Apelação Cível n. 0007166-49.1999.8.24.0075, de Tubarão

Relatora: Desa. Subst. Bettina Maria Maresch de Moura

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE PACTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO, POR SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 924, INCISO II DO CPC/15. INSURGÊNCIA DOS EXECUTADOS.

NULIDADE DA EXECUÇÃO, POR INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA EXECUTADA, COM A CONSEQUENTE INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ACOLHIMENTO. EXPROPRIATÓRIA NULA DESDE O INÍCIO, POR AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL CORRESPONDENTE A OBRIGAÇÃO CERTA, LÍQUIDA E EXIGÍVEL, NOS TERMOS DO ART. 803, INCISO I DO CPC/15 (ART. 618, INC. I DO CPC/73). CONTRATO QUE APESAR DE, EM TESE, CONSTITUIR TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL, CONFORME EXEGESE DA SÚMULA 300 DO STJ E DO ART. 585, INCISO II DO CÓDIGO BUZAID (ART. 784, INC. III DO CPC/15), FOI DESCARACTERIZADO, EM VIRTUDE DE SENTENÇA PROLATADA EM AÇÃO PROPOSTA ANTERIORMENTE. REVISÃO DE TODA RELAÇÃO CONTRATUAL DOS LITIGANTES, INCLUINDO O AJUSTE EXECUTADO. CÁLCULO QUE APUROU CRÉDITO EM FAVOR DOS EXECUTADOS. AUSÊNCIA DE DÉBITO QUANDO DA DEFLAGRAÇÃO DA DEMANDA EXECUTIVA. INEVITÁVEL EXTINÇÃO, COM A CONDENAÇÃO DO BANCO AO PAGAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0007166-49.1999.8.24.0075 da comarca de Tubarão, 1ª Vara Cível, em que é Apelante Comercial Ghizoni Ltda. e Apelado Banco do Brasil S/A.

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Tulio Pinheiro, com voto e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2020.

Bettina Maria Maresch de Moura

Relatora

RELATÓRIO

O Banco do Estado de Santa Catarina S/A ajuizou “*Ação de Execução*” (em 20.09.1999, autos n. 0007166-49.199.8.24.0075) contra Comercial Ghizoni Ltda., Maria Nunes Ghizoni e Humberto Ghizzo Botoluzzi, com base no “*Instrumento Particular de Contrato de Abertura de Crédito com Reconhecimento e Quitação de Dívidas e Outras Avenças n. 1997/009.529.6*”.

Em 16.09.1999, foram citados Maria Nunes Ghizoni e Comercial Ghizoni Ltda., na pessoa do seu representante legal, Roberto Ghizoni (fl. 45-verso). Ambos ofereceram bens à penhora (fls. 46/47). Na sequência, houve a citação do espólio de Humberto Ghizzo Botoluzzi (fl. 87).

A empresa executada ofereceu exceção de pré-executividade (fls. 142/147), onde alegou a nulidade da execução, por ausência de título executivo hábil a ampará-la. A exceção foi afastada (fl. 158). Do *decisum* foram opostos Embargos de Declaração (fls. 165/169), os quais foram rejeitados (fl. 170). Desta decisão foi interposto o Agravo de Instrumento n. 2006.031079-6, julgado parcialmente procedente, “*a fim de preservar ao Banco que emende a petição inicial executiva, para a juntada do demonstrativo discriminado e atualizado do débito, desde a sua origem, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção*” (fls. 186/195).

O Exequente, então, apresentou os cálculos de fls. 199/210.

Por meio da petição de fls. 219/220, os Executados informaram que a presente Execução foi objeto dos “*Embargos à Execução*” n. 075.00.003856-8, os quais foram julgados extintos, com fulcro no artigo 267, inciso V c/c art. 301, § 1º, ambos do Código de Processo Civil, ante o reconhecimento da coisa julgada, em face do decidido na revisional n. 075.99.003833-0. Aduziram também, que na referida decisão ficou determinada a suspensão da Execução, a fim de que seus cálculos fossem adequados ao decidido na aludida demanda de rito ordinário (fls. 225/227).

Na fl. 234, o Juízo determinou fosse aguardado o trânsito em julgado dos autos n. 075.00.003856-8 (Embargos à Execução).

O Banco do Brasil S/A requereu a juntada de instrumento de mandato e o direcionamento das intimações (fl. 245).

Os autos foram arquivados administrativamente (fl. 256).

Os Executados requereram a extinção da Execução, por inexigibilidade do título, em virtude de terem passado à condição de credores do Banco após a realização dos cálculos, conforme parâmetros estabelecidos na decisão (transitada em julgado) proferida na ação revisional (fl. 259). Apresentaram os documentos de fls. 260/305.

Certificou-se o trânsito em julgado dos Embargos à Execução (fl. 308).

Em razão do teor da mencionada certidão, o Juízo determinou que o Exequente fosse intimado para dar andamento ao processo, em 05 (cinco) dias, sob pena de extinção (fl. 310). Instado (fl. 311), o Banco requereu a dilação do prazo (fl. 312), o que foi deferido, por 20 (vinte) dias (fl. 345).

A Instituição Bancária foi intimada, por seu advogado e pessoalmente (fls. 346/347), oportunidade em que apresentou a petição de fl. 348, por meio da qual requereu a extinção da execução, em decorrência do Executado ter efetuado o pagamento da dívida exequenda.

Sobreveio sentença, nos seguintes termos (fl. 349):

“[...] Tendo sido satisfeita a obrigação, JULGO EXTINTA a execução, o que faço com fundamento no artigo 924, inciso II, do Código de Processo Civil.

Custas pela parte executada.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se. [...]”

Irresignados, os Executados interpuseram recurso de apelação (fls. 353/357). Alegam, em síntese, que diferentemente do entendimento esposado pelo magistrado *a quo*, não houve o pagamento do débito durante o trâmite processual, o que ensejaria a extinção do processo nos moldes ocorridos, mas sim, a demonstração de que não havia título extrajudicial líquido, certo e exigível a embasar a Execução. Requerem a mudança do fundamento da extinção, reconhecendo-se a nulidade da execução, nos termos do art. 803, inciso I, do Código de processo Civil/2015, condenando-se o Executado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência.

Com as contrarrazões (fls. 361/364), os autos ascenderam a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

1. Da admissibilidade do recurso

Inicialmente, consigno que a decisão recorrida foi publicada quando já em vigor o Código de Processo Civil de 2015, devendo este regramento ser utilizado para análise 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) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.”

No mais, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do apelo.

2. Do recurso

Insurgem-se os Apelantes/Executados contra a sentença que considerou satisfeita a obrigação

e, por corolário, julgou extinta a execução e os condenou ao pagamento das custas processuais. Alegam, em suma, que a execução deveria ser considerada nula, com supedâneo no artigo 803, inciso I, do Código de processo Civil/2015, condenando-se o Executado, por conseguinte, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

O recurso, adianto, comporta provimento.

Isso porque, conquanto o contrato de confissão de dívida, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, como *in casu*, seja considerado um título executivo extrajudicial, nos termos da Súmula 300 do Superior Tribunal de Justiça (“*O instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo judicial*”) e do art. 585, inciso II do Código Buzaid (“*Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: (...) II – a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; (...)*”), vigente à época do ajuizamento da executiva, correspondente ao art. 784, inc. III do CPC/15, não se pode olvidar a premissa básica de que “**A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível**” (art. 586, cuja redação sofreu parcial modificação pela Lei n. 11.382/06, correspondente ao art. 783 do CPC/15). (g.n.)

Na hipótese vertente, no entanto, a parte Executada ajuizou ação revisional (n. 075.99.003833-0, fls. 260/266), em 10.06.1999, portanto previamente à propositura da presente execução (em 20.09.1999), onde se reconheceu a existência de relação jurídica continuada e se determinou a revisão de toda contratualidade havida entre as partes (certidão do trânsito em julgado da referida sentença na fl. 276).

Após a realização dos cálculos, conforme os parâmetros estabelecidos judicialmente, chegou-se à conclusão de que os Executados eram credores do Exequente, circunstância reconhecida por este ao satisfazer a obrigação (fls. 259/280). Em razão disso, o Apelado/Exequente postulou a extinção desta Execução (fl. 348), sobrevindo a sentença guerreada.

Nesse contexto, tendo em vista a data aposta no ajuste executado (22.09.97, fl. 11) e o período abrangido nos referidos cálculos (abril de 1991 a março de 1998, fls. 269/275), cujo resultado apontou a existência de crédito em benefício da parte executada, como mencionado supra, forçoso é o reconhecimento de que ao tempo do ajuizamento da presente *actio*, inexistia a dívida exigida, ou seja, a execução não se fundou em título de obrigação líquida, certa e exigível. Logo, a ausência de título executivo extrajudicial revestido dos requisitos legais é causa de nulidade da execução (art. 586 c/c art. 618, inc. I, ambos do CPC/73, correspondentes ao art. 783 e ao art. 803, inc. I do Código de Ritos de 2015), incidindo na hipótese o princípio *nulla executio sine titulo*.

Seguem transcritas as aludidas normas:

“Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.” (CPC/73)

“Art. 618. É nula a execução:

I – Se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586);” (CPC/73)

“Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.” (CPC/15)

“Art. 803. É nula a execução se:

I – o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;” (CPC/15)

Evidente, portanto, o equívoco do julgador *a quo* ao extinguir a execução, com fundamento na satisfação da obrigação.

Assim, malgrado a afirmação aviada nas contrarrazões recursais referente ao reconhecimento da *“ocorrência da coisa julgada em relação à existência de título líquido, certo e exigível”* (fl. 363), o que imporia *“que esta execução fosse extinta pelo pagamento e não por outra modalidade”* (fl. 364), anoto que esta Corte, ao julgar o agravo de instrumento n. 2006.031079-6 (fls. 186/195), interposto contra a decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade, assentiu que a exordial da execução foi instruída de modo insatisfatório, razão por que foi determinado ao Banco que emendasse a *“petição inicial executiva, para a juntada do demonstrativo discriminado e atualizado do débito, desde a sua origem, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção”* (fl. 194). Nessa perspectiva, completamente despropositada a alegação, sendo desnecessárias maiores digressões acerca do assunto.

Destarte, a inexistência de débito ao tempo do ajuizamento desta ação, conduz inevitavelmente à nulidade da execução, merecendo acolhimento o apelo.

Em vista disso, arca o Banco/Recorrido com o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), nos moldes do art. 85, §§ 2º e 8º do CPC/15.

Descabidos honorários recursais, posto que provido o recurso interposto e ausente fixação em favor da parte, em primeiro grau.

3. Conclusão

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para modificar o fundamento da extinção da execução, o qual passa a ser o reconhecimento da sua nulidade, por ausência de título extrajudicial que corresponda a uma obrigação certa, líquida e exigível, nos termos do artigo 803, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015

Agravo Interno n. 4015109-79.2019.8.24.0000/50004, de São Francisco do Sul

Relator: Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

OBRIGAÇÃO DE FAZER PROPOSTA PELA ADQUIRENTE DE CARGA RETIDA PELO PORTO EM RAZÃO DE RESTRIÇÃO INSERIDA NO “SISCOMEX CARGAS” PELO ARMADOR. TUTELA DE URGÊNCIA INDEFERIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DA AUTORA.

PROVIMENTO, NA FORMA DO ART. 932 DO CPC E 132 DO RITJSC, PELO RELATOR, APÓS OFERECIMENTO DE CONTRARRAZÕES PELAS DEMANDADAS. AGRAVO INTERNO POR ELAS INTERPOSTO.

ILEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA NÃO VENTILADA NA DEISÃO SINGULAR E NÃO TRAZIDA A ESTE COLEGIADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Mesmo tratando-se de matéria de ordem pública, não se analisa suposta ilegitimidade ativa em segundo grau de jurisdição, no âmbito de agravo interposto de decisão que apenas indefere tutela de urgência, se não houve prévia análise pelo juízo singular e devolução do tema a esta Corte.

LEGALIDADE DA RESTRIÇÃO INSERIDA NO “SISCOMEX CARGAS” PELO ARMADOR. ARGUMENTOS INSUBSISTENTES E QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ALTERAR O DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. RESTRIÇÃO ALUSIVA AO FRETE, COMPROVADAMENTE PAGO. ELEMENTOS DA TUTELA DE URGÊNCIA PRESENTES. DEFERIMENTO DO PEDIDO DE RIGOR, NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL.

Demonstrada a probabilidade do direito e igualmente presente o risco de dano, de rigor o deferimento da tutela de urgência, nos termos do art. 300 do CPC.

Comprovada a ilegalidade da restrição lançada em sistema portuário que impossibilita a retirada de carga perecível, de rigor a concessão da tutela de urgência para que haja a liberação da carga, resolvendo-se, eventuais prejuízos futuros comprovados, em perdas e danos por ocasião da análise de mérito.

A inadimplência da taxa de sobrestadia não autoriza a retenção da mercadoria, principalmente de produto perecível.

AGRAVOS INTERNOS INTERPOSTOS PELAS DEMANDADAS-AGRAVADAS NÃO PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 4015109-79.2019.8.24.0000/50004, da comarca de São Francisco do Sul 2ª Vara Cível em que é agravante Itapoá Terminais Portuários S.A. e agravada Polividros Comercial Ltda.

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento aos agravos internos, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Tulio Pinheiro, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Jaime Machado Junior.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2020.

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

Relator

RELATÓRIO

Trata-se, inicialmente, de agravo interposto pela autora, Polividros Coml. Ltda., contra decisão do Juízo da 2ª Vara Cível de São Francisco do Sul, na demanda de obrigação de fazer por ele promovida em face de CMA CGM do Brasil Agência Marítima Ltda. e Itapoá Terminais Portuários S.A., a qual indeferiu o pedido de tutela de urgência consistente na liberação de 10 contêineres de vidro descarregados no Porto de Itapoá.

A autora-agravante sustentou, em síntese, que a retenção da mercadoria em razão da anotação no SISCARGA, inserida pela ré CMA CGM sob o fundamento da inadimplência do valor do frete, é injustificada, uma vez que o valor foi devidamente quitado.

Pautou-se pelo provimento a fim de que a mercadoria retida fosse liberada.

Este Relator indeferiu o efeito ativo (fls. 23/26).

As contrarrazões foram ofertadas pelo Itapoá Terminais Portuários S.A. às fls. 63/76 e pela CMA CGM do Brasil Agência Marítma às fls. 150/166.

Pela decisão de fls. 231/238, na forma prevista no art. 932, inciso V, do CPC e art. 132, XVI, do RITJSC e nos termos da jurisprudência assente deste Tribunal de Justiça, dei parcial provimento ao agravo para determinar o levantamento da anotação no Siscomex Carga promovida pela demandada-agravada CMA CGM do Brasil Agência Marítima Ltda., em 09.04.2019, cujo consignatário é Java Trading Importação e Exportação Ltda.

Então, as agravadas interpuseram agravo interno.

A **CMA CGM do Brasil Agência Marítima Ltda.** (incidente /50003) defende a ilegitimidade ativa da autora-agravante, Polividros Coml. Ltda., porque inexistente, entre ambas, vínculo jurídico e porque a autora não constava no conhecimento de embarque emitido pela exportadora (Fortune Global).

Ademais, defendeu que não houve retenção de carga, pois apenas aguardou o proprietário da carga apresentar o conhecimento de transporte, que é título de crédito.

Salienta que a pendência existente relaciona-se ao frete, não necessariamente ao valor do frete.

Acaso mantida a tutela, defende que deve haver imposição para que o terminal portuário previamente consulte a transportadora marítima para esta informar se há mais restrições antes de entregar a carga.

Também diz que tem o direito de cobrar as sobre-estadias.

Pediu pelo provimento.

Já a **Itapoá Terminais Portuários S.A.** defendeu, em seu agravo interno (/50004) que a decisão que dirimiu os embargos de declaração opostos pela autora-agravante da decisão que deu parcial provimento ao agravo é nula, por ausência de intimação para ofertar contraminuta.

Diz que a decisão terminativa não poderia ser proferida com amparo no art. 932 do CPC, pois a matéria atinente às despesas de armazenagem não é objeto de sumula, tampouco demanda repetitiva.

No mérito, advoga que, em razão da restrição de carga no Siscomex, não pode ser compelida à entrega da carga à autora, pois a retenção salvaguarda direito de terceiro (armador).

Diz que não deu causa à retenção e não pode ser culpado por isso, razão pela qual a Polividros deve ser responsabilizada pelas despesas de armazenagem e correlatos, no mínimo deve prestar caução.

Colaciona jurisprudência e pede pelo provimento.

Houve posterior manifestação do Itapoá Terminais Portuários S.A. dando conta que a carga foi liberada à autora da ação em 28.08.2019.

Foram ofertadas contrarrazões (fls. 31/38).

É o relatório.

VOTO

É direito constitucional das partes a prestação jurisdicional de modo célere. Este é o teor do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Dentre os meios que garantem a celeridade de tramitação dos processos judiciais, o Legislador permite o julgamento monocrático do recurso, pelo relator, de questões já pacíficas no âmbito dos Tribunais.

Veja-se o teor da norma processual:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os

fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal (destaquei).

O Regimento deste Tribunal de Justiça assim acrescenta:

Art. 132. São atribuições do relator, além de outras previstas na legislação processual:

(...)

XIII - negar seguimento a recurso nos casos previstos em lei;

XIV - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

XV - negar provimento a recurso nos casos previstos no inciso IV do art. 932 do Código de Processo Civil ou quando esteja em confronto com enunciado ou jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça;

XVI - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento a recurso nos casos previstos no inciso V do art. 932 do Código de Processo Civil ou quando a decisão recorrida for contrária a enunciado ou jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça.

A doutrina expõe as razões da norma: “pretende-se, com a aplicação da providência prevista no texto ora analisado, a economia processual, com a facilitação do trâmite do recurso no tribunal. O relator pode decidir monocraticamente *tudo*, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob o controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre a admissibilidade e mérito do recurso. O relator pode conceder a antecipação dos efeitos a serem obtidos no recurso (“efeito ativo” ou, *rectius*, “tutela antecipada recursal”), conceder efeito suspensivo ao recurso, conceder liminar em tutela de urgência, não conhecer do recurso (juízo de admissibilidade), negar provimento a recurso e dar-lhe provimento (juízo de mérito)”

(NERY JÚNIOR, Nelson. MARIA DE ANDRADE NERY, Rosa. Comentários ao CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1851) (grifo no original).

A jurisprudência também aponta que os poderes conferidos ao relator, para decidir recurso de forma monocrática, têm legitimidade constitucional.

Nesse sentido: STF. AgRgMI nº 375-PR, rel. Min. Carlos Velloso; AgRgADIn nº 531-DF, rel. Min. Celso de Mello; Rep. Nº 1299-GO, rel. Min. Célio Borja; AgRgADIn nº 1507-RJ, rel. Min. Carlos Velloso.

Também: “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema” (Súmula nº 568, Corte Especial, j. em 16.03.2016).

Qualquer que seja o teor da decisão monocrática do relator, pelo não conhecimento, provimento ou não provimento do recurso, o Legislador assegura à parte a interposição de agravo interno, na forma do art. 1.021 do CPC.

Porém, nesse caso, compete à parte, ao fazer uso deste expediente, atacar especificadamente os fundamentos da decisão monocrática do relator, de forma a demonstrar que não se trata de recurso inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sob pena de, não o fazendo, não ter o seu agravo interno conhecido.

Veja-se o § 1º do art. 1.021 do CPC “na petição de agravo interno, o recorrente impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada”.

A doutrina ratifica a necessidade de exposição dos fundamentos pelos quais a parte entente que a decisão do relator deve ser reformada:

Como deve ser em todo e qualquer recurso, o recorrente tem o ônus de impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada, sob pena de não conhecimento do agravo. O parágrafo em questão acolheu o disposto na STJ 182

(NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários ao CPC. SP: RT, 2015. p. 2115).

O §1º, do art. 1.021, CPC/15, com a nítida finalidade de afastar os recursos protelatórios e assim prestigiar o princípio da celeridade processual, dispõe que ‘na petição de agravo interno, o recorrente impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada’. Trata-se de regra inédita que compõe a regularidade formal do recurso não prevista na lei revogada. A ideia é elidir a repetição de argumentos já afastados pela decisão recorrida

(FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões. Salvador: JusPODIVM, p. 668, 2015).

Também nesse sentido colhe-se da jurisprudência deste Tribunal de Justiça: Agravo em AC nº 2015.012924-1, rel. Des. Gaspar Rubick, j. em 26.05.2015; Agravo em AC nº 2014.042484-9, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 10.03.2015; e, Agravo em AC nº 2008.051295-6, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. em 17.07.2014.

No caso, a pretensão das demandadas, que ora interpõem agravo interno, não logra perspectiva de êxito.

Conforme visto acima, os poderes conferidos ao relator, para decidir recurso de forma monocrática, têm legitimidade constitucional e, no caso, ao agravo da autora foi dado provimento, em parte, após o inicial indeferimento do efeito suspensivo e após oferecimento de contrarrazões pelas demandadas-agravadas, razão pela qual de nulidade não se fala.

Por outro lado, afasta-se a alegação de nulidade da decisão que acolheu os aclaratórios opostos pela autora-agravante pois, a despeito de terem sido julgados independentemente de intimação das partes embargadas para ofertarem contrarrazões, não houve efetiva e substancial modificação no julgado mas, sim, integração ao que foi inicialmente decidido, após a apresentação das contrarrazões do agravo de instrumento, frisa-se.

Ademais, anota-se que eventual descontentamento quanto ao cabimento de julgamento monocrático desafia a interposição do recurso de agravo interno, nos termos do art. 1.021, do CPC/15, ora em análise, razão pela qual afasta-se qualquer nulidade, porque os argumentos das agravadas-demandadas foram trazidos à apreciação deste Colegiado.

A decisão singular, com efeito, não cuidou de analisar a suposta ilegitimidade ativa da autora-agravante, Polividros Coml. Ltda., razão por que, mesmo que se trate de matéria de ordem pública, não é ela analisada nesta Corte de Justiça, sob pena de supressão de instância.

Nesse sentido: “é vedado, em sede de agravo de instrumento, o exame de questões não apreciadas em primeiro grau de jurisdição, ainda que se trate de matéria de ordem pública, por importar em supressão de instância e violar o princípio do duplo grau de jurisdição” (Agravo de Instrumento nº 2010.024406-7, da Capital, rel. Des. Fernando Carioni, j. 26-10-2010)

Ora. O agravo foi interposto de decisão que indeferiu a tutela de urgência consistente na liberação de carga perecível indevidamente restrita no Porto de Itapoá por suposta restrição lançada pela demandada CMA.

Veja-se excerto do decidido monocraticamente, aqui ratificado:

De plano, cumpre consignar que a controvérsia a ser apreciada, neste momento processual, limita-se a verificar se a anotação inserida pela agravada CMA CGM no Siscomex Carga, em razão de pendência quanto ao frete, é apta ou não a justificar a retenção, junto ao agravado Itapoá Terminais Portuários, da carga adquirida pela empresa agravante.

Inicialmente, ao apreciar o pedido de efeito ativo, este Julgador, por prudência - diante da irreversibilidade

da medida almejada (liberação da carga) - entendeu por bem aguardar a manifestação da agravada CMA CGM acerca do valor do frete supostamente pendente.

Ocorre que, em contrarrazões, a agravada CMA CGM limitou-se a alegar a ilegitimidade passiva e ativa da demanda de origem, bem como a justificar a retenção da carga à falta de apresentação do documento representativo da propriedade da mercadoria (Conhecimento de Embarque).

Nota-se, pois, que nada mencionou acerca da alegação trazida na inicial do presente agravo de instrumento -retenção da carga em razão de suposto inadimplemento do frete -postura esta que, juntamente com a o acervo probatório juntado na origem - evidencia, ao menos em parte, a probabilidade do direito da agravante.

Com efeito, a documentação trazida na petição inicial dá conta de que, diante da cadeia que se formou entre as empresas adquirente (Polividros), importadora (Java), NVOCC (Marco Polo) e armador (CMA CGM), o valor referente ao frete devido à CMA CGM (armador) foi devidamente quitado.

Veja-se: o documento “Bill of Lading” (conhecimento de embarque), emitido pela CMA CGM aponta a título de “basic freight” (frete básico) o valor de USD 6,000.00 (seis mil dólares) -fl. 20 da origem.

De igual forma, o “invoice” emitido pela CMA CGM informa o valor de USD 6,000.00 (seis mil dólares) a ser pago pela Marco Polo a título de “ocean freight” (frete marítimo) para a CMA CGM - fl. 41 da origem.

Tal valor de USD 6,000.00, que em reais equivalia à época R\$24.480,00, foi adimplido pela Marco Polo, juntamente com outras despesas que totalizaram um valor de R\$33.560,00 (fl. 57 da origem), cujo boleto foi emitido neste valor pela CMA CGM (fl. 23 da origem).

Nota-se, ainda, que o valor de frete descrito na anotação inserida pela agravada CMA CGM no Siscomex Carga é de 10.660,00 (sem apontar a moeda) - fl. 22 da origem.

Tal numerário coincide com aquele cobrado pela empresa Marco Polo da empresa Java (importadora da agravante Polividros), consoante se verifica pelo descritivo de fl. 70 da origem emitido pela própria Marco Polo: frete marítimo internacional - 10.660,00 - moeda USD.

Este montante, convertido em reais e acrescido de outras despesas que totalizaram R\$63.602,00, foi, de igual modo, pago pela empresa Java à Marco Polo (comprovante de fl. 56 da origem).

Neste contexto, da análise dos documentos apresentados pela agravante, denota-se que a retenção da carga com base na anotação inserida pela agravada CMA CGM no Siscomex Carga, em razão de pendência quanto ao frete, é injustificada porque tanto o valor do frete cobrado pela Marco Polo da Java, quanto o cobrado pela CMA CGM da Marco Polo estão comprovadamente pagos.

Assim, como dito alhures, resta evidenciado o direito da autora/agravante.

O risco de dano, por outro lado, se faz presente diante do lapso temporal que decorreu desde a chegada da carga ao porto, cujo desembarço aduaneiro está autorizado desde 30.04.2019 (fl. 43 da origem); ou seja, há mais de três meses ocasionando, certamente, o pagamento de despesas (como demurrage, por exemplo) pela agravante.

Anota-se, por fim, que eventual negativa de entrega da mercadoria por outros motivos não serão apreciados, em respeito ao princípio do dispositivo, segundo o qual o julgador deve manifestar-se dentro dos limites requeridos pela Parte.

Ademais, conforme ficou igualmente consignado na decisão atacada, “constatado que a retenção da carga em razão de pendência quanto ao pagamento do frete é injustificada, não se pode

cobrar da agravante as despesas de armazenamento e estadia referentes aos dias em que a carga manteve-se retida indevidamente, sob pena de incorrer enriquecimento sem causa, ressalvados os dias em que a carga permaneceu no porto aguardando a liberação aduaneira. Neste contexto, verifica-se pelo documento de fl. 43 dos autos da origem que em 30.04.2019 foi autorizado o desembaraço da mercadoria constante na declaração de importação n. 19/0770246-8. Assim, a carga constante na declaração de importação n. 19/0770246-8 deverá ser liberada imediatamente, livre de cobrança de despesas de armazenagem, sobrestadia e/ou demurrage a partir do dia 30.04.2019, sem prejuízo das despesas devidas até tal data”.

Portanto, como se vê, a decisão terminativa, proferida somente após o oferecimento de contrarrazões pelas demandadas, detalhou os motivos pelos quais a restrição no Siscomex Cargas era indevida, razão pela qual concluiu-se pela liberação da carga que, repita-se, era perecível.

A jurisprudência pátria consoa:

TUTELA DE URGÊNCIA. Medida requerida com a finalidade de liberar a mercadoria retida em razão da inadimplência da *detention*. Possibilidade de acolhimento do pedido. Em regra, a inadimplência da taxa de sobrestadia não autoriza a retenção da mercadoria. Ademais, trata-se de produto perecível (feijão) – Probabilidade do direito bem demonstrada – Perigo de dano de fácil constatação – Presentes os requisitos do artigo 300, do Código de Processo Civil – Decisão reformada – Recurso provido

(TJSP. Agravo Interno Cível nº 2095127-67.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de Santos, rel. Des. Mário de Oliveira, j. 12.07.2019) (destaquei).

Liberação de *carga* condicionada ao pagamento de eventual despesa de sobreestadia de contêiner. Descabimento. Retenção autorizada somente nos casos de falta de pagamento do frete ou da contribuição por avaria grossa declarada. Existência de precedentes desta Corte.

(TJSP. Apelação Cível nº 1078745-75.2017.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. 27.05.2019) (grifei).

OBRIGAÇÃO DE FAZER. TRANSPORTE MARÍTIMO. Legitimidade ativa e passiva ad causam configuradas. Consignatária da mercadoria transportada que detém legitimidade para figurar no polo ativo da demanda. Agente de *cargas* que é mandatária da empresa transportadora estrangeira e representa o armador no território brasileiro. Legitimidade para figurar no polo passivo da ação caracterizada. Retenção das mercadorias e do conhecimento de embarque. Liberação condicionada ao pagamento de eventual despesa de sobreestadia de contêiner (demurrage). Descabimento. Retenção autorizada somente nos casos de falta de pagamento do frete ou da contribuição por avaria grossa declarada. Art. 7º do Decreto-Lei 116/67. Sucumbência. Verba honorária que comporta redução. Art. 85, § 8º, CPC. Sentença reformada. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJSP. Apelação nº 1009476-80.2016.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, rel. Des. Afonso Bráz, j. 07.08.2017) (destaquei).

Assim, as demais teses veiculadas nos agravos internos visam a rediscussão do julgado àquilo que as agravadas-demandadas entendem judicioso ao caso, até porque constou na decisão terminativa que, “se conclusão diversa provier na sentença, as despesas ora liberadas poderão ser cobradas pelas partes interessadas, resolvendo-se a questão em perdas e danos”.

E, nesse *mister*, o agravo circunscreveu-se ao deferimento da tutela de urgência, razão pela qual prescindível haver sumula ou recurso repetitivo versando sobre cobrança de sobrestadia, já que assente neste Tribunal de Justiça que, estando presentes os pressupostos necessários à tutela de urgência, na forma do art. 300 do CPC, de *mister* o deferimento do pedido.

Senão vejamos: “demonstrada a probabilidade do direito e igualmente presente o risco de dano, de rigor o deferimento da tutela de urgência, nos termos do art. 300 do CPC (Agravo n. 4003444-37.2017.8.24.0000, de Maravilha, deste relator, j. 22.11.2018).

Também: “no que concerne à tutela de urgência, esta será deferida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, ou seja, é aquela que, por sua clareza e precisão, autoriza, desde logo, um julgamento de acolhida do pedido formulado pelo autor, se o litígio, hipoteticamente, fosse julgado naquele momento” (AI n. 96.002148-5, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ainda: “presentes a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, deve ser mantido o deferimento da tutela de urgência” (Agravo de Instrumento n. 4029140-07.2019.8.24.0000, rel. Des. Desembargador Luiz César Medeiros, j. 13.11.2019).

Logo, não se cogita de nulidade da decisão terminativa, por suposta afronta ao art. 932 do CPC e 132 do Regimento Interno deste Tribunal, a qual, de todo modo, vai mantida neste Colegiado, porque respeitado o contraditório com a interposição dos presentes agravos internos.

Por estes fundamentos, VOTO no sentido de negar provimento aos agravos internos interpostos pelas demandadas-agravadas, CMA CGM do Brasil Agência Marítima Ltda. e Itapoá Terminais Portuários S.A.

É, pois, como voto.

Apelação Cível n. 0333404-66.2014.8.24.0023, Capital

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

DEMANDA REGRESSIVA DE COBRANÇA. ACORDO HOMOLOGADO EM AÇÃO DE COBRANÇA REFERENTE A SOBREESTADIA DE CONTÊINERES. PESSOA JURÍDICA DEMANDANTE NA PRESENTE *ACTIO* QUE ADUZ, NA EXORDIAL: TER SIDO CONTRATADA, NA CONDIÇÃO DE AGENTE DE CARGA, PELA RÉ PARA EFETUAR O TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL DE MERCADORIAS ORIUNDAS DA CHINA; TER-SE UTILIZADO PARA REFERIDO TRANSPORTE DE 3 (TRÊS) CONTÊINERES, OS QUAIS A RÉ NÃO EFETUOU A RETIRADA E DEVOLUÇÃO NO PRAZO ACORDADO, O QUE GEROU A INCIDÊNCIA DE VALORES DIÁRIOS DE SOBREESTADIA (DEMURRAGE); E TER SIDO ACIONADA JUDICIALMENTE PELA COMPANHIA PROPRIETÁRIA DOS CONTÊINERES (ARMADORA), QUE INGRESSOU COM AÇÃO DE COBRANÇA, NA QUAL FOI PROLATADA DECISÃO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE CONDENOU A RÉ AO PAGAMENTO DE R\$ 132.936,92 (CENTO E TRINTA E DOIS MIL, NOVECENTOS E TRINTA E SEIS REAIS E NOVENTA E DOIS CENTAVOS) – VALOR INDICADO NO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO –, ACRESCIDOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA, PELO ÍNDICE ADOTADO PELA CGJ, DESDE O EFETIVO DESEMBOLSO, E JUROS DE MORA, À RAZÃO DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS, A PARTIR DA CITAÇÃO.

RECURSO DA PESSOA JURÍDICA REQUERIDA.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DESCABIMENTO. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS GENÉRICO. EMPRESA RECORRENTE QUE NÃO INDICOU A FINALIDADE DA DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROEMIAL REPELIDA.

PLEITEADO RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. ACOLHIMENTO INVIÁVEL. APELANTE QUE FIGUROU EM CONHECIMENTO DE EMBARQUE COMO CONSIGNATÁRIA DA CARGA, DE SORTE QUE POSSUI RESPONSABILIDADE, EM TESE, SOBRE A DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES E, DESTE MODO, PELA DÍVIDA. PRECEDENTES DESTE SODALÍCIO. ADEMAIS, CIRCUNSTÂNCIA DE CONSTAR EM UM DOS CONHECIMENTOS DE EMBARQUE OUTRA EMPRESA A SER NOTIFICADA PELO TRANSPORTADOR ACERCA DA CHEGADA DAS MERCADORIAS (*NOTIFY PARTY*) QUE NÃO AFASTA A LEGITIMIDADE DA ORA RÉ, POR ESTAR INDICADA NO REFERIDO DOCUMENTO COMO DESTINATÁRIA FINAL DOS PRODUTOS. JUNTADA DA VIA ORIGINAL DOS CONHECIMENTOS DE EMBARQUE, POR OUTRO LADO, DESNECESSÁRIA, DADA A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INDÍCIO DE ADULTERAÇÃO DAS CÓPIAS COLACIONADAS AO FEITO. MEDIDA QUE REPRESENTARIA FORMALISMO EXARCEBADO, CONSOANTE JULGADO. OUTROSSIM, CORRESPONDÊNCIAS ELETRÔNICAS COLACIONADAS PELA RÉ QUE NÃO SERVEM PARA, ISOLADAMENTE, AFASTAR SUA LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*, UMA VEZ QUE, AO QUE TUDO INDICA, DIZEM RESPEITO A OUTRAS MERCADORIAS, E NÃO AS EM DEBATE NA LIDE. RECLAMO DESPROVIDO NO PONTO.

INSURGÊNCIA CONTRA O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DENUNCIÇÃO DA LIDE PARA A INCLUSÃO DAS EMPRESAS QUE SERIAM, SEGUNDO ADUZIU A APELANTE, AS REAIS IMPORTADORAS DAS MERCADORIAS. DESCABIMENTO. HIPÓTESES DO ART. 125 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADAS. LEGITIMIDADE PASSIVA CONFIRMADA POR OCASIÃO DESTE JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA, POR OUTRO LADO, DE PRETENSÃO REGRESSIVA POR

PARTE DA DEMANDADA. DESPROVIMENTO DO APELO NO PONTO.

MÉRITO. TENCIONADA REFORMA DA SENTENÇA, A FIM DE SE JULGAR IMPROCEDENTE A *ACTIO* REGRESSIVA. ACOLHIMENTO INVIÁVEL. POSSIBILIDADE DE DEBATE ACERCA DO ACORDO ENTABULADO ENTRE A EMPRESA AGENTE DE CARGA E A PROPRIETÁRIA DOS CONTÊINERES, HOMOLOGADO POR SENTENÇA, QUE DEU ORIGEM AO CRÉDITO ORA PERSEGUIDO. TRANSAÇÃO QUE FUNCIONA COMO LIMITE DA INDENIZAÇÃO A SER RESTITUÍDA, MAS NÃO VINCULA O RESPONSÁVEL FINAL, CONFORME PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HIPÓTESE EM QUE HOUVE A APRESENTAÇÃO, JUNTO À PETIÇÃO INICIAL, DE CÓPIAS DE: CONHECIMENTOS DE EMBARQUE, SENDO QUE UM DELES (“*MASTER BILL OF LANDING*”), INCLUSIVE, ESTABELECE OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO PELA SOBREESTADIA E INDICA O SITE DA PROPRIETÁRIA DOS CONTÊINERES PARA CONSULTA DAS CONDIÇÕES E DO TARIFÁRIO; TELAS DO SISCOMEX; CÓPIA DA AÇÃO DE COBRANÇA; E COMPROVANTES DE PAGAMENTO. DOCUMENTAÇÃO CAPAZ DE EVIDENCIAR O PERÍODO DE NÃO INCIDÊNCIA DE QUALQUER PAGAMENTO (*FREE TIME*), AS DATAS DE DESCARGA E DE DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES, BEM COMO O VALOR DA TARIFA COBRADA. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE DEMONSTRAÇÃO POR PARTE DA RÉ DE QUALQUER DIVERGÊNCIA NO TOCANTE A REFERIDOS DADOS. CONJUNTURA DE ALGUNS DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS COM A EXORDIAL NÃO TEREM SIDO TRADUZIDOS IRRELEVANTE NO CASO, DADA A FACILIDADE DE COMPREENSÃO DE SEUS TEORES. OUTROSSIM, JUNTADA AO CADERNO PROCESSUAL DE TERMO DE RESPONSABILIDADE SOBRE A DEVOLUÇÃO DE CONTÊINER, *IN CASU*, DISPENSÁVEL, UMA VEZ QUE A DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA PERMITE AFERIR TODOS OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À EXIGÊNCIA DE SOBREESTADIA. COBRANÇA PELA DEMURRAGE, ADEMAIS, QUE SE TRATA DE PRÁTICA COSTUMEIRA NO TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. DESNECESSIDADE, ALIÁS, DE NOTIFICAÇÃO ACERCA DA CHEGADA DAS MERCADORIAS NO PORTO DE DESTINO. OUTROSSIM, VERBA DE CARÁTER INDENIZATÓRIO QUE PODE ULTRAPASSAR O IMPORTE DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. NÃO SUJEIÇÃO AO TETO LEGAL ESTABELECIDO NO ART. 412 DO CÓDIGO CIVIL. POR FIM, ALEGAÇÃO GENÉRICA NO SENTIDO DE QUE A ORA AUTORA CONTRIBUIU PARA A COBRANÇA EXCESSIVA DE VALORES A TÍTULO DE SOBREESTADIA, UMA VEZ QUE PERMANECEU INERTE NA DEMANDA QUE DEU ORIGEM AO DIREITO DE REGRESSO, QUE NÃO MERECE SER ADMITIDA, PORQUANTO DESPROVIDA DE QUALQUER SUSTENTAÇÃO. SENTENÇA CONSERVADA.

PEDIDO SUCESSIVO. ALMEJADA MODIFICAÇÃO DOS TERMOS INICIAIS DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA, PREVISTOS NO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO – QUE DEU ORIGEM AO VALOR DE R\$ 132.936,92 (CENTO E TRINTA E DOIS MIL, NOVECENTOS E TRINTA E SEIS REAIS E NOVENTA E DOIS CENTAVOS) – COMO SENDO A DATA DE VENCIMENTO/PAGAMENTO DE CADA PRESTAÇÃO DO ACORDO. ACOLHIMENTO PARCIAL. JUROS MORATÓRIOS QUE DEVEM INCIDIR A PARTIR DA CITAÇÃO NA PRESENTE AÇÃO, ENQUANTO QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA DEVE SER IRROGADA A CONTAR DE CADA PAGAMENTO PELO INPC. PRECEDENTE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO PARA FINS DE EXPURGAR OS JUROS DE MORA PREVISTOS NO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO ANEXADO COM A PEÇA PORTAL, CUJO IMPORTE DISCRIMINADO RESTOU ACOLHIDO PELA SENTENÇA, UMA VEZ QUE REFERIDO ENCARGO DEVE TER INCIDÊNCIA APENAS A CONTAR DA CITAÇÃO NESTA DEMANDA, DE MODO A OBSTAR-SE ASSIM, A EXIGÊNCIA EM DUPLICIDADE DE JUROS MORATÓRIOS.

PLEITO DE REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. VERBA FIXADA EM 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO (NO CASO, R\$ 132.936,92 [CENTO E TRINTA E DOIS MIL, NOVECENTOS E TRINTA E SEIS REAIS E NOVENTA E DOIS CENTAVOS], ABATIDOS OS JUROS MORATÓRIOS PREVISTOS NO PLANILHAMENTO

ENCARTADO COM A PETIÇÃO INAUGURAL, EXPURGADOS NO TÓPICO ACIMA). IMPORTE ADEQUADO E EM CONFORMIDADE COM O ART. 85, § 2º, DO ATUAL DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL. DESPROVIMENTO DO APELO NO PONTO.

SUCUMBÊNCIA. REDISTRIBUIÇÃO DESNECESSÁRIA. SENTENÇA QUE ATRIBUIU A RESPONSABILIDADE PELAS CUSTAS PROCESSUAIS E PELOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INTEGRALMENTE À DEMANDADA RECORRENTE. DESFECHO DO PRESENTE JULGADO QUE RESULTOU NA DERROTA MÍNIMA DA PARTE AUTORA.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0333404-66.2014.8.24.0023, da Comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que é Apelante Rueli Importação e Exportação Ltda., e Apelada New Smart Logistics Transporte Internacional Ltda.:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para fins de expurgar os juros de mora previstos no demonstrativo de cálculo de fls. 451/453, cujo importe discriminado restou acolhido pela sentença, uma vez referido encargo deve ter incidência apenas a contar da citação nesta demanda. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Gilberto Gomes de Oliveira e Des. Jaime Machado Junior.

Florianópolis, 30 de janeiro de 2020.

Desembargador Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital, New Smart Logistics Transporte Internacional Ltda. ajuizou ação de indenização por perdas e danos em face de Ruell Importação e Exportação Ltda., alegando ser credora da requerida da quantia de R\$ 127.897,35 (cento e vinte e sete mil, oitocentos e noventa e sete reais e trinta e cinco centavos).

Na inicial (fls. 1/21), esclareceu a pessoa jurídica demandante ter sido contratada, na condição de agente de carga, pela ré para efetuar o transporte marítimo internacional de mercadorias oriundas da China. Asseverou que a importação em questão restou amparada pelos conhecimentos de embarque *Master Bill of Lading* n. SUDUN14985144007 e *House Bill of Lading* n. SZ11100205, sendo que a ré constou no último documento como consignatária das mercadorias. Contou que, para referido transporte, utilizou-se de três contêineres – SUDU6047112, SUDU5170267 e TCKU2922439 –, os quais, desde 11 de dezembro de 2011, ficaram à disposição da requerida para fins de descarga dos produtos. Asseverou ter sido concedido à demandada um prazo, denominado

free time, para que realizasse o descarregamento das mercadorias e devolução dos contêineres no local indicado, sem qualquer custo adicional. Afirmou que, apesar do combinado entre as partes, a ré não efetuou a retirada dos contêineres e a devolução no prazo acordado, o que gerou a incidência de valores diários de sobreestadia (demurrage). Contou que, diante da conduta da ré, a companhia proprietária dos contêineres (armadora), no caso, Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG, ingressou com ação de cobrança em seu desfavor, autuada sob o n. 033.13.023464-05, que tramitou no Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Itajaí, com a finalidade de cobrar os valores devidos a título de sobreestadia de contêineres (demurrage), uma vez que a autora figurava como consignatária da carga no conhecimento de embarque *Master Bill of Lading* (MBL). Afirmou que, na referida *actio*, as partes entabularam acordo homologado por sentença, pelo qual se comprometeu ao pagamento do valor de R\$ 116.471,26 (cento e dezesseis mil, quatrocentos e setenta e um reais e vinte e seis centavos), referente à sobreestadia, além da quantia de R\$ 11.426,10 (onze mil, quatrocentos e vinte e seis reais e dez centavos), devida aos advogados da empresa armadora. Concluiu que a requerida deve restituir-lhe tais importes, uma vez que foi quem deu causa à cobrança citada. Ao final, requereu a procedência da *actio*. Juntou documentos às fls. 22/458, dentre os quais: conhecimentos de embarque *Master Bill of Lading* n. SUDUN14985144007 e *House Bill of Lading* n. SZ11100205 (fls. 30/31); telas do SISCOMEX (fls. 33/45); cópia da ação de cobrança (fls. 46/436); comprovantes de pagamento (fls. 437/449); e demonstrativo de cálculo monetário analítico (fls. 451/453).

Citada, a requerida apresentou contestação (fls. 500/521). Preliminarmente, sustentou sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao fundamento de que o contrato de transporte marítimo internacional em questão não foi por si entabulado. A propósito, aduziu ter havido o uso indevido de seu nome, com a aquiescência da autora, pelas empresas Uniport Brasil Export e Import Ltda. e D.A.P. dos Santos ME (nome fantasia “Distribuidora Portela”). Contou que, em 12 de julho de 2011, foi consultada, por intermédio da pessoa jurídica Uniport Brasil Export e Import Ltda., sobre os custos para realização de importação de determinados produtos por conta e ordem da empresa D.A.P. dos Santos ME. Disse que, na ocasião, não foi dado seguimento ao referido processo de importação em virtude de a sociedade D.A.P. dos Santos ME. estar com problema de divergência no endereço informado no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, o que inviabilizaria a vinculação contratual das partes do Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX). Informou, ainda, ter tido conhecimento de que a importação foi realizada diretamente pela empresa D.A.P. dos Santos ME. Ainda, na hipótese da prefacial não ser acolhida, postulou a denúncia da lide às referidas empresas. No tocante ao mérito, defendeu a inexistência de provas, em razão de não terem sido apresentados: os conhecimentos de embarque originais assinados; a tradução dos conhecimentos de embarque; os termos de compromisso de retirada e devolução dos contêineres; e eventual pacto quanto aos valores das diárias na hipótese de sobreestadia. Alegou, outrossim, que o conhecimento de embarque, juntado à fl. 31, indica que quem recebeu a notificação da chegada da mercadoria (“*notify party*”) foi a Empresa D.A.P.. No mais, argumentou que o importe pago pela demandante a título de sobreestadia na transação judicial firmada na ação de cobrança mostra-se abusivo, excedendo, em muito, o valor da obrigação principal, o que contraria o disposto no art. 412 do Código Civil, segundo o qual “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o

da obrigação principal”. Ao final, sucessivamente requereu o afastamento da incidência da correção monetária e dos juros de mora. Colacionou documentos às fls. 529/555.

Houve réplica (fls. 559/588).

Ao sentenciar, o MM. Juiz Humberto Goulart da Silveira julgou procedente a demanda para condenar a ré ao pagamento de R\$ 132.936,92 (cento e trinta e dois mil, novecentos e trinta e seis reais e noventa e dois centavos) – valor indicado no demonstrativo de cálculo –, acrescidos de correção monetária, pelo índice adotado pela CGJ, desde o efetivo desembolso, e juros de mora, à razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação. Ainda, condenou a demandada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixou no importe de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, a teor do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

Irresignada, a requerida apelou (fls. 604/642). Preliminarmente, sustentou a ocorrência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, o qual lhe impediu de produzir provas do uso indevido de seu nome pelas empresas Uniport Brasil Export e Import Ltda. e D.A.P. dos Santos ME. Ainda em prefacial, defendeu a ilegitimidade passiva *ad causam*, sob a assertiva de que o pacto de transporte marítimo internacional em questão não foi por si entabulado. Insurgiu-se, ainda, contra o indeferimento da denúncia da lide. No mérito, buscou a reforma da sentença de procedência. Aduziu, em síntese, que os documentos apresentados com a peça de entrada não são suficientes à comprovação do crédito. Sucessivamente, postulou o afastamento da incidência dos encargos de mora desde a data do vencimento da dívida, conforme efetivado pela parte credora no demonstrativo de cálculo de fls. 451/453, bem como a minoração da verba honorária estipulada na origem.

Com as contrarrazões da parte apelada às fls. 648/681, subiram os autos a esta Corte.

O caderno processual foi distribuído à Primeira Câmara de Direito Civil, que não conheceu do recurso, em razão de sua incompetência, determinando a redistribuição deste para uma das Câmaras de Direito Comercial (decisão monocrática às fls. 688/689).

Veio, então, concluso o feito.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso interposto por Ruell Importação e Exportação Ltda. contra sentença que condenou-a ao pagamento de R\$ 132.936,92 (cento e trinta e dois mil, novecentos e trinta e seis reais e noventa e dois centavos) – valor indicado no demonstrativo de cálculo –, acrescidos de correção monetária, pelo índice adotado pela CGJ, desde o efetivo desembolso, e juros de mora, à razão de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

O recurso, adianta-se, será examinado por tópicos.

Do cerceamento de defesa.

Preliminarmente, sustentou a recorrente a ocorrência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, o qual lhe impediu de produzir provas do uso indevido de seu nome pelas empresas Uniport Brasil Export e Import Ltda. e D.A.P. dos Santos ME.

A alegação invocada não procede.

A propósito, *“É firme o entendimento de que o julgamento antecipado da lide não importa cerceamento de defesa, pois constitui poder-dever que se impõe ao juiz quando este entender, justificadamente, que a prova autuada revela-se suficiente ao deslinde qualificado do feito”* (Apelação Cível n. 2010.038035-6, rel. Des. Henry Petry Junior, j. em 09.11.2010).

No mesmo sentido, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça:

(...) Não ocorre o 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. (...) Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias (...) (AgRg no REsp n. 845384, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 03.02.2011).

No caso, a recorrente efetuou protesto de provas genérico (confira-se à fl. 521), sem especificar a finalidade da dilação probatória. Em outras palavras, não esclareceu o que desejava provar e nem como o pretendia fazê-lo.

Sobre o assunto, destaca-se trecho da ementa do acórdão proferido pela Segunda Câmara de Direito Civil deste Tribunal, de relatoria do Exmo. Sr. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, no julgamento da Apelação Cível n. 2012.003643-5:

(...) O protesto de provas genérico, tal qual ocorre na petição inicial, quando a parte é intimada para especificar detalhadamente quais as provas que ainda pretende produzir, porque altamente abstrato, equivale ao silêncio da parte em responder ao comando de especificação de provas, pois, tanto nesta como naquela situação (protesto genérico), há a preclusão do direito à produção probatória (art. 183 do CPC) em razão da desistência tácita calçada em pura negligência com os interesses do próprio postulante.

O julgador é o destinatário das provas, que servem para lhe formar o convencimento acerca dos fatos que lhe são submetidos à apreciação. Por tal razão, se o julgador entende que a prova pretendida trata-se de diligência inútil ou protelatória, sem nada acrescentar ao deslinde da lide, pode indeferi-las de plano (arts. 130 e 131 do CPC). (...) (j. em 20.11.2014).

Assim, não tendo a recorrente, de forma adequada, postulado a dilação probatória na primeira instância, houve preclusão de seu direito, não ficando configurado cerceamento de defesa.

Nesse norte:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE REJEIÇÃO DOS EMBARGOS. INSURGÊNCIAS DOS EXECUTADOS. PRELIMINAR. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA, ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE E A NÃO PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL. TESE REJEITADA. **PEDIDO GENÉRICO DE COLHEITA DE TODOS OS MEIOS DE PROVA EM DIREITO ADMITIDAS. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EMBARGANTES QUE NÃO APONTARAM A RELEVÂNCIA E A PERTINÊNCIA DOS SUSCITADOS MEIOS PROBATÓRIOS PARA O DESLINDE DA QUAESTIO.** ADEMAIS, POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, SEM QUE ISSO IMPLIQUE EM AFRONTA AO DIREITO DE DEFESA. “O simples e genérico protesto por cerceamento de defesa, sem qualquer preocupação com a especificação de quais provas seriam necessárias à preservação dos direitos do apelante, não se presta para o fim de justificar a nulidade do processo.” (Apelação Cível n. 2007.000625-4, rel. Des. Jânio Machado, j. 14-07-2011)” (Apelação Cível n. 2010.053275-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Rosane Portella Wolff, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 13-11-2014). “A finalidade da prova no processo é permitir ao juiz formar convicção quanto à existência dos fatos e daí extrair suas consequências jurídicas. Em sendo ele o destinatário final da prova, não basta que a parte somente alegue o cerceamento de defesa pelo indeferimento de produção de prova testemunhal. Deverá apontar a relevância e a pertinência do meio probatório que lhe foi suprimido, além de sua aptidão para modificar o entendimento do magistrado” (Apelação Cível n. 2008.059205-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Edson Ubaldó, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 14-7-2009). (...) (Apelação Cível n. 0500524-41.2013.8.24.0033, rel.^a Des.^a Rejane Andersen, j. em 13.03.2018) (negritou-se).

Nesta mesma linha: Apelação Cível n. 2014.029297-4, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 24.6.2014.

Dessa forma, afasta-se a prefacial aventada.

Da ilegitimidade passiva *ad causam*.

Postulou a apelante o reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam*.

A pretensão, contudo, não pode ser acolhida.

É que a recorrente figurou no conhecimento de embarque *House Bill of Lading* n. SZ11100205, derivado do conhecimento de embarque *Master Bill of Lading* n. SUDUN14985144007, como consignatária da carga (confira-se às fls. 30/31), de sorte que possui, em tese, responsabilidade sobre a devolução dos contêineres e, deste modo, pela dívida.

Bem elucidando a questão, colhe-se de lição doutrinária citada pela sentença guerreada, também referenciada em julgamento levado a efeito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

(...) A consolidação de carga (*consolidation*) é estratégia operacional logística e engendra o agrupamento de diversos lotes de carga que tenham um só destino. Os lotes são individualmente identificados, constituindo o que se denomina carga consolidada (*consolidated cargo*).

A carga consolidada segue amparada por um BL Master, de responsabilidade da empresa consolidadora, dirigido à empresa desconsolidadora que está situada no local de destino da carga. Em regra, o BL Master contém cláusula obrigatória de pagamento do frete na origem (*prepaid*).

O BL Master engloba outros conhecimentos de transporte marítimo, denominados house bill or lading – comumente conhecido como BL house ou BL filhote – que individualizam a carga e seu respectivo destinatário (consignee).

A consolidação é operacionalizada no porto de origem. As cargas de vários embarcadores, destinadas a um mesmo porto de destino, são agrupadas e embargadas sob amparo do BL Master, e são a ele agregados BLs House emitidos na quantidade e em consonância com os embarques objetos de consolidação.

O BL Master é elaborado pela empresa consolidadora e objetiva informar os embarques que efetivamente consolidou e que estão, respectiva e simultaneamente, representados pelos BLs House. O consignatário do BL Master será sempre a empresa desconsolidadora.

O BL House (ou HBL) também é emitido pelo agente consolidador separadamente para cada lote de carga que integra o despacho marítimo consolidado.

A desconsolidação é operacionalizada no porto de destino. A partir do recebimento de um BL Master, o agente desconsolidador efetua a distribuição a quem de direito dos respectivos BLs House emitidos pelo agente consolidador no exterior (MARTINS, Eliane M. Octaviano. Curso de Direito Marítimo. São Paulo: Manole, 2008, p. 273-274, *in* TJSP; Apelação 9124728-58.2003.8.26.0000; Relator Paulo Roberto de Santana; Data do Julgamento: 23/03/2011). (...) (fls. 596/597).

A propósito, citam-se também precedentes deste Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE MARÍTIMO. VALORES DECORRENTES DE SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES (DEMURRAGE). SENTENÇA DA PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA EMPRESA REQUERIDA. SUSCITADA ILEGITIMIDADE PASSIVA. TESE REJEITADA. RECORRENTE QUE FIGURA COMO CONSIGNATÁRIA DA MERCADORIA. RELAÇÃO NEGOCIAL DEMONSTRADA. A consignatária é responsável pela obrigação de pagar os valores expressamente pactuados em decorrência de sobre-estadia de contêiner (TJSC, Apelação Cível n. 2011.063635-9, de Itajaí, Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Jânio Machado, j. 11-7-2013). MÉRITO. DOCUMENTOS QUE COMPROVAM A DEVOLUÇÃO DOS CONTÊINERES APÓS O PRAZO ESTIPULADO. VALORES DE SOBRE-ESTADIA DEVIDOS. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Apelação Cível n. 0004481-15.2010.8.24.0033, rel. Des. Jaime Machado Junior, j. em 04.10.2018) (destacou-se).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. TARIFAS DE SOBRE-ESTADIA DE CONTÊINERES - DEMURRAGE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE DEMANDADA. (...) ILEGITIMIDADE PASSIVA. TESE REJEITADA. REQUERIDA, ORA APELANTE, QUE FIGURA COMO CONSIGNATÁRIA NOS CONHECIMENTOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO (*BILL OF LADING*).

ADEMAIS, REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA RECORRENTE QUE ASSINOU OS TERMOS DE RETIRADA DOS CONTÊINERES, NOS QUAIS CONSTA A OBRIGAÇÃO ASSUMIDA EM RELAÇÃO À DEVOLUÇÃO DOS ALUDIDOS EQUIPAMENTOS DENTRO DO INTERREGNO ESTABELECIDO, SOB PENA DE PAGAMENTO DO DEMURRAGE. LEGITIMIDADE PASSIVA IRRREFUTÁVEL. A consignatária é responsável pela obrigação de pagar os valores expressamente pactuados em decorrência de sobre-estadia de contêiner (Apelação Cível n. 2011.063635-9, de Itajaí, Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Jânio Machado, j. 11-7-2013). (...) (Apelação Cível n. 0020058-28.2013.8.24.0033, rel.ª Des.ª Rejane Andersen, j. em 16.05.2017).

Ademais, a circunstância de constar no conhecimento de embarque de fl. 31 outra empresa a ser notificada pelo transportador da chegada das mercadorias (*notify party*) – no caso, a distribuidora Portela Ltda. – não afasta a legitimidade da ora ré, por estar indicada no referido documento como destinatária final dos produtos (v.g. TJSP, Apelação Cível n. 1033352-02.2017.8.26.0562, rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. em 1º.04.2019).

Por outro lado, a juntada da via original dos conhecimentos de embarque faz-se desnecessária, dada a inexistência de qualquer indício de adulteração das cópias colacionadas ao feito.

A medida, cumpre destacar, representaria formalismo exarcebado (a propósito: TJSP, Apelação Cível n. 1034145-72.2016.8.26.0562, rel. Des. Elói Estevão Trolly, j. em 12.11.2019).

No mais, vale registrar que as correspondências eletrônicas colacionadas às fls. 530/531 e 535/539 não servem para, isoladamente, afastar a legitimidade passiva *ad causam* da ré, uma vez que, ao que tudo indica, dizem respeito a outras mercadorias – no caso, canetas – e não aquelas efetivamente em debate na lide – papel (fls. 30/31).

Pelo exposto, nega-se guarida ao reclamo no ponto.

Da denúncia da lide.

Insurgiu-se a recorrente contra o indeferimento do pedido de denúncia da lide para a inclusão das empresas que seriam, conforme aduziu, as reais importadoras das mercadorias.

A tese, contudo, improcede.

Como cediço, referida modalidade de intervenção de terceiros é cabível nas hipóteses elencadas nos incisos do art. 125 do Código de Processo Civil. Veja-se:

Art. 125. É admissível a denúncia da lide, promovida por qualquer das partes:

I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;

II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

Ao se analisar os autos, verifica-se que o presente caso não se enquadra nas hipóteses acima citadas. É que, além de a legitimidade passiva *ad causam* não ter sido afastada, inexistente por parte da ré pretensão regressiva.

A corroborar a conclusão ora adotada, cita-se:

AÇÃO DE COBRANÇA. TRANSPORTE MARÍTIMO. DEMURRAGE. CONTAINERS. Agravo retido improvido. A denúncia da lide somente deve ser admitida quando a parte-denunciante pretende assegurar eventual direito de regresso, existente em razão de lei ou contrato, estando presente alguma das situações a que se referem os incisos I a III do art. 70 do CPC, o que incorre no caso *sub judice*. Legitimidade passiva configurada. Comprovado documentalmente nos autos o atraso na entrega dos containeres, merece ser mantida a sentença que julgou procedente o pedido, inclusive no que se refere ao valor fixado de sobreestadia. Apelação e agravo retido improvidos. (TJRS, Apelação Cível n. 70027972595, rel. Des. Voltairde de Lima Moraes, j. em 2.09.2009).

Nega-se, pois, provimento à irresignação no ponto.

Do mérito.

No tocante ao mérito, pleiteou a empresa apelante a reforma da sentença de procedência da ação regressiva de cobrança.

Os valores ora exigidos, cumpre lembrar, dizem respeito a acordo homologado em ação de cobrança, ajuizada por empresa armadora em desfavor de agente de cargas, referente a sobreestadia de contêineres.

Aduziu a recorrente, em síntese, que os documentos apresentados com a peça de entrada não são suficientes à comprovação do crédito.

A insurgência, adianta-se, não merece prosperar.

De início, impende registrar a possibilidade de debate acerca da transação homologada por sentença e que deu origem ao crédito ora perseguida, uma vez que esta funciona como limite da indenização a ser restituída, porém não vincula o responsável final.

Nesse norte, colhe-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DE EMPRESA DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO. AJUIZAMENTO DE AÇÕES PELAS VÍTIMAS. ALEGADA CULPA DE TERCEIRO. AÇÃO DE REGRESSO. PRETENSÃO A RECEBIMENTO DE VALORES PAGOS PELA TRANSPORTADORA MEDIANTE ACORDO JUDICIAL. POSSIBILIDADE.

1. Uma transação judicialmente homologada diferencia-se de uma sentença judicial por sua gênese, não por seus efeitos. Tanto numa situação como na outra, a composição do litígio produz efeitos de por fim à controvérsia, e esses efeitos não podem ser ignorados, nem pelas partes do processo, nem por terceiros.

2. É cediça a diferenciação, proposta por Liebman, entre eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. A sentença é eficaz perante todos, mas imutável apenas para as partes do processo. Do mesmo modo, o acordo judicialmente homologado é um ato jurídico que tem existência e efeitos que se irradiam no ordenamento jurídico, não podendo ser reputado inexistente por terceiros juridicamente interessados no resultado do processo.

3. Se uma ação de indenização proposta em face da parte a quem se imputa responsabilidade objetiva pelo dano se encerra por acordo, é possível à empresa que indenizou a vítima exercer, em regresso, pretensão de restituição do valor pago em face do responsável final.

Nessa ação de regresso, o acordo funcionará como limite da indenização a ser restituída, mas não vinculará o responsável final, que poderá discutir todas as questões tratadas no processo anterior, do qual emergiu a indenização. Mas o princípio da relatividade dos contratos não impede que a ação de regresso seja ajuizada.

4. Recurso especial conhecido e improvido.

(REsp n. 1.246.209/RS, rel.^a Min.^a Nancy Andriighi, j. em 19.06.2012) (destacou-se).

Esclarecido isso, observa que, na hipótese ora em discussão, houve a apresentação de cópias de: conhecimentos de embarque (fls. 30/31), sendo que um deles (“*Master Bill of Lading*”), inclusive, estabelece obrigação de pagamento pela sobreestadia e indica o site da proprietária dos contêineres, para fins de consulta das condições e do tarifário; telas do SISCOMEX (fls. 33/44); cópia da ação de cobrança (fls. 46/435); e comprovantes de pagamento (fls. 437/449).

Referida documentação permite extrair o período de não incidência de qualquer pagamento (*free time*), as datas de descarga e de devolução do contêiner, bem como o valor da tarifa cobrada. A propósito:

Apelação – Ação de cobrança – Transporte marítimo – Tarifa de sobre-estadia de contêineres – Sentença de acolhimento do pedido – Irresignação improcedente. 1. Cerceamento de defesa – Objeção desacertada. Impertinente a prova pericial requerida pela ré. Documentos dos autos suficientes para a resolução do litígio. 2. “Demurrage” – Inequívoca responsabilidade do importador pelo pagamento de sobre-estadia pelo atraso na devolução de container, haja ou não cláusula contratual nesse sentido. Prática encontrando amparo jurídico nos usos e costumes do comércio, do pleno conhecimento de empresas como as litigantes, especializadas, ambas, em negócios tais. **Hipótese em que, de todo modo, o contrato de transporte a que aderiu a ré, traduzido no conhecimento de embarque (“bill of lading”), estabelece a obrigação de pagamento de tarifa pelo atraso na restituição dos cofres de carga, fixa o chamado “free time” e remete à tabela divulgada no sítio eletrônico da transportadora a determinação do unitário da tarifa.** Negócio perfeitamente válido e vinculando os participantes, notadamente por se tratar de típico contrato empresarial. Ré que não prova, nem mesmo alega, eventual desconformidade do que se cobra frente aos valores da tabela divulgada no “site” da autora na data do negócio. Impertinente, portanto, a produção de prova pericial com vistas a demonstrar suposta abusividade do que se cobra frente aos valores médios de mercado. 3. Natureza indenizatória da demurrage – Cláusula lícita, tanto que em plena consonância com os usos e costumes do comércio internacional de transporte de mercadorias. Inaplicabilidade do limite do art. 412 do CC, até porque o dano do armador com a não devolução oportuna do container não se limita ao valor daquele produto, que deve existir às centenas num navio, que não pode ser substituído de pronto e cuja falta,

bem por isso, pode comprometer seriamente os negócios do primeiro. Precedentes. Dispositivo: Afastaram a preliminar e negaram provimento à apelação. (TJSP, Apelação Cível n. 1070371-07.2016.8.26.0100, rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. em 29.04.2019) (destacou-se).

Não fosse isso, inexistiria nos autos demonstração por parte da ré de qualquer divergência no tocante a referidos dados.

Registra-se, no mais, que a circunstância de alguns dos documentos apresentados com a exordial não terem sido traduzidos afigura-se irrelevante no caso, dada a facilidade de compreensão de seus teores. A corroborar, cita-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. DEMURRAGE DE CONTAINERS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO E IMPROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO. RECURSO DA RÉ/ RECONVINTE. MÉRITO. DOCUMENTO EM LÍNGUA ESTRANGEIRA (INGLÊS). AUSÊNCIA DE TRADUÇÃO JURAMENTADA. ADMISSIBILIDADE. CONTEÚDO DE FÁCIL COMPREENSÃO. ADEMAIS, PARTE QUE APRESENTOU TRADUÇÃO DE UM DOS *BILL OF LANDINGS* QUE INSTRUEM A AÇÃO. CLÁUSULAS QUE SE REPETEM NOS DEMAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. PROVA ADMITIDA. (...) (Apelação Cível n. 0003155-97.2013.8.24.0135, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 29.06.2017).

Ainda, vale mencionar que a juntada ao caderno processual de termo de responsabilidade sobre a devolução de contêiner, *in casu*, afigura-se dispensável, uma vez que a documentação apresentada permite aferir todos os dados necessários à exigência de sobreestadia. Nessa senda, *mutatis mutandis*:

APELAÇÃO - AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA - Cobrança de sobreestadia de contêiner - Sentença de parcial procedência que condenou a ré ao pagamento de demurrage em valor inferior (US\$ 8.356,00) ao quanto almejado pela autora (US\$ 14.152,00) - Apelo de ambas as partes - PRESCRIÇÃO - Inaplicabilidade da prescrição anual - Transporte unimodal - Dívida fundada em instrumento particular - Valores que são liquidados mediante simples operação aritmética - Prazo quinquenal (art. 206, § 5º, I, do Código Civil) - Precedente desta Corte, em sede de uniformização de jurisprudência, e da Segunda Seção do STJ - SOBREESTADIAS DE CONTÊINER - Requerida anuiu à cobrança de “demurrage” por meio de “regulamento e tarifas de sobreestadia de containers”, pelo qual se depreende a sua ciência e aquiescência em relação à possibilidade de cobrança de taxas de sobreestadia - “Demurrage” que não tem natureza jurídica de cláusula penal, mas indenizatória, pelo descumprimento contratual - A morosidade no procedimento de importação se afigura elemento previsível no contexto do transporte marítimo, longe de configurar caso fortuito - Risco da atividade do importador - **Ré não pode se apegar à inexistência de termo de responsabilidade para se esquivar das taxas extras ora cobradas, sob pena de enriquecimento sem causa** - Demandada que não negou atraso na devolução do contêiner, tampouco que haja concordado com os termos expostos no anexo do “Conhecimento de Embarque” - O Bill of Lading identificou a modalidade do contêiner objeto da lide (40’REEF) e o “Quadro de Tarifas de Sobreestadia de Container” inserido no “Regulamento e Tarifas de Sobreestadia de Containers” previu as diárias em casos de atraso na entrega de

tal recipiente – Possível a aferição de demurrage com precisão, não sendo necessário utilizar o valor mínimo estabelecido - Tendo como base os termos firmados pelas partes, conclui-se ser devida a condenação ao pagamento da demurrage no importe de US\$ 14.152,00 – Honorários sucumbenciais da parte vencedora alçados a 20% do valor da condenação - Sentença reformada para julgar totalmente procedente a demanda – RECURSO DA AUTORA PROVIDO E APELO DA RÉ DESPROVIDO. (TJSP, Apelação Cível n. 1032886-42.2016.8.26.0562, rel. Des.^a Jonize Sacchi de Oliveira, j. em 2.12.2018) (negritou-se).

No mais, cumpre destacar o fato de a cobrança pela demurrage ser prática costumeira no transporte marítimo internacional, o que fortalece a ciência por parte da ré acerca da cobrança pela sobreestadia (TJRS, Apelação Cível n. 0425218-35.2015.8.19.0001, rel. Des. Carlos Azeredo de Araújo, j. em 19.02.2019).

Outrossim, diversamente do que pretende fazer crer a recorrente, a notificação acerca da chegada das mercadorias no porto de destino é desnecessária.

Confira-se:

CERCEAMENTO DE DEFESA – Inocorrência – Provas dos autos aptas ao julgamento da causa - Preliminar rejeitada. ILEGITIMIDADE ATIVA – Autora que está devidamente autorizada a promover a cobrança conforme documentos dos autos - Afastamento. PRESCRIÇÃO – Pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento particular (Art. 206, parágrafo 5º, I, do CC) – Precedente do C. STJ – Matéria pacificada nesta Corte por meio de Uniformização de Jurisprudência – Posicionamento no sentido de que a prescrição do direito de cobrança de “demurrage” de containers é de cinco anos – Prescrição afastada. COBRANÇA – Sobreestadia de contêiner – Obrigação decorrente de termo de responsabilidade que constitui contrato perfeito e acabado - Contrato que prevê condições e prazos - Valores cobrados que se mostram compatíveis com aqueles praticados no mercado – **Ausente necessidade de aviso ou notificação sobre a chegada do navio no porto de destino – A partir da descarga, o free time começa a incidir e, a partir da expiração de tal prazo, começa a incidir a demurrage** – Ação procedente - Recurso improvido. (TJSP, Apelação Cível n. 1035042-03.2016.8.26.0562, rel.^a Des.^a Lígia Araújo Bisogni, j. em 29.09.2017) (negritou-se).

Ainda, impende esclarecer que a verba em comento possui caráter indenizatório, podendo, deste modo, ultrapassar o importe da obrigação principal.

Em outras palavras, não fica sujeita ao teto legal estabelecido no art. 412 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Por fim, a alegação genérica da recorrente no sentido de que a ora autora contribuiu para a cobrança excessiva de valores a título de sobreestadia, uma vez que permaneceu inerte na demanda

que deu origem ao direito de regresso, não merece ser admitida, porquanto desprovida de qualquer sustentação.

Ante todo o exposto, outra solução não há além de negar provimento ao reclamo, mantendo incólume a sentença de procedência.

Dos encargos de mora.

Sucessivamente, postula a recorrente a modificação dos termos iniciais de fixação de correção monetária e juros de mora previstos no demonstrativo de cálculo de fls. 451/453 – cujo importe nele discriminado de R\$ 132.936,92 (cento e trinta e dois mil, novecentos e trinta e seis reais e noventa e dois centavos) – restou acolhido pela sentença como sendo a data de vencimento/pagamento de cada prestação do acordo.

O recurso, adianta-se, merece parcial acolhida.

Isto porque, em ações regressivas referentes a cobrança de valores pagos a título de sobreestadia, os juros moratórios devem incidir a partir da citação na presente ação, enquanto que a correção monetária deve ser irrogada a contar de cada pagamento pelo INPC (confira-se: TJSP, Apelação Cível n. 1001388-54.2018.8.26.0562, rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. em 19.10.2018).

Desta feita, acolhe-se, em parte, o reclamo, para fins de expurgar os juros de mora previstos no aludido demonstrativo de cálculo, uma vez que referido encargo deve ter incidência apenas a contar da citação nesta demanda, de modo a obstar-se, assim, a exigência em duplicidade de juros de mora.

Da verba honorária.

Busca a empresa apelante a redução dos honorários advocatícios.

A pretensão, contudo, não merece guarida.

Na decisão combatida, a verba honorária foi fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (no caso, R\$ 132.936,92 [cento e trinta e dois mil, novecentos e trinta e seis reais e noventa e dois centavos], abatidos os juros moratórios previstos no planilhamento encartado com a petição portal, expurgados no tópico acima).

A propósito da matéria, oportuno observar o que diz o novo Código de Processo Civil, já vigente quando da prolação do *decisum*, que fez expressa referência ao dispositivo:

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.

E aludido montante, porquanto fixado dentro dos parâmetros legais previstos para a hipótese não se afigura inadequado, à luz do labor desempenhado pelos patronos e da natureza e importância da causa, por seus valores efetivamente discutidos.

Dessarte, inexistente o prefalado excesso, não há como dar guarida ao recurso.

Da sucumbência.

Havendo sucumbência mínima da parte autora (porquanto praticamente mantida incólume a sentença – modificada apenas no que toca ao termo inicial dos juros de mora), conserva-se a condenação da acionada ao pagamento da integralidade das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Da conclusão.

Destarte, impõe-se conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para fins de expurgar os juros de mora previstos no demonstrativo de cálculo de fls. 451/453, cujo importe discriminado restou acolhido pela sentença, uma vez referido encargo deve ter incidência apenas a contar da citação nesta demanda.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0013554-06.2013.8.24.0033, de Itajaí

Relatora: Desa. Janice Ubialli

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA C/C APURAÇÃO DE HAVERES, CAUTELAR INOMINADA E RECONVENÇÃO. SENTENÇA UNA. PROCEDÊNCIA DA CAUTELAR E DA AÇÃO PRINCIPAL E PARCIAL PROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO. RECURSO DO RÉU/RECONVINTE.

PEDIDO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL. DECISÃO QUE FOI ALÉM DO PEDIDO E DECRETA A DISSOLUÇÃO TOTAL DA SOCIEDADE. SENTENÇA *EXTRA PETITA*. RECONHECIMENTO *EX OFFICIO*. NULIDADE PARCIAL. CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO. ART. 1.013, § 3º, II, DO CPC.

REITERAÇÃO DE TESES: “DA PETIÇÃO INICIAL”. “DAS RENEGOCIAÇÕES DOS EMPRÉSTIMOS E DÍVIDAS FISCAIS DA SOCIEDADE”. “DAS CONTRADIÇÕES DA PETIÇÃO INICIAL”. “DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO APELADO”. MERA REPRODUÇÃO DO CONTIDO NA CONTESTAÇÃO E RECONVENÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. OFENSA À DIALETICIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO NOS PONTOS.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. MAGISTRADO QUE ANALISOU AS PROVAS E CONSIDEROU SUFICIENTES PARA O DESLINDE DA CAUSA OS DEPOIMENTOS E DOCUMENTOS AMEALHADOS AO FEITO. PRELIMINAR RECHAÇADA.

PEDIDO DE EXCLUSÃO DE SÓCIO SOB A ALEGAÇÃO DE COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. MOTIVO NÃO COMPROVADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE SE IMPÕE. DECISÃO REFORMADA.

RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO EM MOMENTO ANTERIOR À CELEBRAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL FORMULADO NA RECONVENÇÃO. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE.

DISSOLUÇÃO PARCIAL DA SOCIEDADE. QUEBRA DA *AFFECTIO SOCIETATIS* E DEMOSTRAÇÃO DOS MOTIVOS QUE OCASIONARAM ESSA QUEBRA. PEDIDO FORMULADO NA RECONVENÇÃO. POSSIBILIDADE. APURAÇÃO DOS HAVERES EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

DANO MORAL. SÓCIO APELANTE IMPEDIDO DE INGRESSAR NO ESTABELECIMENTO. CONSTRANGIMENTO. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA DEVIDA.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. READEQUAÇÃO.

HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0013554-06.2013.8.24.0033, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível), em que é Apelante Mário Beck Moreira e Apelado Antônio Carlos da Silva:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, (I) de ofício, cassar o trecho da sentença que ultrapassa os limites objetivos da lide ao decretar a dissolução total da sociedade e julgar improcedentes os pedidos; e (II) conhecer de parte do recurso e dar a ele parcial provimento. 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, 3 de março de 2020.

Janice Ubiali
Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Mário Beck Moreira da sentença una proferida nos autos da Ação Cautelar Inominada n. 0011257-26.2013.8.24.0033 e Ação de Dissolução Parcial de Sociedade c/c Apuração de Haveres n. 0013554-06.2013.8.24.0033, aforada por Antônio Carlos da Silva. O decisório recorrido contou com a seguinte parte dispositiva:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos iniciais da presente ação autuada sob o n. 0013554-06.2013.8.24.0033, e Medida Cautelar registrada sob n. 0011257-26.2013.8.2, interpostas por Antônio Carlos da Silva em face de Mário Beck Moreira, e, conseqüentemente, DECLARO A DISSOLUÇÃO da empresa BECK & SILVA LTDA ME, e nomeio liquidante o sócio Antônio Carlos da Silva, que deverá ser intimado para firmar o respectivo termo de compromisso, mantendo os efeitos da liminar concedida na medida cautelar e,

Determino, por consequência, que a apuração dos haveres dos sócios seja feita em liquidação de sentença e mediante a elaboração de Balanço Especial, ao escopo de ser determinada sua situação patrimonial.

Remeto, ainda, para a fase da liquidação, a fixação do valor devido a título de haveres.

Após o trânsito em julgado, e recolhidos os impostos e débitos pendentes de pagamento, expeça-se ofício à Junta Comercial do Estado de Santa Catarina – JUCESC, para a baixa nos registros da empresa Beck & Silva Ltda. ME, CNPJ 04.131.608/0001-06, NIRE 42204910191, que deverá ser entregue às partes para as providências cabíveis perante a JUCESC, e comunique-se às Secretarias das Fazendas Municipal, Estadual e Federal, com cópia da presente sentença.

Condeno o requerido ao pagamento das custas processuais de ambos os processos e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), para ambos os processos.

Igualmente, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais da Reconvênção ajuizada por Mário Beck Moreira contra Antônio Carlos da Silva, para remeter à fase de liquidação de sentença o eventual valor devido a título de haveres.

Tendo em vista que o reconvinde decaiu em parte mínima, condeno a parte reconvinde/requerido ao

pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do procurador da parte contrária, os quais fixo em R\$ 800,00 (oitocentos reais)

Após o trânsito em julgado da sentença, inicie-se a fase de liquidação para a apuração dos haveres.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

O apelante sustenta, em preliminar, a nulidade da sentença, por violação ao contraditório e a ampla defesa, uma vez que o togado de origem “não apreciou os pedidos do Embargante da petição datada de 03/04/2017 que trata sobre os pagamentos realizados para o Sr. Fabio Emerenciano, em especial a intimação do patrono deste para esclarecer os pagamentos recebidos mediante os cheques n°s 000186, 000187 e 000188 do Banco Bradesco e repassados para fornecedores/terceiros” (p. 1.330). No mérito, afirma: a) “após a demonstração da fragilidade do laudo unilateral produzido pelo Apelado, bem como da realização da devida prova pericial contábil judicial, foi comprovado que inexistente falta grave do Apelante” (p. 1.331); b) “o único motivo para a exclusão do Apelante da sociedade foi a alegação de falta grave consubstanciada em operações suspeitas, gerando dívidas de ordem fiscal e financeira para a empresa, sendo que a prova pericial realizada em momento algum demonstrou existir qualquer dívida. Já a r. sentença afirmou que haveria má administração sem mencionar os atos que configurariam tal prática, tampouco quais seriam os prejuízos fiscais e financeiros” (p. 1.333); c) “desde que foi afastado da sociedade, o Apelante não recebeu qualquer prestação de contas ou valores a qualquer título como pró-labore, entre outros por parte do Apelado, que tem utilizado o restaurante da forma como bem entende, inclusive misturando contabilidade pessoal com a profissional como sempre o fez” (p. 1.333); d) “como o pedido da exordial é para exclusão de sócio por falta grave, diante a inexistência da mesma, a ação é totalmente improcedente. Logo, ante a quebra da affectio societatis o Apelante apresentou reconvenção juntamente com a sua defesa” (p. 1.334); e) “Também, com a comprovação de inexistência de falta grave, procedente será o pedido de indenização por danos morais, ante as acusações lançadas pelo Apelado na petição Inicial” (p. 1.336); f) “o Apelante integralizou a quantia de R\$ 272.000,00 (duzentos e setenta e dois mil reais) na sociedade” (p. 1.338); g) as contas particulares do apelado eram pagas pela empresa, de modo que “quando da apuração de haveres, requer-se sejam descontados os valores de despesas particulares pagas pelo Apelado” (p. 1.342); g) “para a apuração de haveres deve ser considerado o fundo de comércio da empresa, assim como considerada a data de afastamento do Apelado, qual seja, 19/03/2013” (p. 1.343); h) o apelado deve ser condenado as penas por litigância de má-fé, porquanto alterou a verdade dos fatos; i) sofreu danos morais passíveis de compensação pecuniária. Provido o recurso, requer a inversão do ônus de sucumbência. Por fim, requer o prequestionamento da matéria.

Com as contrarrazões (p. 1.360-1.365), os autos ascenderam a esta Corte.

Os autos foram remetidos ao Núcleo de Conciliação desta Corte (p. 1.386), mas resultou infrutífera a tentativa de composição (p. 1.390).

Após, retornaram os autos conclusos.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conheço de parte do recurso.

Sentença “extra petita”

Impende desde logo anotar que a sentença é extra petita e viola o princípio da congruência, uma vez que o autor, ora apelado, não requereu a dissolução total da sociedade empresária, mas, apenas, a dissolução parcial.

Inferre-se da exordial que o autor pugnou pela “procedência do pedido, para o fim de confirmar a exclusão do requerido do quadro societário e da administração da sociedade Beck & Silva Ltda. ME [...] e a **consequente dissolução parcial da mesma**”, por estarem presentes os requisitos essenciais conforme o alegado acima, expedindo-se ofício para a Junta Comercial” (p. 38, grifou-se).

Contudo, o magistrado decretou a dissolução total da empresa e fez consta no dispositivo da sentença: “**A DISSOLUÇÃO da empresa BECK & SILVA LTDA ME,**” com indicação de “liquidante o sócio Antônio Carlos da Silva, que deverá ser intimado para firmar o respectivo termo de compromisso [...]” e, após o trânsito em julgado, a expedição de “**ofício à Junta Comercial do Estado de Santa Catarina – JUCESC, para a baixa nos registros da empresa Beck & Silva Ltda. ME**” (p. 1.284, grifou-se).

Como se vê, o togado de origem excedeu os limites da lide proposta pela parte autora, de modo que imperioso o reconhecimento, ex officio, de nulidade parcial da sentença, no tocante ao reconhecimento da dissolução total da empresa.

Todavia, com fulcro no art. 1.013, § 3º, II, do CPC, considerando que a causa encontra-se madura para julgamento, passa-se à análise do recurso.

Ofensa ao princípio da dialeticidade

Como cediço, é dever daquele que recorre apresentar os “fundamentos de fato e de direito” (art. 1.010, II, do CPC) nos quais sustenta sua insurgência contra a decisão recorrida. Esse dever é fundado na necessidade de assegurar à parte contrária a plenitude do contraditório e do direito de defesa e, também, na necessidade de a parte interessada provocar o Estado-Juiz a reexaminar, a pronunciar-se novamente sobre determinados pontos da decisão, atividade essa cujos limites são estabelecidos pelo próprio recorrente, por intermédio de suas razões recursais.

Portanto, o papel primeiro dos “fundamentos de fato e de direito” que devem acompanhar o recurso é permitir a análise de sua admissibilidade. 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 especificadamente sobre as razões de decidir constantes da sentença,

atenta contra o princípio da dialeticidade e, por isso, seu recurso não pode ser conhecido.

Na hipótese, as razões do recurso acerca dos tópicos “Da petição inicial” (p. 1.299-1.306), “Das renegociações dos empréstimos e dívidas fiscais da sociedade” (p. 1.306-1.307), “Das contradições da petição inicial” (p. 1.307-1.308), “Da litigância de má-fé do apelado” (p. 1.343-1.347) são reiteração e reprodução literal do contido na contestação (p. 692-730), na reconvenção (p. 732-748) e nas alegações finais (p. 1.213-1.215).

Logo, as razões dos recursos nos pontos não servem como insurgência recursal fundamentada que, direta e frontalmente, ataque as razões de decidir adotadas pelo juízo sentenciante.

Dessarte, não obstante tenham manifestado sua insatisfação e inconformismo para com a decisão recorrida nos tópicos supramencionados, o recorrente não impugnou as razões de decidir e os fundamentos adotados pelo magistrado de primeiro grau, limitando-se a reproduzir teses já arguidas.

A respeito do não conhecimento de recurso que apenas reproduz o teor dos articulados, decisões do Superior Tribunal de Justiça: Recurso em Mandado de Segurança n. 50.991/MA, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 2-5-2016; Ag. em REsp n. 867.902, rel. Min. Humberto Martins, DJe 20-4-2016; Ag em REsp n. 851.298/SP, rela. Mina. Regina Helena Costa, DJe 26-2-2016.

Sobre o tema, destacam-se julgados deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CONTRATO BANCÁRIO GARANTIDO POR AVAL E NOTA PROMISSÓRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA EMBARGANTE.

ALEGADA A PRESCRIÇÃO DA DÍVIDA E A NULIDADE DO AVAL PRESTADO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DA OUTORGA UXÓRIA. RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO IMPUGNAM A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CÓPIA DA INICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA, NOS TERMOS DO ART. 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO NÃO CONHECIDO. (Apelação Cível n. 0301004-71.2016.8.24.0041, de Mafra, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 5-2-2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROTESTO DE DUPLICATA MERCANTIL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM PARTE. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ.

RAZÕES DE APELAÇÃO QUE SÃO CÓPIA INTEGRAL DA CONTESTAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. ARGUMENTOS QUE NÃO ATACAM AS RAZÕES DE DECIDIR DA DECISÃO RECORRIDA. REQUISITO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTES. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO.

A dialeticidade corresponde a princípio recursal que obriga a parte a apresentar suas razões em consonância com os fundamentos da decisão atacada, de modo a rebatê-los com base nos limites da lide, respeitada a ampla defesa, sob pena de não conhecimento do recurso, na forma do art. 932, III, do Código de Processo Civil. RECURSO NÃO CONHECIDO. (Apelação Cível n. 0300681-16.2015.8.24.0166, de Forquilha, rel.

Des. Newton Varella Júnior, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 22-1-2019).

Portanto, a generalidade dos argumentos reiterados na apelação não se presta ao atendimento da exigência constante do art. 1.010, II e III do Código de Processo Civil, motivo pelo qual o recurso não pode ser conhecido nos pontos apontados.

Ressalta-se que nos demais tópicos do recurso o apelante, igualmente, reproduz argumentos lançados na contestação e na reconvenção, todavia, pontua no que diverge da sentença recorrida.

Dito isso, passa-se à análise das demais razões recursais.

Cerceamento de defesa

Sustenta o apelante a nulidade da sentença, em razão da violação ao contraditório e ampla defesa ao argumento que o togado de origem “não apreciou os pedidos do Embargante da petição datada de 03/04/2017 que trata sobre os pagamentos realizados para o Sr. Fabio Emerenciano, em especial a intimação do patrono deste para esclarecer os pagamentos recebidos mediante os cheques nºs 000186, 000187 e 000188 do Banco Bradesco e repassados para fornecedores/terceiros” (p. 1.330).

Afirma “a importância da prova, pois o Apelante foi convidado para ingressar na sociedade em junho/2011 justamente para saldar a dívidas existentes com bancos, fornecedores, impostos, empregados e com o Sr. Fabio Emerenciano. **O Sr. Fabio corroborou em seu depoimento que era sócio do Apelado e que haviam valores em aberto. Em sede de contestação foi demonstrado que o Apelante fez aportes para a conta do Apelado, tendo como um dos objetivos quitar a dívida com este antigo sócio do Apelado. E mais, a prova pericial comprovou os aportes do Apelante na sociedade no momento da integralização do capital social**” (p. 1.330-1.331, grifou-se).

Pois bem.

Inferre-se dos autos que no termo de audiência lavrado no dia 8-11-2016, o magistrado de origem consignou que:

Aberta a audiência, renovada a proposta de conciliação, a mesma restou inexitosa. A seguir, foi colhido o esclarecimento do Sr. Perito e o depoimento pessoal da parte autora, conforme se vê dos termos em separado. O autor dispensou o depoimento pessoal do suplicado, o que foi deferido. Foram inquiridas três testemunhas relacionadas pela parte autora, e três da parte demandada, conforme se vê dos termos em separado. O demandado dispensou o depoimento das testemunhas Claudécir Morales e Fabrício Roberto Esteves, o que também foi deferido. **No decorrer do depoimento da testemunha Fábio Emerenciano, o procurador da parte autora consultou sobre a possibilidade de apresentar extratos dos pagamentos noticiados, o qual concordou em apresentá-los no prazo de 30 (trinta) dias, independentemente de qualquer requisição, muito embora não apresentasse qualquer objeção em que fosse requisitado por este juízo. Assim, determino que os autos permaneçam em cartório, pelo prazo de 30 (trinta) dias, aguardando o envio dos extratos a serem trazidos pela testemunha acima declinada. Apresentados os referidos extratos, determino que permaneçam em cartório, a disposição das partes, em face do**

sigilo bancário. Após a manifestação das partes, serão intimadas para apresentar alegações finais no prazo sucessivo de 15 (quinze) dias, nos termos da legislação em vigor, evitando-se a designação de nova data, com evidentes prejuízos aos interesses das próprias partes, face a necessidade do deslocamento, com dispêndio de ordem financeira e até mesmo desta unidade jurisdicional, já que referida data pode e deverá ser ocupada com a designação de outro feito em tramitação neste juízo. (p. 1.117-1.118, grifou-se).

Os aludidos documentos foram acostados às p. 1.131-1.139. Na sequência, o ora apelante afirmou que Fábio não carrou todos os documentos, motivo pelo qual requereu a intimação desse para esclarecer “o recebimento de pagamento mediante os cheques n°s 000186, 0000187 e 000188 do Banco Bradesco e repassados para fornecedores/terceiros” (p. 1.185).

Após manifestação do apelado (p. 1.195-1.196), o togado de origem encerrou a fase a instrução e determinou a intimação das partes para apresentação de alegações finais (p. 1.197).

Já na sentença objurgada consignou que “todavia, eventuais valores que o requerido/reconvinte tenha por ventura a receber, a apuração dos haveres deverá ser levada a efeito em fase de liquidação de sentença” [...] Determino, por consequência, que a apuração dos haveres dos sócios seja feita em liquidação de sentença e mediante a elaboração de Balanço Especial, ao escopo de ser determinada sua situação patrimonial. (p. 1.283-1.284).

Como se vê, não há motivos para declarar a nulidade da sentença, pois o magistrado *a quo* reputou suficientes os elementos constantes nos autos para formação de seu convencimento, e, em consequência, consignou que eventuais valores (haveres dos sócios) devem ser apurados em liquidação de sentença.

Dessarte, afasta-se a preliminar aventada.

Mérito

Dissolução parcial da sociedade e apuração de haveres

Infere-se da exordial que o pedido de dissolução parcial da sociedade formulado pelo autor/reconvindo, ora apelado, teve como fundamento a alegação de suposta falta grave em razão de desvios financeiros realizados pelo apelante (p. 29-39).

O togado de origem julgou procedentes os pedidos iniciais, porquanto entendeu que “o requerente apresentou hábil documentação, a qual comprova que é legítimo proprietário e fundador da empresa em questão, e que investiu demasiado capital para estrutura-la e também comprovou que a empresa realmente sofreu prejuízos fiscais e financeiros devido a má administração do sócio requerido” (p. 1.282).

Sustenta o apelante/reconvinte, em resumo, que “até mesmo em virtude da grande quantidade de documentos acostada aos autos, a prova pericial não era de simples inferência, tampouco parece

crível que a r. sentença tenha analisado toda a documentação num único parágrafo. Destaque-se até que não houve quantificação ou exemplificação dos prejuízos financeiros na r. sentença até mesmo porque a prova pericial demonstrou não haver” (p. 1.327).

Outrossim, “a r. sentença menciona que teria havido má administração por parte do Apelante, sem citar qual(is) seria(m) os atos, lembrando que o Apelado em momento algum solicitou a exclusão da sociedade por este motivo, até mesmo, porque não existe exclusão da sociedade por este motivo” (p. 1.329).

Razão assiste ao apelante/reconvinte, adianta-se.

Da detida análise do laudo elaborado pelo perito judicial (p. 902-1.030 e 1.068-1.076), verifica-se que, ao contrário do consignado na sentença recorrida, não resultou comprovado que a empresa sofreu prejuízos fiscais e financeiros em razão da alegada má gestão do apelante.

Consignou o perito judicial que o laudo que instruiu a exordial “está cheio de vícios, logo inconsistente” (p. 940), bem como, respondendo ao quesito n. 11 elaborado pelo réu, ora apelante/reconvinte, o *expert* informou que: “Em uma escrita regular, onde os lançamentos contábeis representem a realidade das operações ocorridas nestes períodos [2011-2013], com históricos claros que representem o ocorrido seria fácil identificar se houve dano patrimonial por parte do réu, o que não é o caso, diante das informações antes comentadas” (p. 941). Ainda, ao responder o quesito acerca da distribuição de lucros, o perito ressaltou que não encontrou nenhum registro contábil (p. 941).

No quesito n. 15 o perito foi claro ao informar que “**não existem evidências que a administração trouxe prejuízo a sociedade, e quanto a renegociações das dívidas bancárias houveram [sic] nota-se redução nas taxas de encargos anuais**” (p. 942, grifou-se).

Ao ser questionado se houve por parte do réu, ora apelante, furto, roubo ou desvio deliberado de valores da empresa, o *expert* asseverou que “seria imprudência de minha parte discorrer sobre a pergunta, não está na minha alçada, o perito não julga, anota fatos encontrados. Mesmo porque em função da ausência de documentos, erros técnicos, históricos incompletos e vícios contábeis seria inconsequente em afirmar. Mesmo porque antes da formação [da] empresa Beck & Silva, os procedimentos em relação ao quesito eram usual” (p. 942-943).

Frisa-se, por oportuno, que a prova oral produzida tampouco corroborou a tese de que o apelante realizou os alegados desvios financeiros, de modo a incorrer em falta grave no cumprimento de suas obrigações. E, a gravidade da falta imputada ao sócio que se deseja excluir, vale dizer, deve ser provada pelo sócio que postula em juízo a adoção de tal medida, ao qual incumbe, pois, o ônus da prova (art. 373, I, do CPC).

No presente caso, contudo, o conjunto probatório não permite inferir, de maneira cabal, o cometimento de falta grave por parte do apelante/reconvinte, de modo que a sentença deve ser reformada, bem como deve ser julgada improcedente a “Medida Cautelar Inominada” n. 011257-26.2013.8.24.0033, proposta pelo apelado/reconvindo que pretendia a “exclusão do requerido do quadro societário e da administração da sociedade Beck & Silva Ltda. Me. [...]” (p. 22 da cautelar).

De outra banda, no tocante ao pedido formulado na reconvenção, tem-se que o afastamento irregular do apelante/reconvinte da empresa configura a justa causa para a sua retirada, haja vista a quebra da *affectio societatis*, que é caracterizada como pressuposto essencial à existência da sociedade. Uma vez perdida a disposição unânime de esforço e de investimento, surgem conflitos de interesses e, por via de consequência, desavenças que impedem o convívio entre os sócios e prejudicam o seu desenvolvimento.

Desta forma, evidenciada a falta de *affectio societatis* revela-se imperiosa a dissolução parcial da sociedade, de modo que deve ser acolhido o pedido formulado em reconvenção.

Sobre o assunto leciona com Fábio Ulhoa Coelho:

Quando não existe ou desaparece esse ânimo, a sociedade não se constitui ou deve ser dissolvida. [...]

A utilidade do conceito de *affectio societatis* é pequena. Serve de referência ao desfazimento do vínculo societário, por desentendimento entre os sócios, no tocante à condução dos negócios sociais, repartição dos sucessos ou responsabilização pelos fracassos da empresa. Quando se diz ter ocorrido a quebra da *affectio*, isso significa que os sócios não estão mais motivados o suficiente para manterem os laços societários que haviam estabelecido. [...]

Divergências que não impedem o convívio e não reduzem a *affectio societatis* são inofensivas ao desenvolvimento da sociedade. Mas graves desinteligências, que comprometem o encontro dos sócios, dificultam o encaminhamento de quaisquer questões, mesmo as não relacionadas diretamente ao ponto de discórdia, acabam sendo tão prejudiciais à empresa que acarretam a dissolução da sociedade (Curso de direito comercial: direito de empresa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 401-402 e 470).

Nesse contexto, a apuração dos haveres do sócio dissidente demanda um levantamento contábil amplo e atualizado a ensejar pagamento justo e real do valor das cotas, como se a empresa estivesse totalmente dissolvida em relação àquele que se retira.

Na hipótese, no tocante à apuração dos haveres, como bem consignou o togado de piso:

“muito embora presuma-se que o requerido tenha investido capital financeiro na empresa, este fato não restou demonstrado pelos documentos carreados aos autos. Quando da inquirição da testemunha Fábio Emerenciano, este confirmou a realização de transferências financeiras para a empresa em nome do requerido, porém ao se verificar os documentos acostados às fls. 781/788, vê-se que todas as operações realizadas foram em nome da empresa Antônio Carlos SOC ME. Ainda quando da apresentação do laudo pericial conclusivo pelo Perito Judicial nomeado, não foram encontrados quaisquer registros de prestação de contas, relatórios ou composições contábeis em nome do requerido (fl. 961), bem como informou que não há registros contábeis em nome do requerido/reconvinte” (p. 1.282-1.283).

De fato, consta no laudo pericial que, *in verbis*:

“os valores das remessas realizadas no período de 2011 e 2012 pela Sra/Srta Ana Carla S.A. Miranda e Sr. Mário Beck, não estão contabilizados para a integralização de capital subscrito.

Ainda que o técnico contábil opta-se em executar os registros pela sistemática de regime de caixa, quer por transferência bancária, Ted ou Depósito, devem e deveriam estar lançados como tal.

Chamo a atenção ao MM, para os valores [que] foram enviados, segundo [o] réu e Srta/Sra Ana Carla, para a integralização do capital social, porém não há registros contábeis ou algum termo de compromisso sobre nova subscrição de capital. [...]

A planilha anterior a partir de 2012 tem registrado os valores recebidos pelo sistema de TED ou DOC, bem como as Transferências de contas do emitente para a empresa, foram correspondidas e tem seus registros contábeis realizados, porém sem determinar a finalidade. [...] quanto aos valores em fls. 410, segundo o Sr. Mário, enviado em 20/07/2012, pela venda moto, o valor de R\$ 18.000,00 há um registro contábil igual valor que acusa o recebimento em 25/07/2012, porém não como identificá-lo pois o histórico contábil acusa o recebimento por caixa e de imediato, o depósito deste valor mas não menciona o motivo pelo qual foi realizado e também a data não coincide e não encontrei registro na contabilidade relativo a tal moto.

[...] O valor das cotas foi integralizado em 50.000 para cada um sócio em 21/08/2012, porém as remessas fls. 410/411 e 430 a 443 vem ocorrendo desde 29/02/2011 somam R\$ 272.000,00, sem definição de tais entradas e mesmo de seu destino “ (p. 915-917).

De igual forma, a perícia judicial atestou que não há como inferir a confusão de dívidas pessoais do apelado e de sua família com a movimentação da empresa (p. 948). Também não há como reconhecer a existência de veículos financiados pela sociedade, mormente porque o perito judicial esclareceu que não foi encontrada nenhuma dívida de financiamento de automóveis, bem como nenhum registro de compra de veículos no período (p. 946 e 955 – quesitos n. 22 e 48).

Ainda, o próprio apelado, em seu depoimento pessoal, informou que residiu por aproximadamente 5 (cinco) anos, no período de 2008 a 2013, no pavimento superior do restaurante (p. 1.127), cujo aluguel era pago pela sociedade empresária. Ao responder o quesito n. 47, o *expert* também atestou que “a empresa tinha este custo por contrato de aluguel, o mesmo é válido com a água, telefone e a luz, [...] é de responsabilidade da empresa e são cobradas do mesmo imóvel. Nada evidencia que o autor pagou algum valor” (p. 955).

No caso, eventuais valores a serem restituídos ao apelante/reconvinte devem ser apurados em liquidação de sentença, pois, como visto, dependem de prova do alegado. E, nos termos do art. 509, II, do CPC, havendo necessidade de alegar e provar fato novo, a liquidação observará o procedimento comum.

Outrossim, conforme jurisprudência consolidada da Corte Superior, o fundo de comércio deve ser levado em conta na aferição dos eventuais valores devidos ao sócio excluído da sociedade.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO SOCIETÁRIO. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. INCLUSÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO. VIOLAÇÃO AO ART. 1.031, CAPUT, DO CC. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O fundo de comércio integra o montante dos haveres da sociedade empresária quando da exclusão de sócio. Precedentes.

2. A revisão do critério adotado pelo Colegiado a quo, para a fixação dos honorários, demandaria nova incursão no acervo fático-probatório da causa, o que é vedado em âmbito de especial, atraindo a incidência da Súmula 7 deste Tribunal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 78.175/MS, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 1º-9-2015, grifou-se)

DIREITO SOCIETÁRIO. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. INCLUSÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO.

1. De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, o fundo de comércio (hoje denominado pelo Código Civil de estabelecimento empresarial - art. 1.142) deve ser levado em conta na aferição dos valores eventualmente devidos a sócio excluído da sociedade.

2. O fato de a sociedade ter apresentado resultados negativos nos anos anteriores à exclusão do sócio não significa que ela não tenha fundo de comércio.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp n. 907.014/MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 11-10-2011, grifou-se).

Dessarte, eventuais valores devidos ao apelante devem contemplar o fundo de comércio, a ser aferidos em liquidação de sentença.

Frisa-se, ainda, que a data para apuração de haveres deve ser aquela em que o apelado afastou o apelante/reconvinte da sociedade empresária, sem qualquer medida judicial, vale dizer 19-3-2013.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA DE FATO, COM PEDIDO DE APURAÇÃO DE HAVERES. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DOS RÉUS. [...] APURAÇÃO DE HAVERES QUE DEVE CONSIDERAR A DATA EFETIVA DO AFASTAMENTO DO SÓCIO RETIRANTE, A SER REALIZADA EM FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, BEM COMO A PERMANÊNCIA OU NÃO, NAQUELA DATA, DA SÓCIA OMITIDA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA, EM RAZÃO DO ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL. PLEITO EM CONTRARRAZÕES. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DOS RECORRENTES. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DOS REQUISITOS AO SEU RECONHECIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Cível n. 0001425-35.2009.8.24.0218, de Catanduvas, rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 23-7-2019).

Oportuno citar que a “apuração de haveres – levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade – se processa na forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, desde que observados os limites legais e os princípios gerais do direito” (STJ, REsp n. 1.239.754/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j.15-5-2012).

Nesse passo, a Cláusula Trigésima Oitava do contrato firmado entre as partes - p. 49), dispõe:

No caso de retirada, morte ou exclusão de sócios ou dissolução da sociedade, o valor das quotas, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á com base na situação patrimonial da sociedade, verificada em balanço especialmente levantado, à data da resolução, e seus haveres lhe serão pagos em 12 (doze) parcelas iguais, mensais e sucessivas, vencendo a primeira 30 (trinta) dias após a apuração do valor.

Contudo, nada obstante o entendimento de que se deve prestigiar o princípio da força obrigatória dos contratos, a jurisprudência do STJ também entende que tal princípio deve ser mitigado, quando houver divergência a respeito dos haveres, e só for dirimida em ação judicial, cuja tramitação tenha esgotado o prazo previsto no contrato, hipótese em que o pagamento dos haveres é exigível de imediato.

In casu, a presente ação tramita por aproximadamente 7 (sete) anos, ou seja, por período superior à previsão contratual.

Nesse rumo:

COMERCIAL DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. PRAZO PARA O PAGAMENTO DOS HAVERES DO SÓCIO QUE SE RETIRA DA SOCIEDADE.

O prazo contratual previsto para o pagamento dos haveres do sócio que se retira da sociedade supõe *quantum* incontroverso; se houver divergência a respeito, e só for dirimida em ação judicial, cuja tramitação tenha esgotado o aludido prazo, o pagamento dos haveres é exigível de imediato. Recurso especial não conhecido (REsp n. 124.607/SP, rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, j. 25-4-2006).

Vale lembrar que na hipótese sequer há o reconhecimento de parcela incontroversa por parte do apelado, sócio remanescente. Nesse caso, seria incoerente reconhecer um parcelamento *a posteriori*, porquanto haveria locupletamento ilícito por parte da sociedade.

O valor, ademais, deve ser acrescido de correção monetária pelo INPC desde a data de exclusão do sócio e de juros de mora, no percentual de 1% ao mês, após o transcurso do prazo nonagesimal a que faz referência o art. 1.031, § 2º, do Código Civil, *in verbis*: “A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário”.

Nessa direção:

Inexistindo acordo e propondo-se ação de dissolução parcial com fins de apuração de haveres, os juros de mora serão devidos após o transcurso do prazo nonagesimal contado desde a liquidação da quota devida (art. 1.031, § 2º, do CC). Precedentes (STJ, REsp n. 1.602.240/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 6-12-2016).

Assim, como supramencionado, a apuração de haveres deverá: a) ocorrer com base na situação patrimonial da sociedade, verificada em balanço especialmente levantado; b) considerar como data-base o dia 19-3-2013; c) determinar que o pagamento dos haveres se dê de forma única, corrigido monetariamente pelo INPC, desde a data de exclusão do sócio ora apelante e acrescido de juros de mora de 1% ao mês, após o transcurso do prazo nonagesimal do art. 1.031, § 2º, do Código Civil, a contar da liquidação da sentença.

Por fim, não há como acolher o pedido do apelante de reconhecimento da sociedade de fato entre as partes desde julho/2011.

Nos termos do art. 987 do Código Civil, a comprovação da constituição de uma sociedade não personificada, nas relações entre sócios ou com terceiros, só pode ser feita por prova documental escrita (pública ou particular), *ex vi*:

Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo (Grifou-se).

Ressalta-se que, apesar de não se exigir requisitos formais para a prova da relação societária, é necessário que se prove a evidência do negócio comum existente entre os sócios, os quais reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (art. 981 do Código Civil), o que, porém, não se verificou na hipótese.

Com efeito, no caso em apreço a perícia judicial realizada informou que “segundo o contrato social (fls. 19 a 23) **o réu iniciou em 26/07/2012. Anterior a esta data inexistem registros quer como empregado ou sócio**” (p. 950, grifou-se).

Ainda, em complementação ao laudo, esclareceu o *expert* que, *in verbis*:

Encontra-se às fls. 713-714, cópia de procuração lavrada no 3º Tabelionato de Notas de Itajai, outorgada pela firma individual Antonio Carlos da Silva – O Comerciante ME, com poderes de representação da empresa, pelo prazo de um ano, contado de sua lavratura havida em 22.11.2011; porém, não encontramos qualquer documento ou ato relativo que possa comprovar a participação do réu na sociedade, exceto quanto ao

contrato social devidamente arquivado em 21/08/2012, com o percentual de 50% para cada um dos sócios” (p. 1.075).

Como se vê, não resultou demonstrado o ajuste contratual – na data indicada pelo apelante – para o exercício profissional e organizado de uma atividade comercial.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz doutrina:

Embora essa sociedade seja um contrato consensual, que pode ser feito oralmente ou por escrito, a forma escrita é de grande importância, pois a personalidade jurídica surtirá com o registro desse contrato. **Além disso, nas questões entre os sócios, e entre eles com terceiros, tal sociedade só se provará por escrito (público ou particular), de modo que um sócio não poderá demandar contra outro sem exibir documento de constituição da sociedade** (RF, 141:299 E 112:450; RT, 673:72, 190:303, 152:714 E 160:154; AJ, 74:289). Mas os estranhos, ou terceiros, que tiverem alguma relação com a sociedade, poderão provar sua existência de qualquer modo, inclusive por meio de testemunhas, indicativos, fiscais, indício de prova escrita etc (Código Civil anotado – 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 681, grifou-se).

Ao arremate, Arnaldo Wald ensina que “para fins de relações jurídicas entre os sócios, a prova somente poderá ser feita por escrito, através do contrato social não registrado ou mesmo de outros documentos escritos e correspondências, nos quais se constate a manifestação de vontade dos sócios na constituição do vínculo societário. É rejeitada, para tal efeito, a mera prova testemunhal ou qualquer outra prova não escrita, o mesmo acontecendo para os casos de litígio envolvendo uma pretensão destes sócios contra terceiros” (Comentários ao Código Civil. Volume XIV. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92).

Deste entendimento esta Corte de Justiça não destoa:

AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, COM PEDIDOS DE APURAÇÃO E COBRANÇA DE HAVERES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, SOB O FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS DO DIREITO DO DEMANDANTE. APELAÇÃO DO REQUERENTE. PRETENDIDA REFORMA DO DECISUM. ACOLHIMENTO INVIÁVEL. AUSÊNCIA DE PROVA DA CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE. ÔNUS DO AUTOR. PROVA, ALIÁS, QUE DEVERIA SE DAR DE MANEIRA ESCRITA. DICÇÃO DO ART. 987 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. NÃO COMPROVAÇÃO, OUTROSSIM, DA REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESÁRIA POR PARTE DO DEMANDANTE. PROVA DA INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL PELOS SÓCIOS QUE TAMBÉM SE FAZ NECESSÁRIA AO RECONHECIMENTO DA SOCIEDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, NESTE CENÁRIO, QUE DEVE SER MANTIDA. RECLAMO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Apelação Cível n. 0000395-52.2011.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. Tulio Pinheiro, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 30-8-2018).

PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DO AUTOR.

CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SUPOSTA RELAÇÃO SOCIETÁRIA. NECESSIDADE DE CONTRATO ESCRITO. INEXISTÊNCIA CONFESSA. PROVA TESTEMUNHAL QUE NÃO SERVE PARA COMPROVAR SUA EXISTÊNCIA. ART. 987 DO CC. 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. **Ademais, uma relação societária, entre sócios, comprova-se através de contrato escrito, necessariamente. Prova testemunhal não tem o finco de demonstrar tal existência, sendo desnecessária à resolução da lide [...]** (Apelação Cível n. 0000062-88.2011.8.24.0235, de Herval d'Oeste, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 25-5-2017, grifou-se).

Por tais razões, rejeita-se o pedido formulado pelo apelante de reconhecimento da sociedade de fato entre as partes desde julho/2011 (p. 1.350).

Danos morais

Relativamente ao dano moral, sustenta o apelante/reconvinte que sofreu abalo moral passível de compensação pecuniária.

Razão lhe assiste. Isso porque é fato incontroverso que o apelado impediu o acesso do apelante/reconvinte no estabelecimento – do qual ambos eram sócios – sem qualquer ordem judicial, de modo que configurada a conduta ilícita e excessiva do ora recorrido.

No caso, na demanda cautelar foi concedida liminar para determinar o afastamento provisório do sócio Mário, ora apelante/reconvinte, da administração da sociedade, condicionada à prestação de caução, no montante de R\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil reais), em **28-6-2013**. Ocorre que o caução só foi prestado em **3-12-2013**. Não obstante, quando do ajuizamento da demanda, protocolizada em **26-7-2013**, o autor, ora apelado, encaminhou notificação extrajudicial ao banco Bradesco, “a fim de dar conhecimento a instituição de que o requerido encontra-se afastado de suas funções” (p. 31).

Ainda, exsurge da contestação (fato incontroverso nos autos) a informação de que “na data de **19/03/2013**, ao retornar ao restaurante, o controle do portão de acesso ao estacionamento privativo havia sido trocado para evitar a entrada do Réu nas instalações da empresa. Ainda no mesmo momento houve uma afronta do Sr. Diego (Caixa e filho do Autor), que agrediu o Réu verbalmente questionando a sua estada na empresa, uma vez que havia sido comunicado que não fazia mais parte na empresa e foi proibido o acesso dos Réu às instalações. Essa situação constrangedora deu-se no ambiente do restaurante mediante a presença de alguns funcionários. No mesmo momento o Réu tomou conhecimento de que o Autor havia trocado a senha do cartão de crédito corporativo e de acesso ao internet banking, cancelado os acessos as contas dos bancos da empresa, de forma unilateral e totalmente arbitrária. Destaque-se que o Réu após ser afastado arbitrariamente pelo Autor, sem qualquer medida judicial, não vem recebendo seu pró-labore” (p. 696-697).

Assim, resulta comprovada a ilicitude por parte do apelado, o nexu causal e o dano em razão do afastamento indevido do apelante da sociedade empresária.

Em caso semelhante, colaciona-se julgado desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. SENTENÇA PROCEDENTE. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. RESTITUIÇÃO DE VALORES. ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE O REEMBOLSO DOS VALORES. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO. COMPROVAÇÃO AUSENTE. MENÇÃO DE QUE OS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA AUTORA NÃO CONTÉM INDICAÇÃO. PARTE APELADA QUE NÃO APRESENTOU OS LIVROS CONTÁBEIS, INVIABILIZANDO A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL PARA APURAÇÃO DE HAVERES. ANÁLISE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA AUTORA, QUE SÃO CONDIZENTES COM O CASO APRESENTADO E DEVEM SER LEVADOS EM CONSIDERAÇÃO PARA REEMBOLSO PARA VERIFICAÇÃO DO MONTANTE INVESTIDO. **DANOS MORAIS. TROCA DE FECHADURA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL. CONDUTA ILÍCITA VERIFICADA. SÓCIA QUE POSSUI DIREITO DE ENTRAR NO ESTABELECIMENTO E DE CONFERIR OS LIVROS E DOCUMENTOS PERTENCENTES À SOCIEDADE. EXCESSO VERIFICADO. ABALO MORAL EVIDENTE.** QUANTUM INDENIZATÓRIO. MINORAÇÃO E MAJORAÇÃO. VALOR ARBITRADO. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. “O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz com base nas peculiaridades da espécie e razoabilidade, de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro lado, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva.” (Apelação cível n. 2006.024252-7, da Capital. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO DA VERBA. DESNECESSIDADE. VALOR SUFICIENTE A VALORIZAÇÃO DO TRABALHO DESENVOLVIMENTO PELO CAUSÍDICO. HONORÁRIOS RECURSAIS MAJORADOS. Recursos conhecidos e improvidos (Apelação Cível n. 0038633-37.2001.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 28-9-2017, grifou-se).

Dito isso, passa-se a análise do *quantum* compensatório.

Quantum compensatório

A compensação por danos morais merece ser arbitrada de modo a não provocar enriquecimento sem causa à parte que a recebe. Todavia, o valor fixado deve ser suficiente para que o ofensor não venha a reiterar a prática danosa. Por isso, é recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcional ao grau de culpa, observada a situação socioeconômica do autor e, ainda, ao porte econômico financeiro do réu.

O juiz, assim, deve orientar-se pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, e valer-se, inclusive, de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (STJ, REsp. n. 135.202/SP, rel. Min. Sálvio de Figueredo, DJe de 19-5-1998).

A propósito:

O dano moral é o prejuízo de natureza não patrimonial que afeta o estado anímico da vítima, relacionado à honra, à paz interior, à liberdade, à imagem, à intimidade, à vida ou à incolumidade física e psíquica. Assim, para que se encontre um valor significativo a compensar esse estado, deve o magistrado orientar-se por parâmetros ligados à proporcionalidade e à razoabilidade, ou seja, deve analisar as condições financeiras das partes envolvidas, as circunstâncias que geraram o dano e a amplitude do abalo experimentado, a fim de encontrar um valor que não seja exorbitante o suficiente para gerar enriquecimento ilícito, nem irrisório a ponto de dar azo à renitência delitiva (TJSC, Ap. Cív. n. 2012.001833-4, de Timbó, Terceira Câmara Civil, rel. Des. Fernando Carioni, DJe de 12-4-2012).

No caso, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade fixa-se o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de compensação pecuniária por danos morais, acrescido de correção monetária pelo INPC/IBGE a contar do arbitramento (súmula 362 do STJ) e juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso (Súmula 54).

Prequestionamento

No que diz respeito ao prequestionamento, constata-se que o acórdão enfrentou os temas levantados pelo apelante, com indicação específica dos motivos que conduziram às razões de decidir, motivo pelo qual se encontra assegurado o acesso à instância recursal superior.

Ante o exposto, vota-se por conhecer de parte do recurso e dar a ele parcial provimento, nos termos da fundamentação.

Ônus de sucumbência

Por fim, reformada em parte a sentença, deve ser readequada a distribuição do ônus de sucumbência. Improcedentes os pedidos exordiais nos autos da ação de dissolução de sociedade n. 0013554-06.2013.8.24.0033 e na ação cautelar n. 0011257-26.2013.24.0033 e procedente em parte os pedidos formulados na reconvenção, deve o autor/reconvindo/apelado arcar com o pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação para ambos os processos.

Honorários recursais

No que diz respeito aos honorários recursais, estabelecidos no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, 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 n. 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. 9-8-2017).

Na hipótese, porque não preenchidos os requisitos cumulativos, deixa-se de fixar os honorários recursais.

Apelação Cível n. 0603585-56.2014.8.24.0008, Blumenau

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS MONITÓRIOS. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. FOMENTO MERCANTIL (*FACTORING*). TOGADO A *QUO* QUE ALBERGOU A OBJEÇÃO E JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS VAZADOS NA EXORDIAL. INCONFORMISMO DA AUTORA.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 17-9-18. INCIDÊNCIA DO PERGAMINHO FUX. CONTRATO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. ESTADO-JUIZ DE ORIGEM QUE RECONHECEU A NULIDADE DA CLÁUSULA DE RECOMPRA FACE A INEXISTÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE VÍCIO DOS CRÉDITOS CEDIDOS. ALEGAÇÃO DE QUE O JULGADOR NÃO MENSUROU ADEQUADAMENTE AS PROVAS. ACOLHIMENTO. AÇÃO MONITÓRIA LASTREADA EM TÍTULO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL. EXEGESE DA SÚMULA N. 300 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TÍTULOS QUE ORIGINARAM A DÍVIDA SEM LASTRO. DUPLICATAS “FRIAS”. VÍCIO DE EXISTÊNCIA DOS CRÉDITOS CEDIDOS. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA EM REGRESSO. PRECEDENTE DA CORTE DA CIDADANIA E DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO. DOCUMENTAÇÃO JUNTADA NO CADERNO PROCESSUAL QUE NÃO FOI IMPUGNADA. IMPERATIVA REFORMA DA SENTENÇA. EMBARGOS INJUNTIVOS REJEITADOS.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECALIBRAGEM FORÇOSA FACE A MODIFICAÇÃO DO DECISÓRIO. RESPONSABILIDADE IMPOSTA AOS EMBARGANTES. HONORÁRIOS DA ADVOCATURA. BALIZAMENTO CONSOANTE OS CRITÉRIOS OBJETIVOS DO ART. 85, § 2º, DO CPC.

REBELDIA PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0603585-56.2014.8.24.0008, da Comarca de Blumenau 2ª Vara Cível em que é Apelante Valorem Jaraguá Securitizadora de Crédito S/A e são Apelados Vog Comercial Têxtil Ltda. e Vilmar Glasenapp.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao Recurso. 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, 16 de junho de 2020.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Valorem Jaraguá Securitizadora de Crédito S.A. interpôs Apelação Cível (fls. 136-146) contra a sentença prolatada pelo Magistrado oficiante na 2ª Vara Cível da Comarca de Blumenau – doutor Clayton César Wandscheer – que, nos autos dos embargos injuntivos opostos por Vog Comercial Têxtil Ltda. e Vilmar Glasenapp, acolheu a objeção e julgou improcedente o pleito monitório, nos seguintes termos (fls. 103-105, destaques no original):

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, resolvendo o mérito (CPC, art. 487, I), acolho os embargos monitórios e **JULGO IMPROCEDENTE** o pleito monitório.

Em consequência, condeno a parte demandante ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, a teor do disposto no art. 85, § 2º, do CPC.

A Autora opôs Embargos de Declaração (fls. 112-122), os quais foram rejeitados (fl. 131).

Em suas razões recursais, a Insurgente aduz, em síntese, que: a) “os débitos que originaram o contrato de transação e confissão de dívida tiveram origem em operação que, embora securitizada à Apelante, não pôde ser concluída nos moldes de securitização, pois os Apelados não entregaram a mercadoria que daria lastro comercial aos títulos transacionados”; b) “não se configura recompra de operações por mera inadimplência, mas sim de reconhecimento de débito líquido, certo e exigível em razão da existência de vícios, ou seja, não houve a devida entrega da mercadoria para os sacados”; c) “mesmo que a confissão realizada configurasse recompra, vale destacar que é possível o regresso quando comprova a existência de vício na origem dos títulos cujos créditos foram cedidos, já que o faturizado é responsável pela existência do crédito quando da transferência”; d) “o instrumento particular de transação e confissão de dívida executado representa obrigação líquida e certa, conforme exigido pelo art. 784 do CPC”; e e) deve haver a redistribuição dos ônus sucumbenciais.

Nas contrarrazões, os Apelados rebateram as argumentações recursais, no sentido de que (fls. 154-158): a) a Insurgente é uma empresa de fomento mercantil, tendo adquirido dos Apelados os direitos decorrentes de faturamento de outras empresas; b) inexistente direito de regresso em contrato de *factoring*; c) não há obrigação dos Apelados em face da Apelante, pois a operação de *factoring* diz respeito a uma cessão de crédito, derivada de um contrato e não de relações cambiais, onde em vista do deságio cobrado, a Apelante assumiu o risco que é inerente ao negócio; e d) a recompra dos títulos inadimplidos não pode ser imposta aos Apelados.

Os autos ascenderam a este Paço de Justiça, sendo distribuídos para esta relatoria.

Ato contínuo, as Procuradoras dos Apelados peticionaram no feito requerendo a juntada da renúncia do mandato outorgado e sua notificação (fl. 165 e 166-168).

Uma vez intimados pessoalmente para regularizar a representação processual (fls. 170-171), o prazo fluíu *in albis* (fls. 184-185).

Empós, o caderno processual volveu concluso para julgamento.

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 17-9-18, isto é, já na vigência do CPC/15.

1 Do desentranhamento das contrarrazões

Uma vez intimadas (fls. 170-171), os Recorridos deixaram fluir *in albis* o prazo para regularizar a sua representação processual. Como consequência, o art. 76, § 2º, inciso II, se vê determinado o “desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido”.

Logo, à Diretoria Judiciária para que proceda o desentranhamento das contrarrazões de fls. 154-158.

2 Do Recurso

2.1 Da legalidade da cláusula de recompra

Nas suas razões recursais, o Apelante argumenta que o Julgador de origem deixou de valorar corretamente as provas existentes nos autos, especificamente a confissão de dívida exarada pelo Recorrido, na qual assumia a responsabilidade pela inadimplência do devedor inserido no título de crédito (cláusula primeira – recompra – de fl. 19), bem como os documentos que municiaram impugnação aos embargos injuntivos (fls. 76-84 e 87-89).

Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “não se admite a estipulação de garantia em favor da empresa de *factoring* no que se refere, especificamente, ao inadimplemento dos títulos cedidos. A única exceção a essa regra é a hipótese em que a inadimplência é provocada pela própria empresa faturizada” (AgInt no AREsp n. 374.373/SC, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 5-12-17), o que é o caso dos autos.

Este é o posicionamento do qual perfilha este Órgão Colegiado: Apelação Cível n. 0007915-

70.2014.8.24.0033, Rel. Desa. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. 10-3-20; e Apelação Cível n. 0302234-86.2017.8.24.0018, desta relatoria, j. 18-9-18.

Aflora que a demanda monitória foi detonada com base na cláusula de recompra de títulos inserta no contrato de confissão de dívida celebrado entre as Partes, que assim encontra-se redigida (fls. 19-22, grifos no original):

Cláusula 1ª. Em decorrência de operações de securitização de recebíveis realizadas entre as partes acima qualificadas, nas quais a **DEVEDORA** cedeu e transferiu à **CREDORA** créditos futuros e títulos de crédito que lhes pertenciam, não quitados pelos sacados/devedores/emitentes e que neste ato a **DEVEDORA** declara que a não quitação pelo sacado se deu por responsabilidade exclusiva da **DEVEDORA**, a **DEVEDORA** tornou-se devedora da **CREDORA** da importância total de **R\$ 55.676,30 (cinquenta e cinco mil, seiscentos e setenta e seis reais e trinta centavos)**, valor este correspondente aos títulos securitizados, bem como, ao acréscimo de encargos moratórios e despesas administrativas.

As duplicatas que originaram a dívida foram todas positivadas no parágrafo único da cláusula primeira (fl. 19). Ademais, dispõe a cláusula segunda que “O montante indicado na cláusula 1ª, cuja origem também está acima especificada, além de integralmente devido, é também reconhecido pela **DEVEDORA** como líquido, certo e exigível” (fl. 20). Também resta estabelecido que o pagamento da dívida se daria mediante o adimplemento de 40 (quarenta) boletos bancários, atualizados com juros e correção monetária mês a mês, com a última prestação prevista para 24-12-14 (parágrafo segundo da cláusula segunda, fl. 20). A mais disso, a cláusula terceira preconiza que “Em caso de atraso de 30 (trinta) dias no pagamento de qualquer uma das parcelas, a dívida confessada será considerada vencida antecipadamente, sendo totalmente exigível, independentemente de notificação ou aviso de qualquer natureza” (fl. 21). Ao final, a cláusula nona preconiza que “As partes declaram que a presente transação e confissão de dívida são formalizadas para fins de compor a dívida, evitar litígios, mediante concessões mútuas, não estando presentes neste ato e nem nos que a originou qualquer elemento que pudesse torná-la nula ou anulável, afastando-se desde já qualquer alegação de dolo, coação, erro e/ou fraude, sendo passível de homologação judicial caso qualquer das partes a solicite, nos moldes do art. 840 e seguintes do Código Civil” (fl. 22).

A propósito, a Embargada também aparelhou sua pretensão com a nota promissória emitida em 24-12-14, no valor de R\$ 55.676,30 (cinquenta e cinco mil, seiscentos e setenta e seis reais e trinta centavos), lavrada pela Vog Comercial, ora Apelada (fl. 24) e com a notificação extrajudicial na qual dá ciência aos Embargantes do inadimplemento das parcelas do contrato (fl. 25) acompanhada de ofício com aviso de recebimento (fls. 26-29), a fim de que, no prazo de cinco dias, os Devedores realizassem o pagamento da dívida.

Por conta disso, transcorrido *in albis* o prazo conferido aos Embargantes para quitação do débito, foi deflagrada a demanda monitória em 31-7-14 (fl. 4).

Nos Embargos Injuntivos, os Devedores argumentaram que a cláusula primeira é nula, “porque

desvirtua a operação de cessão de direitos creditórios (fomento mercantil), transformando-o em mera operação de desconto, privativa de instituição financeira” (fl. 56).

De acordo com o art. 783 do atual Diploma Adjetivo Civil, a validade da execução está condicionada à existência de um título executivo líquido, certo e exigível. Na ausência de qualquer um dos referidos requisitos a demanda deve ser declarada nula, nos termos do art. 803, inciso I, do Código Fux.

O verbete sumular n. 300 da Corte da Cidadania dispõe que “o instrumento de confissão de dívida ainda que originário do contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial”, ou seja, cuida-se de documento hábil para embasar a demanda expropriatória.

Ademais, brota incontroverso no feito que a quantia perseguida no feito monitório se refere aos valores decorrentes de títulos sem lastro, lavrados de forma irregular pelas Embargantes, circunstância que caracteriza vício de existência dos créditos cedidos e, via de consequência, abre a possibilidade de cobrança em regresso.

Deveras, o teor da cláusula primeira não foi rechaçado a contento pelos Embargantes, que se limitaram a suscitar a nulidade da cláusula de recompra. A referida cláusula estabelece que os Devedores expressamente assumiram que “a não quitação pelo sacado se deu por responsabilidade exclusiva da DEVEDORA” (fl. 19), ou seja, os Embargantes voluntariamente declararam que eventual inadimplência das duplicatas pelos sacados seria de sua inteira responsabilidade. Tais circunstâncias, por restarem incontroversas no feito, comprovam a emissão, por parte dos Embargantes, de duplicatas “frias”.

É certo que o risco de os títulos cedidos pelos Embargantes não serem pagos no vencimento é inerente à esta modalidade contratual (fomento mercantil), que resulta de uma relação de confiança mútua entre os envolvidos, e recai sobre a Faturizadora.

Entretanto, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tratando-se de vício no crédito cedido e não mero inadimplemento, subsiste o direito de cobrança em desfavor dos Embargantes, legitimando a propositura da ação expropriatória com espeque na confissão de dívida celebrada entre as Partes.

Ademais, analisando minuciosamente os documentos que guarnecem a resposta aos Embargos Monitórios, fica ainda mais evidente a existência de vício nos créditos cedidos, consoante extrai-se da troca de e-mails de fls. 76-84:

a) E-mail entre os prepostos da Faturizadora

De: Gerson [mailto:gerson@valorem.com.br]

Enviada em: quinta-feira, 20 de março de 2014 13:56

Para: andreia@valorem.com.br

Assunto: Reunião VOG 20/03/2014

Boa tarde Andréia,

Informo que me reuni hoje na empresa VOG com Vanessa (financeira), Sr. Vilmar (Sócio Adm) e o Sr. Célio (Consultor financeiro). Em conversa fui informado que a empresa VOG teve várias devoluções de mercadoria devido a atrasos na confecção, algumas nem chegaram a sair da empresa.

Empresa reconhece todos os problemas e segundo eles a VOG está disposta a recomprar todos os títulos que apresenta problemas, dessa forma a empresa propôs operações semanais de valores entre R\$ 20 mil a R\$ 25 mil, onde seriam disponibilizado 50% do valor para recompra dos vencidos.

Andréia, conforme sua sugestão de incluir uma confissão de todos os títulos com possível problemas mais essas recompras acho ser uma negociação boa para a Valorem, pois temos cancelamento de notas.

Dessa forma estaríamos recomprando tudo em mais ou menos 60 dias.

Peço que seja feito um levantamento de toda a carteira para sabermos se há mais títulos com problemas para incluirmos nessa confissão.

(fl. 82)

b) E-mail enviado de um sacador à Faturizada

De: Financeiro – Charlotte [mailto:financeiro@charlott.com.br]

Enviada em: quarta-feira, 19 de março de 2014 11:11

Para: Charlotte – Sr. Waldir; Vog Têxtil – Vilmar; administração@vogtextil.com.br

Cc: Vog Têxtil – Vanessa

Assunto: Comprovantes de pagamento Vog Têxtil

Prioridade: Alta

Bom dia

Desde janeiro venho pedindo os comprovantes de pagamento dos títulos vencidos que estão negociados com securitizadoras, lembrando que efetuamos a devolução das mercadorias e portanto a responsabilidade dos pagamentos é da Vog.

Todos os atrasos, bem como os pagamentos em cartório ficam registrados no histórico da nossa empresa, prejudicando a credibilidade junto aos bancos nas renovações de contratos, inclusive reduzindo nossos limites de crédito.

Tendo em mira as informações suso, portanto, as quais, enfatiza-se, não foram impugnadas pelos Embargantes (fls . 101), observa-se que dos variados títulos que integram a confissão de dívida diversos são duplicatas “frias”, já que não houve a demonstração da prestação de serviço ou de entrega de mercadorias, pelo contrário, há evidências de que determinadas notas fiscais foram canceladas e diversas mercadorias devolvidas.

As provas produzidas indicam, de fato, ser incontroverso que a parcela do instrumento particular celebrado as Contendores, objeto da presente demanda monitória, refere-se a contrato de fomento mercantil, porém advinda de títulos sem causa, permitindo a cobrança em regresso pela Autora.

Sendo assim, a sentença recorrida deve ser reformada, a fim de rejeitar os Embargos Monitórios opostos pelos Devedores, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

1.2 Dos ônus sucumbenciais

Face a reforma da sentença para rejeitar os embargos injuntivos, imperativa a recalibragem dos ônus sucumbenciais.

Assim, condena-se os Embargantes ao pagamento integral das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, estes que são fixados em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da causa, com fulcro no art. 85, § 2º, do CPC, alcançando o trabalho realizado durante todo o feito.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se chancela ao Recurso para reformar a decisão guerreada, a fim de rejeitar os Embargos Injuntivos opostos pelos Devedores, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, bem albergar os pleitos vazados na exordial para:

a) albergar os pleitos vazados na exordial; e

b) recalibrar os ônus sucumbenciais, nos termos 85, § 2º, do CPC, consoante os balizamentos suso vazados.

Determina-se à Diretoria Judiciária para que promova o desentranhamento das contrarrazões de fls. 154-158.

Apelação Cível n. 0310850-84.2016.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Des. José Antônio Torres Marques

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS MONITÓRIOS REJEITADOS. INSURGÊNCIA DO DEVEDOR.

NULIDADE DOS TRÊS CHEQUES MANEJADOS. ALEGAÇÃO DE QUE AS CÁRTULAS NÃO FORAM APRESENTADAS EM JUÍZO, EM SUAS VIAS ORIGINAIS, CUJA SOLUÇÃO SERIA A EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ELETRÔNICO. CÓPIA DIGITALIZADA DE PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. PROVIDÊNCIA DO ART. 425, § 2º, DO CPC, ADEMAIS, NÃO DETERMINADA. EXEGESE DO § 3º DO ART. 11 DA LEI 11.419/2006. PRECEDENTE DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO. TESE AFASTADA.

IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA. SUSCITADA A NÃO APRESENTAÇÃO DE DUAS CÁRTULAS À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SACADA. IRRELEVÂNCIA. DIREITO DO CREDOR QUE PERSISTE ATÉ A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÃO REJEITADA.

JUROS DE MORA. SENTENÇA QUE OS FIXOU A PARTIR DO VENCIMENTO DE CADA OBRIGAÇÃO. ILEGALIDADE. TÍTULO QUE, APRESENTADO, DEVERIA CONTAR COM A INCIDÊNCIA DO ENCARGO A PARTIR DA PRIMEIRA APRESENTAÇÃO. MATÉRIA PACIFICADA PELO STJ. CASO CONCRETO DISTINTO. CÁRTULAS REMANESCENTES (2 CHEQUES) QUE NÃO FORAM LEVADAS AO CONHECIMENTO DO BANCO SACADO E, POR ISSO, SOFRERÃO A INCIDÊNCIA DO GRAVAME A PARTIR DA CITAÇÃO VÁLIDA. PRETENSÃO DO DEVEDOR ACOLHIDA NO PONTO.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0310850-84.2016.8.24.0018, da comarca de Chapecó (4ª Vara Cível), em que é Apelante Jorge Zanotto e Apelado Basalto São Cristovão Ltda.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, dar parcial 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 fevereiro de 2020.

Des. José Antônio Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Jorge Zanotto interpôs recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação monitória ajuizada por Basalto São Cristóvão Ltda., cuja parte dispositiva foi assim lavrada:

Assim sendo, constituo de pleno direito o título executivo judicial (§ 8º do artigo 702 do CPC), condenando o embargante/requerido a pagar à embargada/requerente a importância de R\$ 39.000,00 (trinta e nove mil reais), a qual deverá ser corrigida monetariamente pelo índice INPC/IBGE e acrescida de juros de mora na base de 1% ao mês, sendo: R\$ 13.000,00 a partir de 20.11.2014 (data do vencimento convencionado pelas partes na cártula n. 900383- fl. 18); R\$ 13.000,00 a partir de 20.12.2014 (data do vencimento convencionado pelas partes na cártula n. 900384- fl. 18) e R\$ 13.000,00 a partir de 20.1.2015 (data do vencimento convencionado pelas partes na cártula n. 900385- fl. 18).

O procedimento de execução (cumprimento de sentença) deverá observar as determinações constantes do Título II do Livro I da Parte Especial do CPC.

A multa prevista no artigo 523 do CPC, para ter incidência, dependerá de prévia intimação do vencido, nos termos do inciso I do artigo 513 do CPC (por procurador devidamente constituído).

Decorrido o prazo para o pagamento voluntário, caso tenha o credor interesse no prosseguimento, deverá apresentar planilha de débito atualizada, requerendo o que de direito, devendo para tanto, observar os requisitos dos incisos do artigo 524 do CPC.

Considero que houve sucumbência mínima da autora/embargada, razão pela qual condeno o requerido, no pagamento das custas processuais e no pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, os quais arbitro em 10% sobre o valor atualizado da condenação, com fundamento no § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil (fls. 66/67).

Alegou o apelante, em síntese, que: a) embora o processo seja digital, é necessário que o credor apresente em cartório os três cheques indicados na exordial, porquanto “mera fotocópia [autenticada] não possui força de título ou capacidade de prova inequívoca de que o apelado é titular e principalmente que permanece na posse das cártulas”; e b) dois títulos (n. 900383 e n. 900385) nem sequer foram apresentados à instituição sacada, fato que afasta qualquer mora no pagamento e, por isso, “não pode haver condenação para pagá-los com a incidência de juros e correção monetária da forma que foi, pois sequer houve prova do inadimplemento e constituição de mora”.

Requeru, diante disso, a reforma da sentença para “desconstituir os títulos prescritos que foram declarados executivos, pela não apresentação das vias originais, declarando-se a extinção do feito” ou, subsidiariamente “seja reconhecida a impossibilidade jurídica quanto os pedidos referentes aos cheques que não foram apresentados ao banco, eis que as fotocópias sem a informação da negativa de pagamento não são capazes de fazer prova escrita da evidência do direito do apelado”, e ainda, ao fim, pugnou “pela correção do dispositivo para que seja determinada a incidência de juros moratórios a partir da citação válida” (fls. 71/81).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 85/93), vieram os autos conclusos.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Jorge Zanotto em face da sentença que rejeitou seus embargos monitórios opostos contra Basalto São Cristóvão Ltda.

O credor apelado manejou ação monitória fundamentada no inadimplemento de três cheques (n. 900383, n. 900384 e n. 900385), todos emitidos pelo apelante em 13/9/2014 (sem considerar a pós-datação), e apenas um deles (n. 900384) foi nominal a BSC (iniciais de Basalto São Cristóvão) (fl. 18).

Além disso, do verso dos títulos é possível notar que apenas a cópia nominal foi devolvida pelo sacado em decorrência da insuficiência de fundos (motivos 11 e 12) (fl. 19).

In casu, ao contrário do que sustentou o apelante, a legislação de regência não impõe ao credor a obrigatoriedade de depositar em juízo o título objeto do procedimento monitório.

Com efeito, o § 2º do art. 425 do CPC confere ao julgador a possibilidade e não o dever de ordenar o depósito do título em cartório. Por isso, se nada foi determinado no curso do processo, não pode agora, este Colegiado, reconhecer a inexistência de ato que nem sequer lhe foi imposto, tampouco converter o julgamento em diligência de feito que está apto à prestação jurisdicional.

A própria lei que dispõe sobre a informatização do processo judicial, ao disciplinar acerca dos documentos produzidos em processo eletrônico, assevera que “os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória” (art. 11, § 3º).

Por isso, a falta de juntada dos títulos em cartório não constitui óbice à continuidade ou procedência da pretensão monitória.

Sobre o assunto, este Órgão Fracionário já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. CPC/2015. EMBARGOS MONITÓRIOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA EMBARGANTE. [...] DEPÓSITO DE CHEQUES ORIGINAIS. DESNECESSIDADE. AUTOS DIGITAIS. CÓPIA DIGITALIZADA SUFICIENTE A COMPROVAR A POSSE DO TÍTULO. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0311923-13.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Desa. Janice Goulart Garcia Ubiali, j. 28/5/2019).

Todavia, não se desconhece que a Corregedoria-Geral da Justiça desta Corte, ao editar a circular n. 97/2018, estabeleceu a seguinte premissa:

7. Neste sentido, é forçoso reconhecer que a apresentação do título executivo extrajudicial para depósito em cartório ou secretária pode ser dispensada, a critério do Magistrado, observados os critérios de conveniência e oportunidade.

8. Não obstante, considerando a circularidade, característica dos títulos de crédito extrajudicial, por cautela, recomenda-se a exigência de apresentação do documento tão somente para vinculação ao processo judicial eletrônico, mediante a utilização do carimbo padronizado - modelo 45 - disponibilizado pela Diretoria de Infraestrutura deste Tribunal de Justiça, com posterior devolução ao seu possuidor.

Diante disso, eventual rejeição dos embargos e, conseqüentemente, constituição dos títulos em executivo redundará na instauração do cumprimento de sentença, porém este ficará (por cautela e prudência) condicionada à apresentação das cópias para aposição do carimbo padronizado modelo 45, tão somente para vincular as cópias ao processo judicial eletrônico.

Ainda, embora sustentada a tese de que dois títulos não foram apresentados à instituição financeira sacada e, por isso, inexistente a ocorrência de mora, tal realidade não retira do credor o direito à obtenção dos valores inadimplidos.

Além de a citação válida constituir em mora o devedor (art. 240 do CPC), o cheque constitui uma ordem incondicional de pagamento à vista (sem desconsiderar os efeitos civis da pós-datação), e o próprio Supremo Tribunal Federal já sumulou o entendimento de que “cabe ação executiva contra o emitente e seus avalistas, ainda que não apresentado o cheque ao sacado no prazo legal, desde que não prescrita a ação cambiária” (Súmula n. 600).

Embora não se trate de execução de título extrajudicial, porque prescrita a pretensão nesse sentido, é a ação monitória o instrumento processual destinado ao credor que, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, alega ter direito ao pagamento de quantia em dinheiro.

Logo, a não apresentação de dois títulos à instituição financeira sacada em nada contemporiza prejuízo ao credor quanto à cobrança do crédito estampado nas cópias, desde que respeitado o prazo quinquenal destinado ao procedimento específico e sempre concedida a palavra ao devedor para que oponha fato modificativo, impeditivo ou extintivo da obrigação.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS MONITÓRIOS E PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO INICIAL. APELO DA EMBARGANTE/RÉ. [...] INTERESSE DE AGIR. IRRELEVÂNCIA DA NÃO APRESENTAÇÃO DO CHEQUE AO SACADO PARA COMPENSAÇÃO. CHEQUE PRESCRITO QUE CONSTITUI PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO APTA A EMBASAR AÇÃO MONITÓRIA. PRELIMINAR AFASTADA. (Apelação Cível n. 0301966-31.2016.8.24.0062, de São João Batista, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 30/5/2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA FUNDADA EM CHEQUE PRESCRITO. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES OS EMBARGOS MONITÓRIOS. APELO DO EMBARGANTE. 1 - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, EM RAZÃO DA NÃO APRESENTAÇÃO DO CHEQUE PARA COMPENSAÇÃO NO BANCO SACADO. DEVEDOR QUE NÃO TERIA SIDO CONSTITUÍDO EM MORA. NÃO ACOLHIMENTO. O CHEQUE PRESCRITO, AINDA QUE NÃO TENHA SIDO APRESENTADO AO SACADO, CONSTITUI-SE EM PROVA ESCRITA SEM EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO QUE PODE SERVIR DE SUBSTRATO À AÇÃO MONITÓRIA. [...] PRELIMINAR REJEITADA. “A não apresentação do cheque ao sacado para compensação, embora possa obstar à caracterização da cópia como título executivo, não impede seja ela utilizada como “prova escrita” apta a instruir ação monitória.” (Apelação Cível n. 2009.059432-2, de Blumenau, rel. Des. Jorge Luiz de

Borba, j. 2-8-2010). [...]. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2012.082455-5, de Fraiburgo, rel. Des. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 10/5/2016).

Além disso, o credor em posse da cártula tem consigo a presunção de inadimplemento da quantia estampada no cheque. A prova do pagamento – ou de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo – incumbe ao devedor acionado, o que não há no caso concreto.

Sobre o assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS MONITÓRIOS. DEMANDA LASTREADA EM INADIMPLEMENTO DE CHEQUE. REJEIÇÃO DAQUELES NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA PARTE EMBARGANTE.

MÉRITO. QUITAÇÃO DA DÍVIDA. AUSÊNCIA DE PROVAS. CREDOR POSSUIDOR DO TÍTULO. PRESUNÇÃO DE INADIMPLEMENTO DA DÍVIDA NÃO DERRUÍDA. TRANSFERÊNCIA E DEPÓSITOS BANCÁRIOS SEM LASTRO. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETE AO DEVEDOR. EXEGESE DO ARTIGO 333, INCISO II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA.

“O pagamento, ainda que parcial, é demonstrado com a quitação, nos termos da lei civil e deve conter todas as especificações da dívida quitada.

Na ação monitória, o ônus da prova do pagamento recai sobre o embargante, a quem incumbe, com exclusividade, produzir prova do fato extintivo do direito invocado pelo autor”. (TJSC, Apelação Cível n. 2008.042750-9, de Blumenau. Relatora: Desa. Soraya Nunes Lins. Julgada em 28/04/2011).

Ademais, se o cheque está de posse do credor presume-se que não foi pago ou, se o foi, este adimplemento realizou-se de modo inapropriado, traduzindo sua conduta no assente segundo o qual ‘quem paga mal paga duas vezes’.

RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível n. 2013.074457-3, de Joinville, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 22/5/2014).

Diante disso, porque não comprovada a quitação das cártulas apresentadas no procedimento instaurado na exordial, tampouco a ocorrência de qualquer fato tendente à derruir a presunção de inadimplemento, a rejeição dos embargos monitórios é medida impositiva.

Porque compreendida no montante principal a incidência de juros de mora e correção monetária (arts. 322, § 1º e 491, do CPC), a matéria encontra-se pacificada na jurisprudência do STJ, cuja tese foi firmada no sentido de que “Em qualquer ação utilizada pelo portador para cobrança de cheque, a correção monetária incide a partir da data de emissão estampada na cártula, e os juros de mora a contar da primeira apresentação à instituição financeira sacada ou câmara de compensação” (REsp n. 1.556.834/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 22/6/2016).

A propósito, a regra acima destina-se à cártula apresentada ao sacado e, por isso, adstrito ao pedido recursal (análise a respeito do termo inicial dos juros de mora) e à realidade dos autos, razão assiste ao apelante apenas quanto à incidência dos juros de mora, a partir da citação, em relação aos

dois cheques não levados ao conhecimento da instituição financeira (única distinção possível de ser feita à tese firmada no recurso representativo de controvérsia repetitiva).

Em arremate, uma vez que o reclamo foi provido apenas para modificar o termo inicial de incidência dos juros de mora em relação aos dois cheques não apresentados ao sacado, fica mantida a sucumbência mínima do apelado, a condenação do apelante ao adimplemento dos honorários advocatícios, fixados na origem em 10% sobre o valor atualizado da condenação, impossibilitada a majoração do estipêndio em grau recursal, porquanto imprescindível que houvesse o não conhecimento ou o desprovimento do reclamo, consoante entendimento do STJ.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4034340-92.2019.8.24.0000, de Rio do Sul

Relator: Desembargador Roberto Lucas Pacheco

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE CONSULTA DE BENS DOS EXECUTADOS VIA DOI (DECLARAÇÃO SOBRE OPERAÇÕES IMOBILIÁRIAS) E DITR (DECLARAÇÃO DE IMPOSTO TERRITORIAL RURAL). INSURGÊNCIA DO EXEQUENTE.

POSSIBILIDADE DE BUSCAS EM SISTEMAS AUXILIARES DO PODER JUDICIÁRIO COM O OBJETIVO DE LOCALIZAÇÃO DE BENS. INFORMAÇÕES QUE PODEM SER OBTIDAS POR MEIO DO SISTEMA INFOJUD. DESNECESSÁRIO ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS EXTRAJUDICIAIS. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL. PRECEDENTES. DECISÃO REFORMADA.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4034340-92.2019.8.24.0000, da comarca de Rio do Sul (Vara Regional de Direito Bancário) em que é Agravante Banco do Brasil S/A e são Agravados Margarete Catafesta e outro.

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. Custa legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 7 de maio de 2020.

[assinado digitalmente]

Desembargador Roberto Lucas Pacheco

Relator

RELATÓRIO

Banco do Brasil S/A interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Regional de Direito Bancário da comarca de Rio do Sul que, nos autos da ação execução de título extrajudicial n. 0000335-63.2000.8.24.0070, proposta em face de César Augusto Spricigo e Margarete Catafesta, indeferiu o pedido de fl. 743, no que tange à Declaração sobre Operações Imobiliárias - DOI e Declaração de Imposto Territorial Rural – DITR (fl. 17).

Nas razões do recurso, argumentou o agravante, em suma, que não mais se exige a comprovação do esgotamento das vias extrajudiciais para a utilização dos sistemas, não havendo, pois, a obrigatoriedade de exaurimento de diligências por parte do exequente para a localização de bens dos devedores, o que é aplicável consequentemente ao sistema Infojud.

Requeru, assim, a atribuição do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

O efeito suspensivo foi indeferido (págs. 767 a 769).

Frustradas as tentativas de intimação dos agravados (págs. 787 e 791), os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco do Brasil S/A contra a decisão que indeferiu o pedido de consulta de bens dos executados via DOI (Declaração sobre Operações Imobiliárias) e DITR (Declaração de Imposto Territorial Rural).

O juízo *a quo* indeferiu o pedido formulado pelo embargante, nos seguintes termos:

Indefiro o pedido de pág. 743, no que tange à Declaração sobre Operações Imobiliárias - DOI e Declaração de Imposto Territorial Rural - DITR, uma vez que o juízo vem deferindo sistematicamente pedidos de Bacenjud, Renajud e Infojud para localização de bens. Demais informações existentes em órgãos públicos podem ser perfeitamente obtidas pelas próprias partes interessadas na satisfação de seu crédito (pág. 17).

No entanto, segundo o posicionamento que vem sendo adotado, não se deve negar a consulta aos sistemas disponíveis ao Poder Judiciário, pois a medida, ao simplificar e agilizar a busca de bens passíveis de penhora, privilegia a celeridade do processo e a efetividade da tutela jurisdicional.

Especificamente sobre o sistema DOI, o artigo 8º da Lei n. 10.426/2002 estabelece:

Art. 8º Os serventuários da Justiça deverão informar as operações imobiliárias anotadas, averbadas, lavradas, matriculadas ou registradas nos Cartórios de Notas ou de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos sob sua responsabilidade, mediante a apresentação de Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI), em meio magnético, nos termos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal.

§ 1º A cada operação imobiliária corresponderá uma DOI, que deverá ser apresentada até o último dia útil do mês subsequente ao da anotação, averbação, lavratura, matrícula ou registro da respectiva operação, sujeitando-se o responsável, no caso de falta de apresentação, ou apresentação da declaração após o prazo fixado, à multa de 0,1% ao mês-calendário ou fração, sobre o valor da operação, limitada a um por cento,

observado o disposto no inciso III do § 2º.

§ 2º A multa de que trata o § 1º:

I - terá como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo originalmente fixado para a entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, da lavratura do auto de infração;

II - será reduzida:

a) à metade, caso a declaração seja apresentada antes de qualquer procedimento de ofício;

b) a setenta e cinco por cento, caso a declaração seja apresentada no prazo fixado em intimação;

III - será de, no mínimo, R\$ 20,00 (vinte reais).

§ 3º O responsável que apresentar DOI com incorreções ou omissões será intimado a apresentar declaração retificadora, no prazo estabelecido pela Secretaria da Receita Federal, e sujeitar-se-á à multa de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por informação inexata, incompleta ou omitida, que será reduzida em cinquenta por cento, caso a retificadora seja apresentada no prazo fixado.

Insta gizar que o Infojud possibilita aos magistrados, por meio de certificação digital, ter acesso aos dados da Receita Federal, não apenas à DOI, mas também à DITR, conforme informações extraídas do site da Corregedoria-Geral de Justiça (<https://www.tjsc.jus.br/web/corregedoria-geral-da-justica/infojud-dados-receita-federal>).

Desse modo, considerando-se que as informações constantes na DOI e na DITR podem ser acessadas via Infojud, sistema bastante utilizado pelo Poder Judiciário para facilitar e agilizar as pesquisas de bens passíveis de constrição, a pretensão do agravante deve ser acolhida.

Esse é o entendimento desta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE CONSULTA À BASE DE DADOS DA PLATAFORMA DE DECLARAÇÃO SOBRE OPERAÇÕES IMOBILIÁRIAS (DOI) (ARTIGO 8º DA LEI N. 10.426/2002). POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PESQUISAS A FIM DE LOCALIZAR PATRIMÔNIO PENHORÁVEL DOS DEVEDORES. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO, DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E DA CELERIDADE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO EXAURIMENTO DAS DILIGÊNCIAS EXTRAJUDICIAIS. INTERLOCUTÓRIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4023666-55.2019.8.24.0000, de Rio do Sul, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 20-02-2020).

E mais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PEDIDO DE UTILIZAÇÃO DOS SISTEMAS RENAJUD E INFOJUD PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS DOS

EXECUTADOS. PROVIDÊNCIA QUE INDEPENDE DO PRÉVIO EXAURIMENTO DAS VIAS ADMINISTRATIVAS. MEIO COLOCADO À DISPOSIÇÃO DOS LITIGANTES PARA SIMPLIFICAR E AGILIZAR O ANDAMENTO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA CÂMARA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4032943-95.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 06-02-2020).

Diante do exposto, deve ser deferida a pesquisa aos sistemas DOI e DITR, a fim de que seja viabilizada a obtenção das informações pretendidas, razão pela qual voto pelo provimento do recurso.

É como voto.

Apelação Cível n. 0302429-0.2018.8.24.0075, de Tubarão

Relator: Desembargador Cláudio Barreto Dutra

APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. TABELA PRICE. INVIABILIDADE DE VERIFICAR A PACTUAÇÃO NOS TERMOS GERAIS DOS CONTRATOS, QUE NÃO FORAM ACOSTADOS. INCIDÊNCIA OBSTADA. SEGURO PRESTAMISTA. COBRANÇA VEDADA. PACTO QUE, ALÉM DE TER SIDO FIRMADO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA RESOLUÇÃO N. 3.518/2007 DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (30-4-2008), NÃO GARANTIU A LIBERDADE DE ESCOLHA DA SEGURADORA AO CONTRATANTE. EXEGESE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.639.320/SP. CORREÇÃO MONETÁRIA. PLEITO DE UTILIZAÇÃO DO INPC DEFERIDO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. DEVER DE RESSARCIMENTO NA FORMA SIMPLES. ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDISTRIBUÍDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302429-60.2018.8.24.0075, da comarca de Tubarão 3ª Vara Cível em que é Apelante Neudi Bergmann e Apelado BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento.

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 23 de janeiro de 2020, os Excelentíssimos Desembargadores Monteiro Rocha e Jânio Machado.

Florianópolis, 24 de janeiro de 2020.

Desembargador Cláudio Barreto Dutra
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

NEUDI BERGMANN ajuizou ação revisional contra BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO com o objetivo de revisar as cláusulas da cédula de crédito bancário n. 900433762, para: a) aplicar o Código de Defesa do Consumidor e inverter o ônus da prova; b) limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado divulgada pelo Bacen; c) proibir o uso da tabela Price; d) aplicar o INPC como indexador para a correção monetária; e) afastar as cobranças à título de seguro proteção financeira; e, f) repetir o indébito em dobro. Ao final, pugnou pela gratuidade judiciária e pela condenação do Banco ao pagamento do ônus da sucumbência.

Às fls. 38-39, o magistrado intimou a autora a comprovar sua hipossuficiência. A autora peticionou, juntando documentos (fls. 42-44), entretanto, o pedido de justiça gratuita foi negado (fls. 54-55).

Da decisão, a autora interpôs agravo de instrumento, que foi desprovido por unanimidade por esta Câmara (fls. 73-109).

Citado, o demandado apresentou contestação em que alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva com relação ao seguro, e, no mérito, pugnou pela manutenção do pacto, eis que livre de abusividades (fls. 134-151).

Houve réplica (fls. 359-367).

Sobreveio sentença nos seguintes termos:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido de NEUDI BERGMANN na presente AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO contra BV FINANCEIRA S/A, para o fim de LIMITAR os juros remuneratórios à taxa média de mercado, qual seja, 1,95% ao mês e 26,18% ao ano CONDENO o Requerido a repetir eventuais valores cobrados a maior, sem a incidência da duplicação, acrescidos de correção monetária desde o efetivo desembolso e juros de mora, a partir da citação válida. CONDENO as partes ao pagamento proporcional das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% do valor atualizado da causa, arcando o Autor com 75% e o Requerido com 25% dos referidos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 85, § 2º e 86, caput, ambos do Digesto Processual Civil. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Com o trânsito em julgado, archive-se (fls. 368-375).

Apelou a autora pugnando pelo afastamento da tabela price, do seguro prestamista, aplicação do INPC como índice de correção monetária, repetição do indébito em dobro e a redistribuição da sucumbência (fls. 379-389).

Com as contrarrazões (fls. 394-407), ascenderam os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação revisional.

Tabela Price

Alega a autora a abusividade da incidência da tabela price.

Diante da ausência das condições gerais do empréstimo realizado, resta inviabilizada a verificação da adoção da tabela price como sistema de amortização, o que, conseqüentemente, impossibilita a sua utilização.

Sendo assim, dá-se provimento ao apelo no tópico em questão para vedar o uso da tabela price nos pactos.

Seguro prestamista

Quanto à cobrança do seguro prestamista, o STJ, por meio do julgamento do REsp n. 1.639.320/SP, afeto ao rito dos recursos repetitivos, firmou o seguinte entendimento:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. TEMA 972/STJ. DIREITO BANCÁRIO. DESPESA DE PRÉ-GRAVAME. VALIDADE NOS CONTRATOS CELEBRADOS ATÉ 25/02/2011. SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA. VENDA CASADA. RESTRIÇÃO À ESCOLHA DA SEGURADORA. ANALOGIA COM O ENTENDIMENTO DA SÚMULA 473/STJ. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. NÃO OCORRÊNCIA. ENCARGOS ACESSÓRIOS. 1. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Contratos bancários celebrados a partir de 30/04/2008, com instituições financeiras ou equiparadas, seja diretamente, seja por intermédio de correspondente bancário, no âmbito das relações de consumo. 2. TESES FIXADAS PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: [...] 2.2 - Nos contratos bancários em geral, o consumidor não pode ser compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com seguradora por ela indicada. 2.3 - A abusividade de encargos acessórios do contrato não descaracteriza a mora. 3. CASO CONCRETO. 3.1. Aplicação da tese 2.3 ao caso concreto, mantendo-se a procedência da ação de reintegração de posse do bem arrendado. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO (REsp n. 1.639.320/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 12-12-2018, DJe 17-12-2018).

Da fundamentação do julgado, extrai-se:

No caso da presente afetação, os contratos celebrados nos dois recursos representativos encaminhados a esta Corte Superior dispõem sobre o seguro de proteção financeira como uma cláusula optativa. Transcreve-se, a propósito, a cláusula quinta do contrato juntado aos presente autos: 5. Seguro de Proteção Financeira na Itaú Seguros S.A. [x] Sim [] Não

Como se verifica, a contratação ou não do seguro era opção do consumidor, tendo sido observado, desse modo, a liberdade de contratar ou não o seguro. Apesar dessa liberdade de contratar, inicialmente assegurada, a referida cláusula contratual não assegura liberdade na escolha do outro contratante (a seguradora). Ou seja, uma vez optando o consumidor pela contratação do seguro, a cláusula contratual já condiciona a contratação da seguradora integrante do mesmo grupo econômico da instituição financeira, não havendo ressalva quanto à possibilidade de contratação de outra seguradora, à escolha do consumidor.

Consignou o relator que a contratação do seguro afigura-se abusiva, nos ajustes celebrados após a entrada em vigor da Resolução n. 3.518/2007 do Conselho Monetário Nacional (30-4-2008), quando o contratante tiver sido compelido a contratar seguro com a instituição financeira ou com a seguradora por ela indicada.

Na hipótese dos autos, a cédula de crédito bancário n. 900433762, além de ter sido pactuada em 25-11-2015, prevê no campo “Demonstrativos de Serviços Financiados”, no espaço denominado “Seguro Prestamista”, a cobrança de R\$ 1.700,00.

Com efeito, infere-se que há abusividade na cobrança do encargo, uma vez que, ao que tudo indica, foi contratado diretamente com o Banco, já que a quantia acima assinalada foi incluída no valor financiado, não sendo assegurada, portanto, a liberdade de escolha do contratante.

A respeito do assunto, esta Câmara assim já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. PRÁTICA ADMITIDA EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL E CONTRATUAL. DECLARAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.170-36/01, POR DECISÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM DATA DE 4.2.2015. COBRANÇA DA TARIFA DE CADASTRO QUE É AUTORIZADA. CÉDULA EMITIDA EM DATA POSTERIOR A 30.4.2008. SÚMULA N. 566 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXIGÊNCIA DA TARIFA DE AVALIAÇÃO DO BEM QUE É PERMITIDA QUANDO HOVER O PACTO, NÃO SE MOSTRAR ABUSIVA E FICAR DEMONSTRADA A EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RECURSO ESPECIAL N. 1.578.553/SP. JULGAMENTO QUE RESOLVEU O TEMA 958 DOS RECURSOS REPETITIVOS. COBRANÇA A TÍTULO DE “SEGURO PRESTAMISTA” QUE É VEDADA, CONFORME A ORIENTAÇÃO QUE VEM DA SEGUNDA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM RAZÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.639.320/SP, CORRESPONDENTE AO TEMA 972 DOS RECURSOS REPETITIVOS. REPETIÇÃO EM DOBRO QUE É INVIÁVEL SE O CASO VERSA SOBRE ENGANO JUSTIFICÁVEL. RECURSO PROVIDO EM PARTE (TJSC, ACV n. 0304620-90.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, julgada em 4-4-2019).

Assim, diante de toda a fundamentação esposada, dá-se provimento ao recurso no tópico.

Correção monetária

Pretende a utilização do INPC como indexador para a correção monetária.

Sobre o tema, importante destacar o Enunciado n. VI do Grupo de Câmaras de Direito Comercial desta Corte assim aduz:

A Taxa Referencial (TR) e a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJPL) podem ser utilizadas como fatores de correção monetária em contratos bancários, desde que expressamente pactuadas.

Assim, diante da falta dos termos gerais da cédula de crédito bancário aos autos, e não comprovada a pactuação de outro índice, dá-se provimento ao apelo para possibilitar a aplicação do INPC.

Repetição do indébito

Defende que os valores cobrados indevidamente devem ser devolvidos em dobro.

O instituto em análise tem por fundamento vedar o enriquecimento sem causa, de maneira que aquele que cobrado em quantia indevida possui direito à repetição dos valores pagos a maior.

Assim, caso apurado eventual pagamento indevido, será dever da instituição financeira promover a devolução de valores eventualmente cobrados a maior, na forma simples, ou sua compensação, uma vez que não restou demonstrada a má-fé ou o dolo por parte daquela, não sendo necessário, ainda, a comprovação de erro.

Portanto, nega-se provimento à insurgência no ponto.

Ônus sucumbenciais

Do resultado do julgamento, vislumbra-se que as razões recursais da autora foram parcialmente providas.

Dessa forma, o ônus sucumbencial deve ser redistribuído para que o banco arque com 80% e a autora com 20% das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes mantidos tal como arbitrado na sentença.

Por fim, em atenção ao § 11 do artigo 85, do Código de Processo Civil, e em consonância com o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça nos EDcl no AgInt no REsp. n. 1.573.573/RJ, deixa-se de majorar os honorários advocatícios.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para vedar o uso da tabela price, declarar a abusividade da cobrança de seguro de proteção financeira e determinar a devolução do referido valor cobrado nas operações de crédito, e aplicar o INPC como indexador para a correção monetária.

É o voto.

Apelação Cível n. 0303041-88.2017.8.24.0024, Fraiburgo

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO AUTOR QUE IMPEDE A REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL AFASTADA. INTERESSE DE AGIR MANIFESTO. DESCONTOS DE PRESTAÇÕES DE CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO EM CONTA CORRENTE. AUTOR QUE NEGA, COM VEEMÊNCIA, SUA CELEBRAÇÃO. ALEGAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE QUE OS DESCONTOS TÊM ORIGEM EM PACTOS FIRMADOS VOLUNTARIAMENTE PELO AUTOR, ESTES QUE NUNCA FORAM EXIBIDOS. ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 373, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E ARTIGO 6º, INCISO VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DANO MATERIAL BEM EVIDENCIADO. NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO DE VALORES INDEVIDAMENTE DESCONTADOS DA CONTA CORRENTE DO APELADO. DESCONTOS QUE PERSISTIRAM POR APENAS 4 (QUATRO) MESES E, EMBORA INDEVIDOS, NÃO COLOCARAM EM RISCO A SUBSISTÊNCIA DO APELADO E, TAMPOUCO, CONSTATOU-SE O REGISTRO DE SEU NOME EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. SIMPLES INCÔMODO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA, COM A OBSERVÂNCIA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA AO APELADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 0303041-88.2017.8.24.0024, da comarca de Fraiburgo (1ª Vara), em que é apelante Banco do Brasil S/A., e apelado João Pedro Pires Netto:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o desembargador Roberto Lucas Pacheco.

Florianópolis, 7 de maio de 2020.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

João Pedro Pires Netto ajuizou “ação declaratória de inexistência de débito c/c repetição de indébito e indenização por danos morais com pedido de tutela de urgência” contra Banco do Brasil

S/A sob o fundamento de que foi surpreendido pelo desconto de valores não contratados em sua conta corrente, a razão do pedido de declaração de inexistência da contratação, além da restituição em dobro e pagamento por danos morais.

A ilustre magistrada concedeu o benefício da justiça gratuita inverteu o ônus da prova e deferiu a “tutela de urgência para determinar a imediata suspensão dos descontos relativos aos contratos n. 882627084 e 880784109” (fls. 46/48).

Na audiência designada, a tentativa de composição restou frustrada (fl. 78). A instituição financeira ofereceu contestação (fls. 82/130), sobrevivendo a impugnação (fls. 134/146). Na sequência, o digno magistrado Rômulo Vinícius Finato proferiu sentença (fls. 147/158), o que fez nos seguintes termos:

“Diante do exposto, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo procedentes os pedidos formulados por João Pedro Pires Netto na presente ação ajuizada contra Banco do Brasil, extinguindo o feito com resolução do mérito, para:

a) declarar como indevidos os descontos lançados na conta bancária da parte autora, com relação as parcelas dos contratos n. 882627084 e n. 880784109;

b) condenar a parte ré ao pagamento, em favor da parte autora, da importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais, com a incidência de correção monetária pelo INPC, da data do arbitramento, e de juros de mora na monta de 1% ao mês, a partir do evento danoso (4/6/2017, p. 6);

c) condenar a parte ré a restituir em favor da parte autora o valor de R\$ 2.679,84 (dois mil, seiscentos e setenta e nove reais e oitenta e quatro centavos), a título de danos materiais, que deve ser corrigido monetariamente pelo INPC e com a incidência de juros de 1% (um por cento) ao mês desde a citação.

Confirmo a tutela provisória proferida às p. 46-48.

Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes últimos arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, na forma do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.

A exigibilidade da verba sucumbencial ficará suspensa por 05 (cinco) anos, diante da gratuidade judicial ora concedida a parte ré (CPC, art. 98, § 3º).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.”

Irresignada, a instituição financeira interpôs recurso de apelação cível (fls. 162/180) argumentando com a: a) necessidade de revogação do benefício da gratuidade da justiça concedido ao autor; b) falta de interesse de agir; c) inépcia da petição inicial (ausência de prova de falha na prestação do serviço e formulação de pedido genérico quanto ao dano moral); d) a existência do débito e regularidade da contratação, realizada por “livre e espontânea vontade” pelo autor que, “logo após seu creditamento em conta corrente”, realizou o saque de valores; e) a necessidade de prevalência das obrigações pactuadas; f) inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; g) a inexistência de abalo (material e moral) indenizável e; h) subsidiariamente, a necessidade de redução do valor da indenização pelo dano moral e daquele fixado a título de honorários advocatícios.

Com a resposta (fls. 186/207), os autos vieram a esta Corte.

VOTO

De plano, anota-se que o pleito de revogação da justiça gratuita (fls. 164/165) não veio acompanhado de novos elementos de prova que justificassem a alteração do que foi decidido em primeiro grau (fls. 46 e 149/151). Afinal, a revogação da benesse pressupõe a existência de prova robusta da capacidade financeira do apelado para arcar com as despesas do processo, o que nunca foi demonstrado pela apelante.

A petição inicial não é inepta. Os pedidos iniciais (declaração de inexistência do débito e reparação do dano moral e material) são específicos (ao contrário do que alegado nas razões do recurso, o dano moral foi valorado pelo apelado em 50 salários mínimos, fl. 26) e decorrem logicamente dos fatos descritos pelo autor (ausência de contratação). Por outro lado, a documentação exibida é suficiente para a compreensão e o exame da pretensão posta (a contratação do serviço, como se verá a seguir, deve ser provada pela instituição financeira, só então se podendo exigir do autor a comprovação de eventual falha em sua prestação).

Do mesmo modo, há manifesto interesse de agir do autor que, com a ação ajuizada, almeja a cessação dos descontos das prestações vinculadas a contratos de empréstimo não celebrados, além da reparação do dano material e moral decorrente do ilícito. Ademais, não é necessária a demonstração de que houve a tentativa de solução administrativa da lide antes da efetivação do seu direito de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal).

A presente ação foi ajuizada com o objetivo de declarar a inexistência dos contratos n. 882627084 e 880784109, porque não teriam sido contratados pelo autor.

A requerida insistiu na regularidade dos descontos, uma vez que o autor firmou os contratos “por ação voluntária, em expressa manifestação de vontade e concordância das obrigações e dos direitos neles estampados, tendo inclusive efetuado parcial liquidação” do débito (fl. 85). Porém, nada do que alegou ficou demonstrado. E o ônus da prova, nestes casos, é do credor (artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015), porque não se pode exigir do mutuário a prova do fato negativo (trata-se da chamada “prova diabólica”).

A matéria em exame submete-se à incidência do Código de Defesa do Consumidor (súmula n. 297 do Superior Tribunal de Justiça), que assegura ao consumidor hipossuficiente a inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do seu artigo 6º. Dessa forma, se era da apelante o ônus de comprovar a existência dos contratos de empréstimo, o que efetivamente não ocorreu, prevalece a presunção de que os pactos nunca existiram e de que os descontos deles decorrentes são ilegais.

O dever de indenizar decorre da prática de um ato ilícito (artigo 186 do Código Civil). Mas é verba indenizatória que surge a partir do instante em que ficam demonstrados os requisitos bem

especificados pelo legislador civil: a) a presença de um dano; b) o comportamento culposo e c) o nexo de causalidade.

A responsabilidade civil da instituição financeira, na qualidade de prestadora de serviços, é objetiva, conforme estabelece o artigo 14 da Lei n. 8.078, de 11.9.1990, e o artigo 927 do Código Civil de 2002. Ou seja, a demonstração da culpa não é necessária.

O dano material (descontos indevidos), decorrente da atitude lesiva da instituição financeira (nexo causal), restou demonstrado em relação aos meses de junho, julho, agosto e setembro de 2017 (fls. 35/38) totalizando R\$1.339,92 (um mil, trezentos e trinta e nove reais e noventa e dois centavos), a ser restituído em dobro (R\$2.679,84), uma vez que a apelante não se insurge quanto à aplicação do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor).

No entanto, os descontos na conta corrente do apelado não chegaram a comprometer a sua dignidade pessoal ou sobrevivência, até porque nunca foi demonstrada a insuficiência de recursos para a manutenção própria ou da família no período de junho a setembro de 2017 que teria resultado daqueles descontos, não se justificando a pretendida indenização por danos morais. O que se tem, de concreto, é a presença de um dissabor provocado por ato culposo da apelada, e só isso não é capaz de justificar o reconhecimento da presença dos requisitos do artigo 186 do Código Civil. Afinal, o instituto do dano moral guarda contornos próprios, não podendo ser invocado para solucionar incidentes que não foram suficientes para interferir na vida pessoal do apelado (o seu nome não foi levado a registro em qualquer banco de dados e nada há nos autos indicando que sua sobrevivência tenha sido colocada à prova).

O momentâneo desconforto que possa ter surgido com o débito das prestações indevidas pelo período de apenas 4 (quatro) meses não justifica a indenização por dano moral, incumbindo aos tribunais o cuidado no exame do que Anderson Schreiber denomina de “demandas frívolas”, a situação aqui bem caracterizada:

“Paralelamente à adoção do método da ponderação, que confia ao Poder Judiciário, embora sempre à luz do dado normativo, a seleção de interesses merecedores de tutela em concreto, outros instrumentos institucionais podem ser empregados no desestímulo às demandas frívolas que tanto afligem a comunidade jurídica diante da expansão do dano ressarcível. Neste sentido, assume especial papel o desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação, capazes de atenuar a imensa contradição da responsabilidade civil contemporânea, que reconhece o caráter extrapatrimonial do dano, mas lhe reserva um remédio exclusivamente monetário. É neste remédio, note-se, e não na reparação em si, que reside o maior incentivo às ações que se costuma identificar como produtos da chamada ‘indústria do dano moral’. Desta forma, o recurso às retratações públicas e a outros meios de reparação extrapatrimonial, paralelos ou mesmo substitutivos à indenização em dinheiro, mostra-se absolutamente necessário e, muitas vezes, mais eficiente na reparação dos danos de natureza moral. A efetiva repressão à litigância de má-fé e a rejeição do caráter punitivo das reparações são outros mecanismos institucionais que se oferecem prontamente a esta tarefa de desincentivo, a demandas de finalidade mercenária.” (SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 242-243).

É do Judiciário o dever de bem aquilatar a presença de um dano moral indenizável, de modo a que não se estimule o nascimento de uma sociedade de “não-me-toques”, na feliz expressão de Fábio Ulhoa:

“Também deve ficar atento o magistrado para não cair ingenuamente nas artimanhas da indústria da vitimização. Há os que, diante da chance de se envolverem em situações embaraçosas, propositadamente não reagem a tempo de desfazer o mal-entendido, com o objetivo de enriquecer com os danos morais. A hipótese de simulação da dor nunca pode ser descartada, principalmente quando o evento não importou danos à vida ou integridade física do prejudicado. Em todos os casos, porém, o juiz não pode contentar-se com a simples alegação do demandante. Se os fatos e circunstâncias constantes dos autos não sugerem o experimento de profunda dor, não deve impor ao demandado a indenização moral.

(...)

Dois desvirtuamentos podem comprometer o instituto dos danos morais: a banalização da dor e a elevação dos valores da indenização. Se dissabores forem considerados indenizáveis e o valor dos danos morais for utilizado como medida de desestímulo quando o acidente é inevitável, estaremos criando um mundo de não-me-toques que não interessa à sociedade e à economia.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 431).

Na Câmara, também já se decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL. DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS. DESCONTO INDEVIDO EM CONTA CORRENTE RELATIVO A SEGURO NÃO CONTRATADO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PARA DETERMINAR A RESTITUIÇÃO DA QUANTIA, EM DOBRO. APELO DO AUTOR POSTULANDO A CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. DESPROVIMENTO. DANO NÃO DEMONSTRADO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS AO PROCURADOR DO AUTOR. PROVIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.” (apelação cível n. 0303537-59.2017.8.24.0011, de Brusque, relator o desembargador Cláudio Barreto Dutra, j. em 5.7.2018).

E, ainda:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCONTOS DE PRESTAÇÕES DE CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO APÓS A SUA QUITAÇÃO. DESCONTOS QUE PERSISTIRAM POR APENAS 3 (TRÊS) MESES E JÁ FORAM RESTITUÍDOS AO MUTUÁRIO. INSURGÊNCIA LIMITADA À PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCONTOS QUE, EMBORA INDEVIDOS, NÃO COLOCARAM EM RISCO A SUBSISTÊNCIA DO MUTUÁRIO E, TAMPOUCO, CONSTATOU-SE O REGISTRO DE SEU NOME EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. SIMPLES INCÔMODO QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR.

DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, NOS TERMOS DO SEU § 11, OBSERVADO O DISPOSTO NO § 3º DO ARTIGO 98 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. SÚMULA N. 52 DO ÓRGÃO ESPECIAL. OBSERVÂNCIA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA AO MUTUÁRIO. RECURSO DESPROVIDO.” (apelação cível n. 0307665-38.2017.8.24.0039, de Lages, da minha relatoria, j. em 15.8.2019)

A distribuição do ônus da sucumbência realizada no primeiro grau é alterada, não se podendo mais falar em sucumbência apenas da instituição financeira, porque a pretensão inicial foi acolhida apenas quanto à declaração da inexistência da relação jurídica e à reparação do dano material (inexiste dano moral indenizável). Então, ainda que admitida uma certa dose de discricionariedade na tarefa, afirma-se que os litigantes foram vencedores e vencidos, cabendo à apelante o pagamento de 70% (setenta por cento) e ao autor dos outros 30% (trinta por cento) das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes que são fixados em 20% (vinte por cento) do valor atualizado da condenação, aqui também considerado o trabalho realizado em grau de recurso (§§ 1º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), não se olvidando o disposto no artigo 98, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015 (o apelado é beneficiário da gratuidade da justiça, fl. 46).

Com essas considerações, o recurso é parcialmente provido, o que se faz para afastar a condenação ao pagamento de indenização por dano moral e redistribuir a sucumbência, nos termos da fundamentação.

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).

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Ação Rescisória (Grupo Público) Nº 5000549-18.2019.8.24.0000/

RELATOR: Desembargador JAIME RAMOS

AUTOR: VALTER CIMOLIN

RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

Valter Cimolin, com base no art. 966, inciso V, do Código de Processo Civil, propôs a presente ação rescisória, com pedido de tutela provisória, objetivando rescindir o acórdão da Segunda Câmara de Direito Público que, em julgamento por colegialidade ampliada, decidiu, por maioria de votos, dar provimento ao Reexame Necessário n. 0809730-36.2013.8.24.0023, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido de indenização relativo a períodos de licença especial não usufruídos quando estava na ativa.

Alega que é Oficial da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina e se encontra na reserva remunerada desde 04/02/2013; que a Câmara julgadora, ao dar provimento à remessa, violou “manifestamente norma legal (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e art. 884, do Código Civil)”; que o Grupo de Câmaras de Direito Público, quando do julgamento do IRDR n. 0022064-08.2013.8.24.0033/50000, firmou a tese de que o servidor público estadual, encerrado o vínculo com a Administração Pública, tem direito à indenização de períodos de licença-prêmio e especial, não sendo óbice para tanto o disposto no art. 190-A, da Lei Complementar Estadual n. 381/2007 (com redação da Lei Complementar n. 534/2011), nem o fato de o servidor não ter requerido, quando em atividade, a fruição da licença especial; que os períodos de licença especial não usufruídos na atividade se incorporam ao patrimônio jurídico do servidor (direito adquirido - art. 5º, inciso XXXVI, da CF) e, por isso, devem ser indenizados sob pena de locupletamento ilícito da Administração Pública (art. 884, do CC).

Requeriu:

- a) o deferimento da gratuidade da justiça;
- b) “a concessão de tutela provisória, para que sejam suspensos os efeitos do acórdão rescindendo, a fim de, por consequência, suspenso fique o Cumprimento de Sentença”.
- c) a procedência do pedido rescisório com a realização de novo julgamento a fim de condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização dos períodos de licenças especiais não usufruídas, tendo como base de cálculo a última remuneração bruta, corrigida monetariamente e acrescida de juros de 1% ao mês, a contar da data de cada evento.

Deu à causa o valor de R\$ 165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais).

Os autos foram inicialmente distribuídos ao eminente Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto que, no dia 12/08/2019, indeferiu o pedido de gratuidade da justiça.

No dia 10/09/2019, o Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, por ter sido o Relator designado para o acórdão rescindendo, determinou, com base no art. 120, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, a redistribuição dos autos.

Este Relator, a quem os autos foram redistribuídos, deferiu o pedido liminar de tutela de urgência, para determinar a suspensão de todos os atos processuais decorrentes do acórdão nos autos n. 0809730-36.2013.8.24.0023, mormente a suspensão da exigibilidade do pagamento dos ônus sucumbenciais no cumprimento de sentença n. 0809730-36.2013.8.24.0023.

Citado, o Estado de Santa Catarina contestou alegando que:

a) “a ação rescisória, proposta com base no art. 966, V do CPC pressupõe ofensa direta e frontal a dispositivo legal e não de decisão que comporta duas ou mais interpretações”, haja vista que a ação rescisória não pode ser utilizada como sucedâneo recursal;

b) “além da pretensão rescindenda não se amoldar às hipóteses acima elencadas no art. 966 do CPC, verifica-se que o que se pretende, na verdade, é rediscutir a justiça da decisão sob o pretexto de pacificação posterior da jurisprudência em sentido contrário ao que foi decidido”;

c) “mesmo com o entendimento proferido no IRDR nº 0022064-08.2013.8.24.0033/5000, a tese ali firmada não pode ser aplicada como sucedâneo para a ação rescisória, pois também não se amolda analogicamente às hipóteses de cabimento previstas no art. 525, § 15 e art. 535, §8º, do Código de Processo Civil”;

d) “não houve a declaração de inconstitucionalidade do art. 190-A da Lei Complementar nº 381/2007 pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Muito menos pelo Supremo Tribunal Federal, como requer o Código de Processo Civil, para que se pudesse cogitar o cabimento da presente ação rescisória”;

e) que o art. 190-A, da Lei Complementar Estadual n. 381/2007, observa os princípios insculpidos no art. 37, da Constituição Federal, e não fere direito adquirido;

f) que, sendo vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem “ser arbitrados em percentual sobre a condenação ou em valor fixo, nos termos dos dispositivos supramencionados que será realizado pelo juiz, com o propósito de não sobrecarregar excessivamente o Ente Público”.

Requeru, ao final, por não estarem preenchidos os requisitos do art. 966, incisos V e VII, nem os dos arts. 525, § 12 e 535, § 8º, do Código de Processo Civil, a extinção do processo, sem resolução de mérito ou, se esse não for o entendimento, a improcedência do pedido rescisório.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por entender não existir motivo que justifique sua intervenção, deixou de se manifestar sobre o mérito.

VOTO

Há que se julgar procedente o pedido rescisório.

A ação rescisória está sustentada no art. 966, caput, inciso V, do Código de Processo Civil, segundo os quais “a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] V - violar manifestamente norma jurídica; [...]”, e tem o objetivo de desconstituir o acórdão da Segunda Câmara de Direito Público, proferido no Reexame Necessário n. 0809730-36.2013.8.24.0023, julgado em 14/06/2016, do qual foi Relator designado o digno Des. Francisco Oliveira Neto.

Eis a ementa do acórdão impugnado, que transitou em julgado no dia 24/08/2017 (fl. 293):

“DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA ANTES DA APOSENTADORIA. INATIVAÇÃO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 534/11. NORMA QUE INCLUIU O ART. 190-A À LCE N. 381/07. EXIGÊNCIA DE PEDIDO ADMINISTRATIVO DE GOZO DA LICENÇA-PRÊMIO ANTES DA PASSAGEM PARA A INATIVIDADE. DISPOSITIVO VIGENTE AO TEMPO DA APOSENTAÇÃO DO AUTOR. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE QUE REGE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 37, CAPUT, DA CRFB/88). PRETENSÃO DE RECEBER INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE À TOTALIDADE DA ÚLTIMA REMUNERAÇÃO RECEBIDA NA ATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO QUE PUDESSE PERMITIR AO ESTADO A CONCESSÃO DA LICENÇA-PRÊMIO ANTES QUE O SERVIDOR SE APOSENTASSE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA. REMESSA PROVIDA.

“A LCE n. 534/11 acrescentou o art. 190-A à LCE n. 381/07, com o objetivo de assegurar que o servidor público estadual, antes da aposentadoria voluntária ou compulsória, usufrua integralmente a licença-prêmio ou especial adquirida.

“Por isso, é indispensável que o servidor formule o requerimento administrativo prévio, a fim de permitir que o Estado assegure o gozo da benesse antes da passagem à inatividade.

“O servidor tem direito adquirido de usufruir a licença-prêmio/especial, ou seja, gozará-la. Não há direito adquirido à conversão da licença-prêmio/especial em dinheiro. Ao contrário, tal situação é expressamente vedada pela LCE n. 36/91. Também não há direito adquirido à indenização quando o servidor deixou de formular pedido de gozo antes de se aposentar. Nos termos da lei, eventual direito à indenização somente poderia ser concedido se, formulado o pedido a tempo e modo devidos, houvesse a negativa administrativa.

“A lei tem presunção de legalidade e legitimidade. Logo, enquanto não declarada a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, a tempo e modo devidos e pelo órgão competente, deve prevalecer o princípio da legalidade que rege a Administração Pública, com fulcro no art. 37, caput, da CRFB/88” (TJSC - Reexame Necessário n. 0809730-36.2013.8.24.0023, Rel. designado Des. Francisco Oliveira Neto, julgado em 14/06/2016).

O autor da rescisória entende que o acórdão impugnado, ao dar provimento à remessa necessária e, por conseguinte, julgar improcedente o pedido de indenização dos períodos de licença especial

não usufruídos quando ainda estava em atividade, condenando-o ao pagamento das despesas e dos honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa, nos termos do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, violou “manifestamente norma jurídica” (art. 966, inciso V, do CP), vale dizer, malferiu o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal e o art. 884, do Código Civil.

Por sua vez, o Estado de Santa Catarina alega que a ação rescisória não se amolda a nenhuma das hipóteses do art. 966, do Código de Processo Civil; que, na verdade, o que se pretende “é rediscutir a justiça da decisão sob o pretexto de pacificação posterior da jurisprudência em sentido contrário ao que foi decidido”. Alega, ainda, que a ação rescisória, mesmo com a tese firmada no julgamento do IRDR n. 0022064-08.2013.8.24.0033/5000, também não se enquadra, por analogia, nos casos previstos nos art. 525, § 15 e 535, § 8º, do Código de Processo Civil, porque o art. 190-A, da Lei Complementar Estadual n. 381/2007, não foi declarado inconstitucional por este Tribunal de Justiça, nem pelo Supremo Tribunal Federal; que, ademais, o art. 190-A, da Lei Complementar Estadual n. 381/2007, observa o disposto no art. 37, da Constituição Federal.

Os dispositivos do Código de Processo Civil invocados pelo Estado de Santa Catarina têm, respectivamente, a seguinte redação:

“Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

“§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

“[...]

“III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

“[...]

“§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

“[...]

“§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

“[...]

“Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga,

remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

“[...]”

“III - inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

“[...]”

“§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

“[...]”

“§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal”.

Os dispositivos legais acima transcritos, invocados pelo Estado de Santa Catarina, se referem ao cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa e ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, de sorte que não se aplicam, nem mesmo por analogia, à ação rescisória, objeto de discussão nestes autos. Até porque, ainda que fosse pertinente o § 8º do art. 535 do Estatuto Processual, a alegação da parte demandante não é de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo legal e sim de violação manifesta, pelo acórdão rescindendo, de normas jurídicas, quais sejam, as do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal (direito adquirido), e do art. 884 do Código Civil (vedação ao enriquecimento ilícito).

Pois bem.

O Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado de Santa Catarina, Lei Estadual n. 6.745, de 28/12/1985, previa que “após cada quinquênio de serviço público estadual, o funcionário estável fará jus a uma licença com remuneração, como prêmio, pelo período de 03 (três) meses” (art. 78); sendo “facultada ao funcionário a conversão em dinheiro de até 1/3 (um terço) da licença prêmio, assim como, gozará-la em parcelas mensais” (parágrafo único do art. 78); e que “os períodos de licença-prêmio já conquistados poderão ser convertidos em dinheiro, nos termos do parágrafo único, do artigo 78, à razão de uma parcela por ano civil ou integralmente quando da aposentadoria” (art. 189).

De igual modo, a Lei Estadual n. 6.218, de 10/02/1983 (Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina), com redação dada pela Lei Estadual n. 6.746/1986, no que interessa, estabelecia o seguinte:

“Art. 69. Após cada quinquênio de serviço público, o policial-militar fara jus à licença especial, pelo período de três meses, sem que implique em qualquer restrição à sua carreira.

“§ 1º . É facultado ao Policial-Militar converter em dinheiro até 1/3 (um terço) de licença especial, assim como gozá-la em parcelas mensais”.

Então, sobreveio a Lei Complementar Estadual n. 36, de 18/04/1991, dizendo que “é vedada aos servidores civis e militares da administração direta, autárquica e fundacional do Estado a conversão em dinheiro, parcial ou total, da licença prêmio concedida e não gozada, bem como o seu cômputo em dobro para efeito de aposentadoria” (art. 2º).

Em 1993, a Lei Complementar Estadual n. 81, de 10/03/1993, deu a seguinte redação ao art. 78, da Lei Estadual n. 6.745, de 28/12/1985:

“Art. 78 - Após cada quinquênio de serviço público estadual, o servidor ocupante de cargo de provimento efetivo fará jus a uma licença com remuneração, como prêmio, pelo período da 3 (três) meses.

“Parágrafo único - é vedada a conversão da licença-prêmio, de que trata o ‘caput’ deste artigo, em pecúnia”.

Em 2011, foi sancionada a Lei Complementar Estadual n. 534, de 20/04/2011, que acrescentou o art. 190-A à Lei Complementar n. 381, de 07/05/2007, com a seguinte redação:

“Art. 190-A. Os períodos aquisitivos de licenças-prêmio previstas no art. 78 da Lei n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985, no art. 135 da Lei n. 6843, de 28 de julho de 1986, e no art. 118 da Lei n. 6.844, de 29 de julho de 1986, ou da licença especial do art. 69 da Lei n. 6.218, de 10 de fevereiro de 1983, poderão ser usufruídos de forma parcelada, em período não inferior a 30 (trinta) dias.

“§ 1º As licenças-prêmio ou licenças especiais acumuladas serão usufruídas de acordo com a conveniência e o interesse público.

“§ 2º As licenças-prêmio e licenças especiais referidas no caput deste artigo deverão ser usufruídas integralmente antes da concessão da aposentadoria voluntária ou compulsória.

“§ 3º Terá prioridade no usufruto de licenças-prêmio ou licenças especiais o servidor que estiver mais próximo de atender aos requisitos para fins de aposentadoria ou de atingir a idade limite prevista para a aposentadoria compulsória.

“§ 4º A apresentação de pedido de passagem à inatividade sem prévia e oportuna apresentação do requerimento de gozo implicará perda do direito à licença-prêmio e à licença especial”.

Por fim, expediu-se a Lei Complementar Estadual n. 605, de 18/12/2013, que manteve a redação do art. 78, da Lei Estadual n. 6.745/1985, mas transformou o parágrafo único em § 1º e acrescentou o § 2º, assim redigidos:

“Art. 78. [...]”

“§ 1º Fica vedada a conversão da licença-prêmio, de que trata o caput deste artigo, em pecúnia.

“§ 2º A requerimento do servidor, a licença-prêmio poderá ser gozada em parcelas não inferiores a 15 (quinze) dias”.

É relevante anotar que autor da rescisória foi transferido para a reserva remunerada a partir de 04/02/2013, na vigência do art. 190-A, da Lei Complementar Estadual n. 381/2007, alterada pela Lei Complementar n. 534/2011.

Impende registrar, também, que as decisões da Primeira, Terceira e Quarta Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça eram favoráveis à indenização da licença-prêmio e da licença especial, vale dizer, afastavam a aplicação do art. 190-A, da Lei Complementar n. 381/2007, alterada pela Lei Complementar n. 534/2011, porque no caso de improcedência do pedido indenizatório haveria locupletamento ilícito da Administração Pública (art. 884, CC).

Nesse sentido: Apelação/Reexame Necessário n. 0329045-73.2014.8.24.0023, da Capital, Primeira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, julgada em 20/06/2017.

E, de outro lado, a Segunda Câmara de Direito Público decidia em sentido contrário, ou seja, o servidor público civil ou o policial militar somente faria jus à indenização se, antes do pedido de aposentadoria, tivesse requerido a fruição dos períodos de licença-prêmio e especial, nos termos do art. 190-A, da Lei Complementar Estadual n. 381/2007, alterada pela Lei Complementar n. 534/2011.

Citam-se, a respeito, os seguintes precedentes: Apelação Cível n. 0016315-40.2013.8.24.0023, da Capital, Segunda Câmara de Direito Público, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgada em 14/02/2017; Apelação/Reexame Necessário n. 0300148-51.2015.8.24.0071, de Tangará, Segunda Câmara de Direito Público, julgamento por colegialidade ampliada, Rel. Designado para o acórdão: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, julgada em 14/06/2016.

Todavia, na sessão de 25/04/2018, este Grupo de Câmaras de Direito Público julgou o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) n. 0022064-08.2013.8.24.0033/50000 e, por maioria de votos, uniformizou a jurisprudência desta Corte de Justiça a respeito da matéria, firmando a seguinte tese jurídica (TEMA 3):

“O servidor público estadual tem direito à indenização por licenças-prêmios e especiais quando encerrado seu vínculo com a Administração, afastado o art. 190-A da Lei Complementar 381/2007 (na redação da Lei Complementar 534/2011) como possível impedimento, apurado o valor da reparação de acordo com a remuneração integral”.

O acórdão está assim ementado:

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - INDENIZAÇÃO POR LICENÇA-PRÊMIO OU LICENÇA ESPECIAL - SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS - DIREITO APESAR DO ART. 190-A DA LCE 381/2007.

"A Fazenda Pública defende que o art. 190-A da Lei Complementar Estadual impediu a indenização por licenças-prêmios e especiais, pois ou o direito é fruído como previsto, ou pelo menos deve vir postulação prévia de gozo. Para que se negue essa conclusão, é o pensamento da Administração, a regra deverá ser pronunciada inconstitucional.

"Não se declara inconstitucionalidade, todavia, se existir interpretação alternativa possível que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição (Luís Roberto Barroso).

"A partir daí, sem prejudicar a validade do art. 190-A, é reconhecido o direito à reparação pelas licenças não concedidas oportunamente, preferindo-se (a) referendar compreensão (pacífica no STF e STJ, e dominante no TJSC) quanto à prerrogativa, (b) reconhecer que a reunião dos postulados para a licença leva imediatamente ao direito adquirido e (c) realçar que o art. 190-A disciplinou o procedimento para a obtenção do descanso, não apagando retroativamente uma prerrogativa já angariada (e que pode depois ser compensada mediante pecúnia).

Além disso, o STF tem afirmado (ante o exato assunto) que este Tribunal de Justiça não ofende a cláusula de reserva de plenário ao dar a sua compreensão ao art. 190-A, sem que precisasse mesmo dá-lo por inconstitucional.

"Indenização merecida e que deve considerar a remuneração integral, ou seja, os ganhos percebidos pelo servidor como plena contraprestação pelo trabalho.

"Tese firmada: O servidor público estadual tem direito à indenização por licenças-prêmios e especiais quando encerrado seu vínculo com a Administração, afastado o art. 190-A da Lei Complementar 381/2007 (na redação da Lei Complementar 534/2011) como possível impedimento, apurado o valor da reparação de acordo com a remuneração integral" (TJSC - IRDR n. 0022064-08.2013.8.24.0033/50000, Rel. Des. Helio do Valle Pereira, julgado em 25/04/2018).

Não se discute que o acórdão rescindendo (julgamento ocorrido em 14/06/2016) é anterior à decisão deste Grupo de Câmaras de Direito Público que, no dia 25/04/2018, ao julgar o IRDR n. 0022064-08.2013.8.24.0033/50000, uniformizou a jurisprudência deste Tribunal de Justiça a respeito da matéria, afastando a aplicação do art. 190-A, da Lei Complementar Estadual n. 381/2007, com redação da Lei Complementar n. 534/2011, para assegurar ao servidor público civil estadual e ao policial militar intivo o direito à indenização de licença-prêmio e especial não usufruídas antes da aposentadoria.

Porém, a possibilidade de propositura e a procedência de ação rescisória com base em violação manifesta de norma jurídica foi reconhecida por este Grupo de Câmaras de Direito Público, no dia 27/11/2019, por acórdão da lavra da eminente Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, em que se julgou procedente o pedido rescisório para reconhecer o direito da parte autora da ação à indenização de períodos de licença-prêmio não usufruídos em atividade.

O acórdão está assim ementado:

"AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENDIDA DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO QUE REFORMOU PARCIALMENTE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO AJUIZADA POR SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL EM QUE OBJETIVAVA A INDENIZAÇÃO, APÓS A INATIVAÇÃO, POR LICENÇAS-

PRÊMIO NÃO GOZADAS ENQUANTO EM ATIVIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO À NORMA JURÍDICA. DECISÃO COLEGIADA QUE INDEFERIU O PLEITO, COM BASE NO DISPOSTO NO ART. 190-A DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 381/07. QUESTÃO PACIFICADA, EM SENTIDO CONTRÁRIO, NAS CORTES SUPERIORES, EM DEMANDAS REPETITIVAS, À ÉPOCA EM QUE PROLATADO O DECISUM RESCINDENDO. POSTERIOR UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL, EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR N. 03). HIPÓTESE CONFIGURADORA DO DISPOSTO NO ART. 966, V, §§ 5º E 6º DO CPC. RESCISÓRIA PROCEDENTE” (TJSC - Ação Rescisória n. 4034000-85.2018.8.24.0000, da Capital, Relatora Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, julgado em 27/11/2019).

Dos fundamentos do voto proferido pela digna Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti extraem-se os seguintes trechos que passam a integrar este voto/acórdão como razões de decidir:

“Ressalta-se que este órgão julgador, em decisão posteriormente proferida sob a relatoria do Des. João Henrique Blasi, acabou por adotar a mesma orientação do precedente citado (Apelação/ Reexame Necessário n. 0300148-51.2015.8.24.0071), decidindo, à unanimidade, que não existe direito à indenização em favor do servidor aposentado na vigência da nova lei, que não tenha postulado administrativamente o gozo da licença-prêmio antes da inativação.

“Eis o julgado mais recente:

“APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA. POLICIAL MILITAR. LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA ANTES DA INATIVAÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DO VALOR EM PECÚNIA À VISTA DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 534/11. PRECEDENTE FIRMADO EM TAL SENTIDO POR ESTA CÂMARA EM SEDE DE JULGAMENTO POR COLEGIALIDADE AMPLIADA (ART. 942, CAPUT, DO CPC) NA APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO N. 0300148-51.2015.8.24.0071. RESIGNAÇÃO DO ORA RELATOR, VENCIDO ESCOTEIRAMENTE NO JULGADO ACIMA INDICADO. APELO DO ESTADO PROVIDO COM A RECALIBRAGEM DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS E REMESSA PREJUDICADA. (Apelação/Reexame Necessário n. 0330049-14.2015.8.24.0023, da Capital, Relator: Desembargador João Henrique Blasi, j. 8/11/2016).

“Portanto, a situação dos autos se amolda aos precedentes citados, uma vez que a autora se aposentou em abril de 2012, e não comprovou ter deduzido requerimento administrativo de gozo das licenças-prêmio, de modo a possibilitar ao Estado a manifestação sobre o pedido, merecendo provimento o apelo no tocante à ausência de direito à indenização .

“Embora este posicionamento não fosse isolado neste Tribunal de Justiça à época, o que se conclui da simples leitura das razões de decidir acima transcritas, em que é mencionado precedente no mesmo sentido, não se pode ignorar que a matéria já havia sido debatida nos tribunais superiores, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o ARE n. 721.0012 , em data de 1º de março de 2013, sob repercussão geral, firmado a seguinte tese (Tema n. 635): «É assegurada ao servidor

público inativo a conversão de férias não gozadas, ou de outros direitos de natureza remuneratória, em indenização pecuniária, dada a responsabilidade objetiva da Administração Pública em virtude da vedação ao enriquecimento sem causa (sem destaque no original).

“No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em recurso repetitivo (REsp 1.254.456-PE, rel. Min. Benedito Gonçalves) julgado em 25 de abril de 2012, assentou a possibilidade de indenização da licença-prêmio e de outros direitos de natureza remuneratória não gozados oportunamente pelo servidor. Veja-se a respectiva ementa:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB A ÉGIDE DA CLT. CONTAGEM PARA TODOS OS EFEITOS. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. DATA DA APOSENTADORIA. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

“1. A discussão dos autos visa definir o termo a quo da prescrição do direito de pleitear indenização referente a licença-prêmio não gozada por servidor público federal, ex-celetista, alçado à condição de estatutário por força da implantação do Regime Jurídico Único.

“ 2. Inicialmente, registro que a jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que o tempo de serviço público federal prestado sob o pálio do extinto regime celetista deve ser computado para todos os efeitos, inclusive para anuênios e licença-prêmio por assiduidade, nos termos dos arts. 67 e 100, da Lei n. 8.112/90. Precedentes: AgRg no Ag 1.276.352/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 18/10/10; AgRg no REsp 916.888/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), DJe de 3/8/09; REsp 939.474/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 2/2/09; AgRg no REsp 957.097/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 29/9/08.

“ 3. Quanto ao termo inicial, a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a contagem da prescrição quinquenal relativa à conversão em pecúnia de licença-prêmio não gozada e nem utilizada como lapso temporal para a aposentadoria, tem como termo a quo a data em que ocorreu a aposentadoria do servidor público. Precedentes: RMS 32.102/DF, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8/9/10; AgRg no Ag 1.253.294/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 4/6/10; AgRg no REsp 810.617/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 1/3/10; MS 12.291/DF, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE), Terceira Seção, DJe 13/11/09; AgRg no RMS 27.796/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 2/3/09; AgRg no Ag 734.153/PE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 15/5/06.

“ 4. Considerando que somente com a aposentadoria do servidor tem início o prazo prescricional do seu direito de pleitear a indenização referente à licença-prêmio não gozada, não há que falar em ocorrência da prescrição quinquenal no caso em análise, uma vez que entre a aposentadoria, ocorrida em 6/11/02, e a propositura da presente ação em 29/6/07, não houve o decurso do lapso de cinco anos.

“ 5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. 6. Recurso especial não provido. (REsp 1254456/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2012, DJe 02/05/2012)

“Ainda, sobre a possibilidade de indenização de licença-prêmio não gozada, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2016, decidiu, sem caráter vinculativo:

" ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. TERMO INICIAL. REGISTRO DA APOSENTADORIA PELO TRIBUNAL DE CONTAS.

" 1. A Corte Especial do STJ, no julgamento do MS 17.406/DF (Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 26.9.2012), decidiu que o direito à conversão em pecúnia das licenças-prêmio não gozadas ou não utilizadas para a contagem do tempo de serviço origina-se do ato de aposentadoria, que é complexo, de modo que o prazo prescricional tem início com o registro da aposentadoria pelo Tribunal de Contas (no mesmo sentido: AgRg no REsp 1522366/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 30/06/2015; RMS 35.039/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 01/10/2013).

" 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 804.065/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 26/02/2016)

"De acordo com tais precedentes, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal estendeu o mesmo tratamento destinado à indenizabilidade das férias (caso concreto apreciado no ARE n. 721.001) a outros direitos de natureza remuneratória, tal como a licença-prêmio; na mesma toada, o Superior Tribunal de Justiça, admitindo a possibilidade de indenização das licenças-prêmios não gozadas em atividade, fixou como termo inicial para a contagem da prescrição a data da aposentação (REsp 1.254.456-PE).

"Posteriormente, alinhando-se com esta orientação, o Tribunal de Justiça catarinense, em sessão realizada no dia 25 de abril de 2018, por intermédio de seu Grupo de Câmaras de Direito Público, ao apreciar incidente de resolução de demanda repetitiva, fixou a seguinte tese jurídica: «O servidor público estadual tem direito à indenização por licenças-prêmios e especiais quando encerrado seu vínculo com a Administração, afastado o art. 190-A da Lei Complementar 381/2007 (na redação da Lei Complementar 534/2011) como possível impedimento, apurado o valor da reparação de acordo com a remuneração integral .

"[...]

"Denota-se, pois, que à época em que prolatado o decisum rescindendo, a orientação, vinculativa, que emanava dos Tribunais Superiores já de dava em sentido diverso daquele adotado pela Segunda Câmara de Direito Público desta e. Corte.

"Relevante destacar, por oportuno, que o acórdão ora objurgado deixou de fazer distinção entre a situação então discutida no processo e a orientação vinculativa das Cortes Superiores, sequer mencionando-as. Ou seja, aquele e. Órgão fracionário, em resumo, fundamentou seu decisum no art. 190-A da LCE n. 381/07, que estabelece que o servidor público estadual apenas poderia usufruir da licença-prêmio mediante requerimento administrativo a ser realizado antes da sua inativação, sendo viável a indenização nas hipóteses em que ocorrer a negativa de gozo ao seu direito, sem, contudo, fazer referência ao entendimento do STF e do STJ acerca do tema, hipótese que configura violação à norma jurídica passível de correção pela via rescisória.

"Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Fredie Didier Jr. E de Leonardo Carneiro da Cunha:

" O dever de coerência, previsto no art. 926 do CPC, impõe o dever de autorreferência, que é o dever de dialogar com os precedentes anteriores, até mesmo para superá-los ou para fazer a adequada distinção.

" Se a decisão não segue o precedente sem fazer qualquer distinção, irá conter uma manifesta violação à correspondente norma jurídica .

"Sobre a admissibilidade de ação rescisória contra decisão contrária à entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, proferida em data posterior a tal pacificação, cita-se o seguinte precedente:

" PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. QUESTÃO DE FUNDO, RELATIVA À INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA SOBRE O ABONO DE PERMANÊNCIA, QUE POSSUI NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL.

" ACÓRDÃO RESCINDENDO PROLATADO EM 13/04/2011, APÓS A PACIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O ASSUNTO, EM 25/08/2010, PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC, DO RESP 1.192.556/PE (REL. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE DE 06/09/2010). INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF. HIPÓTESE EM QUE O TRIBUNAL DE ORIGEM, AO MANTER O INDEFERIMENTO LIMINAR DA PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO RESCISÓRIA, SOB O FUNDAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DA RESCISÓRIA, O FEZ COM SUPORTE NO ART. 285-A DO CPC. FALTA DE OBSERVÂNCIA, NO ENTANTO, DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APLICAÇÃO DESSE DISPOSITIVO PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA QUE A AÇÃO RESCISÓRIA SEJA PROCESSADA.

" I. A Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o REsp 1.001.779/DF (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 18/12/2009), deixou consignado que, nos termos da Súmula 343 do STF, «não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais». A ação rescisória, a contrario sensu, resta, então, cabível, se, à época do julgamento, cessara a divergência, hipótese em que o julgado divergente, ao revés de afrontar a jurisprudência, viola a lei que confere fundamento jurídico ao pedido.

" II. Recentemente, a Corte Especial do STJ, ao julgar o REsp 736.650/MT (Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe de 01/09/2014), também proclamou que a pacificação da jurisprudência deste Tribunal, em sentido contrário e posteriormente ao acórdão rescindendo, não afasta a aplicação da Súmula 343/STF. Entretanto, firmado o posicionamento do STJ, quanto à interpretação de determinada norma infraconstitucional, torna-se cabível a ação rescisória contra julgado proferido em data posterior à pacificação, desde que contrário ao entendimento que se consolidou neste Tribunal, afastando-se, em tal hipótese, a incidência do referido enunciado sumular.

" III. Por outro lado, é certo que a Corte Especial do STJ, em reiterados julgados, vinha decidindo no sentido de que, em se tratando de matéria constitucional, não se aplica a Súmula 343/STF (EREsp 155.654/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU de 23/08/1999; AgRg nos EREsp 115.316/DF, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJU de 25/08/2003; EREsp 687.903/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 19/11/2009; EREsp 953.174/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, DJe de 01/07/2013). Ocorre que, em 22/10/2014, o Plenário do STF, no julgamento do RE 590.809/RS, sob a relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO MELLO e sob o regime de repercussão geral, pacificou o entendimento no sentido de que deve ser refutada «a assertiva de que o Enunciado 343 da Súmula do STF («Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais») deveria ser afastado, aprioristicamente, em caso de matéria constitucional».

" IV. Sobre a questão de fundo, antes de a Primeira Seção do STJ julgar, em 25/08/2010, sob o rito do art. 543-C do CPC, o REsp 1.192.556/PE (Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 06/09/2010), havia divergência jurisprudencial acerca da incidência, ou não, do Imposto de Renda sobre o abono de permanência, o que, nos termos da Súmula 343/STF, não autorizaria o cabimento de ação rescisória, por ofensa a literal dispositivo de lei, para a hipótese em que a decisão rescindenda houvesse sido proferida antes do julgamento do retromencionado Recurso Especial repetitivo, o que, entretanto, não é o caso dos autos, no qual o acórdão rescindendo foi proferido em 13/04/2011, após a pacificação do entendimento do STJ sobre a matéria, em 25/08/2010, sob o rito do art. 543- C do CPC. V. O Plenário do STF, ao julgar o RE 688.001/RS (Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 18/11/2013), proclamou que é de natureza

infraconstitucional e não possui repercussão geral, a questão relativa à incidência do Imposto de Renda sobre o abono de permanência.

“ VI. De fato, independentemente de ser infraconstitucional a questão relativa à incidência do Imposto de Renda sobre o abono de permanência, não incide, na espécie, a Súmula 343/STF, pois, à época em que foi prolatado o acórdão rescindendo (13/04/2011), o STJ já havia pacificado sua jurisprudência, sobre a questão de fundo, em sentido contrário ao acórdão rescindendo, desde o julgamento, em 25/08/2010, sob o regime do art. 543- C do CPC, do REsp 1.192.556/PE (STJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 06/09/2010). Em hipótese idêntica à dos presentes autos, aliás, a Primeira Turma do STJ, ao julgar o AgRg no AREsp 373.784/RS (Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe de 18/02/2014), considerou inaplicável a Súmula 343/STF e determinou que o Tribunal de origem prosseguisse no julgamento da Ação Rescisória.

“ VII. Nos presentes autos, ao manter o indeferimento liminar da petição inicial da Ação Rescisória, sob o fundamento da improcedência liminar da Rescisória, o Tribunal de origem indicou, como suporte legal para a extinção do processo, o art. 285-A do CPC. No entanto, deve ser afastada a aplicação do referido dispositivo processual, na espécie, seja porque não foi indicada qualquer decisão anterior, de indeferimento liminar de petição inicial de ação rescisória, em caso idêntico, seja porque o acórdão recorrido, ao considerar que a interpretação do § 19 do art. 40 da Constituição Federal influenciaria diretamente na interpretação do art. 43 do CTN, divergiu da orientação firmada, tanto pelo STF, quanto pelo STJ, no sentido de que a questão, em torno da incidência do Imposto de Renda sobre o abono de permanência, é de natureza infraconstitucional.

“ VIII. Recurso Especial provido, para determinar que a Ação Rescisória seja regularmente processada. (REsp 1517595/RS, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 01/07/2015 - sem grifos no original) .

“Nesse contexto, plenamente passível de rescisão o acórdão que ignorou os precedentes vinculativos e indeferiu o pleito indenizatório por meio do qual a demandante buscava compensação financeira pelo período equivalente às licenças-prêmio não gozadas, restando, pois, configurada a hipótese prevista no art. 966, inciso V, §§ 5º e 6º do Código de Processo Civil.

“[...]”

“Ante o exposto, o voto é pela procedência do pleito rescisório, desconstituindo-se em parte o acórdão proferido nos autos de n. 0016315-40.2013.8.24.0023, apenas no tocante ao pedido relativo ao pagamento de indenização pelas licenças-prêmio não gozadas.

“Isento o ente público, das custas, nos termos do art. 35, *ch*, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com a redação da Lei Complementar Estadual n. 524/10.

“Condeneo o réu ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da condenação.

“Restitua-se o depósito equivalente a 5% do valor da causa, a teor do disposto no art. 974 do Código de Processo Civil” (TJSC - Ação Rescisória n. 4034000-85.2018.8.24.0000, da Capital, Relatora Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, julgado em 27/11/2019).

Nesse passo, negar ao servidor inativo demandante o direito de ser indenizado pelos períodos de licença-prêmio ou especial que deixou de usufruir quando estava na ativa, violaria literal disposição de lei, vale dizer, afrontaria o art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Magna (o direito adquirido e o ato jurídico perfeito), bem como o disposto no art. 884, do Código Civil, que veda o

enriquecimento sem causa da Administração Pública (à custa do trabalho alheio), circunstâncias que autorizam a indenização pecuniária dos respectivos períodos desse benefício em pecúnia; além da violação, como apontado pela Desembargadora Vera Copetti, das normas jurídicas emanadas dos precedentes vinculantes oriundos da repercussão geral decidida pelo Supremo Tribunal Federal e de recursos repetitivos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça; de sorte que a presente ação rescisória encontra supedâneo no art. 966, inciso V, c/c os §§ 5º e 6º, do Código de Processo Civil.

Assim, é irrelevante o motivo pelo qual o servidor público civil ou militar não usufruiu dos períodos de licença-prêmio/especial quando ainda está na ativa, ou seja, o fato de não ter usufruído a licença por culpa exclusiva dele ou por culpa da Administração Pública não afasta a pretensão indenizatória, mormente porque «ocorrido o fato aquisitivo que conferiu ao servidor o direito de gozar da licença-prêmio, este se incorpora ao patrimônio daquele, pelo que não pode ser expropriado (TJSC - AC n. 2012.064853-9, de Palmitos, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 25/9/2012), de sorte que é «despicienda a discussão acerca da existência ou não de culpa do Poder Público e se não foram usufruídas por necessidade de serviço (TJSC - AC n. 2002.004491-1, da Capital, Rel. Des. João Martins, j. em 03/10/2002), ou por culpa do servidor que não as usufruiu durante a ativa.

O fato de a parte autora não ter demonstrado a solicitação do gozo dos períodos de licença-prêmio/especial durante o tempo em que estava na ativa, não caracteriza renúncia ao direito indenizatório.

Ademais, «não configura renúncia, a negativa do servidor em usufruir licença-prêmio quando do processo de aposentadoria, pois naquele momento, o objetivo é a concessão da inativação, e não o gozo do benefício que o Estado deixou de propiciar enquanto em atividade (TJSC - Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2008.020303-3, da Capital, Relª. Desª. Sônia Maria Schmitz, julgado em 22/07/2008).

Nesse passo, há que se julgar procedente o pedido rescisório para deconstituir o acórdão rescindendo (Reexame Necessário n. 0809730-36.2013.8.24.0023), por "violar manifestamente norma jurídica" (art. 966, inciso V, §§ 5º e 6º, do CPC) e, nos termos do art. 974, do Código de Processo Civil, julga-se procedente o pedido deduzido na ação originária para condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização relativo a trezentos e trinta (330) dias de licença especial não usufruída antes da transferência do autor para a reserva remunerada.

No que diz respeito à base de cálculo, nos casos de indenização de licença-prêmio/especial não usufruída na atividade, não é o soldo, como estabelece o art. 9º da Lei Complementar Estadual n. 52, de 29/05/1992, que reestruturou a remuneração dos servidores públicos militares, extinguiu gratificações e indenizações (posterior à LCE n. 36/1991), segundo o qual «aos Servidores Militares que optarem pela permanência no trabalho durante período de gozo de licença especial será concedida uma indenização mensal correspondente a 100% (cem por cento) do respectivo soldo, até o limite de 01 (um) período, por ano (art. 9º).

Isso porque a indenização mensal correspondente a 100% do soldo a que se refere a norma do art. 9º da Lei Complementar Estadual n. 52/1992, cuja interpretação não é controvertida, ao

contrário, a redação é extremamente clara, é devida aos Servidores Militares que optarem pela permanência no trabalho durante período de gozo de licença especial, até o limite de um (01) período de licença especial por ano, o que não se aplica aos servidores transferidos para a reserva remunerada e que não usufruíram a licença durante a ativa, porque o valor da indenização deve ser calculado com base na última remuneração bruta percebida antes da inativação.

Então, chega-se à conclusão de que a última remuneração integral, percebida antes da transferência para a reserva, é a base de cálculo da indenização da licença/especial não usufruída, porque esse seria o valor que o servidor perceberia se tivesse usufruído o período de licença quando ainda estava em atividade. Aliás, não seria crível que o servidor, se houvesse redução da remuneração, requeresse a fruição da licença.

Este Tribunal de Justiça, a respeito, já decidiu:

“APELAÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR INATIVO. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA ANTES DA APOSENTADORIA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO ESTADO. TESE IMPROFÍCUA. DIREITO À INDENIZAÇÃO ASSENTE. VEDAÇÃO DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. BASE DE CÁLCULO. ÚLTIMA REMUNERAÇÃO BRUTA DO SERVIDOR. PRECEDENTES DESTA CORTE”. (TJSC - AC n. 2014.005367-1, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, julgada em 08/09/2015 - grifou-se).

No mesmo sentido: TJSC - AC n. 2014.052838-1, da Capital, Primeira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, julgada em 28/04/2015; TJSC - AC n. 2013.073328-8, da Capital, Segunda Câmara de Direito Público, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgada em 18/11/2014; TJSC - AC n. 2008.024614-3, de São João Batista, Terceira Câmara de Direito Público, Rel.^a Des.^a Substituta Sônia Maria Schmitz, julgada em 30/09/2008; TJSC - AC n. 2009.030759-2, de São Miguel do Oeste, Quarta Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Volpato de Souza, julgada em 06/10/2011.

Contudo, há que ressaltar que a remuneração bruta a que referem os julgados acima indicados é aquela que não leva em conta as verbas de caráter transitório ou, dito de outra forma, considera o valor do vencimento acrescido das vantagens de caráter permanente.

Em relação aos consectários legais que deverão incidir sobre o valor devido a título de indenização, é importante lembrar que no Recurso Extraordinário n. 870.947/SE, com repercussão geral (TEMA 810), o Supremo Tribunal Federal reafirmou a inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei Federal n. 9.494/1997, pela redação da Lei Federal n. 11.960/2009, e escolheu o IPCA-E como índice de correção monetária, nestes termos:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE

DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

“O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput), no seu núcleo essencial, revela que 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 jurídicotributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

“O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

“A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIWI, N.G. Macroeconomia. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. Macroeconomia . São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. Macroeconomia. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

“A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

“Recurso extraordinário parcialmente provido”. (grifou-se).

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando essa decisão, julgou os Recursos Especiais n. 1.495.146/MG, 1.492.221/PR e 1.495.144/RS, relatados pelo Ministro Mauro Campbell Marques, sob a sistemática de recursos repetitivos (TEMA 905), e reafirmou a aplicação do IPCA-E como fator de correção monetária nas dívidas da Fazenda Pública para com seus servidores.

Todavia, o Ministro Luiz Fux, relator do Recurso Extraordinário n. 870.947/SE, por decisão monocrática de 24/09/2018, atribuiu efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos contra acórdão do mencionado recurso extraordinário referente ao TEMA 810, sob o fundamento de que é possível que haja modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade antes mencionada, daí por que “a imediata aplicação do decisum embargado pelas instâncias a quo, antes da apreciação por esta Suprema Corte do pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida, pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combalidas finanças públicas”.

Diante dessa decisão da Suprema Corte, por cautela, tendo em vista o pedido, nos embargos de declaração, da modulação dos efeitos da decisão tomada na Repercussão Geral do Recurso Extraordinário n. 870.947/SE (TEMA 810), determinou-se a suspensão da aplicação desse tema, evitando-se, assim, pagamentos que possam, no futuro, vir a ser considerados indevidos.

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu a aplicação do TEMA 905.

Em face disso, este Tribunal determinou a suspensão da aplicação do IPCA-E para correção monetária das condenações da Fazenda Pública ao pagamento de verbas devidas a servidores públicos, porém, autorizou o cumprimento provisório da sentença, desde que a correção monetária fosse baseada na Taxa Referencial (TR).

Contudo, no dia 03/10/2019, o Supremo Tribunal Federal julgou os diversos embargos de declaração que haviam sido opostos, sem adicionar qualquer modulação à fixação da tese do TEMA 810, de sorte que não há mais razão para continuar suspensa a aplicação do índice de correção monetária substitutivo da Taxa de Referencial (TR) declarada inconstitucional, que no caso é o IPCA-E.

Assim, tratando a condenação aqui discutida de verba devida a servidor público, deve ser aplicado o IPCA-E como índice de correção monetária; e os juros de mora, que não tiveram qualquer alteração pelos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao contido no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, devem ser calculados, a partir da data da citação do ente público condenado ou da notificação da autoridade impetrada (nos mandados de segurança), para as prestações que lhe forem anteriores, e, a partir do vencimento de cada parcela, para as prestações posteriores, pelos índices de remuneração adicional da caderneta de poupança, ou seja, 6% ao ano (ou 0,5% ao mês), nos meses em que a taxa do SELIC for igual ou superior a 8,5% ao ano, e o que resultar do cálculo de 70% da taxa do SELIC, quando ela estiver fixada em menos de 8,5% ao ano.

Pelo exposto, julga-se procedente o pedido rescisório para desconstituir o acórdão rescindendo (Reexame Necessário n. 0809730-36.2013.8.24.0023), por "violar manifestamente norma jurídica" (art. 966, inciso V, §§ 5º e 6º, do CPC) e, nos termos do art. 974, do Código de Processo Civil, se julga procedente o pedido deduzido na ação originária para condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de indenização relativa a trezentos e trinta (330) dias de licença especial não usufruída antes da transferência do autor para a reserva remunerada, devendo ser acrescidos ao valor devido os consectários legais, na forma acima indicada.

O Estado de Santa Catarina, nos termos do art. 35, alínea "h", da Lei Complementar Estadual n. 156/1977, com redação da Lei Complementar n. 524/2010, é isento do pagamento de custas.

Em razão da procedência do pedido rescisório, condena-se o Estado de Santa Catarina ao pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (art. 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil).

Julgado procedente o pedido rescisório, restitua-se ao autor o valor a que se refere o art. 968, inciso II, do Código de Processo Civil.

Voto no sentido de julgar procedente o pedido rescisório.

Documento eletrônico assinado por JAIME RAMOS, Desembargador Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 10936v271 e do código CRC 6de20231. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): JAIME RAMOS Data e Hora: 2/3/2020, às 19:24:19

Ação Rescisória (Grupo Público) Nº 5000549-18.2019.8.24.0000/

RELATOR: Desembargador JAIME RAMOS

AUTOR: VALTER CIMOLIN

RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

VOTO DIVERGENTE

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LICENÇA-PRÊMIO NÃO POSTULADA ANTES DA APOSENTADORIA. INOVAÇÃO LEGISLATIVA ADVINDA COM O ART. 190-A DA LEI COMPLEMENTAR N. 381/07, ACRESCENTADO PELA LEI COMPLEMENTAR N. 534/11. FIXAÇÃO DE TESE, EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR), AFASTANDO A APLICAÇÃO DA NORMA SEM OBSERVÂNCIA DA FORMA DEVIDA E DO ÓRGÃO JURISDICIONAL COMPETENTE. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (ART. 97 DA CRFB/88) E AO ENUNCIADO DE SÚMULA VINCULANTE N. 10 DO STF. O afastamento do "art. 190-A da Lei Complementar 381/2007 (na redação da Lei Complementar 534/2011) como possível impedimento" ao recebimento de indenização, em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), viola o princípio da cláusula de reserva de plenário, estabelecido no art. 97 da Constituição da República Federativa de 1988, bem como o enunciado de súmula vinculante n. 10, do Supremo Tribunal Federal, de forma que, enquanto não declarada a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, a tempo e modo devidos e pelo órgão jurisdicional competente, deve prevalecer o princípio da legalidade que rege a Administração Pública, com fulcro no art. 37, caput, da CRFB/88.

Com a devida venia, divergi da douta maioria pelas seguintes razões:

A Lei n. 534/11 acrescentou o art. 190-A à Lei Complementar Estadual n. 381/07, a prever que a licença-prêmio deve ser usufruída integralmente antes da aposentadoria e que a ausência do pedido de gozo antes da inatividade acarreta a perda do direito à benesse, assim dispondo:

"Art. 190-A. Os períodos aquisitivos de licenças-prêmio previstas no art. 78 da Lei nº 6.745, de 28 de dezembro de 1985, no art. 135 da Lei nº 6.843, de 28 de julho de 1986, e no art. 118 da Lei nº 6.844, de 29 de julho de

1986, ou da licença especial do art. 69 da Lei nº 6.218, de 10 de fevereiro de 1983, poderão ser usufruídos de forma parcelada, em período não inferior a 30 (trinta) dias. § 1º As licenças-prêmio ou licenças especiais acumuladas serão usufruídas de acordo com a conveniência e o interesse público. § 2º As licenças-prêmio e licenças especiais referidas no caput deste artigo deverão ser usufruídas integralmente antes da concessão da aposentadoria voluntária ou compulsória. § 3º Terá prioridade no usufruto de licenças-prêmio ou licenças especiais o servidor que estiver mais próximo de atender aos requisitos para fins de aposentadoria ou de atingir a idade limite prevista para a aposentadoria compulsória. § 4º A apresentação de pedido de passagem à inatividade sem prévia e oportuna apresentação do requerimento de gozo implicará perda do direito à licença-prêmio e à licença especial” (sem grifos no original).

Nos termos do art. 82 da LC n. 534/11, “Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação”, ocorrida no dia 20.4.11, de modo que os efeitos dos direitos nela descritos se iniciam a partir dessa data.

A análise da norma permite concluir duas situações:

1) se o servidor se aposentou antes de 20.4.11, o novo dispositivo não se aplica, haja vista que, diante do princípio da legalidade que rege a Administração Pública (art. 37, caput, da CRFB/88), não se pode atribuir efeitos retroativos à norma, à medida que a lei nova se aplica, como regra, aos casos futuros, tendo efeito imediato e geral, a teor do que estabelece o art. 6º, caput, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não podendo retroagir para alterar situações jurídicas consolidadas de acordo com a vigência da lei anterior, a fim de que sejam asseguradas a certeza e a segurança nas relações jurídicas.

Portanto, nessa situação, é irrelevante qualquer discussão acerca de sua aplicabilidade ou (in) constitucionalidade, visto que a lei não tem aplicabilidade às situações ocorridas antes da publicação da lei.

2) se o servidor se aposentou depois de 20.4.11, ou seja, após a vigência da lei, submete-se à nova norma que estabeleceu a perda do direito à licença prêmio quando não houver prévio e oportuno requerimento do gozo.

Assim, nos termos do art. 190-A da LCE n. 534/11, o servidor deveria formular requerimento para usufruir o benefício, permitindo, dessa forma, ao Estado se manifestar sobre a concessão do gozo. Todavia, a ausência do pedido a tempo e modo devidos para, posteriormente, requerer judicialmente a indenização, viola a previsão da lei que visa, exatamente, combater este tipo de atitude danosa aos cofres públicos.

Dessa feita, a questão deve ser apreciada com base na lei vigente à época da aposentação.

Ocorre que a tese firmada pelos eminentes pares por ocasião do julgamento deste IRDR, a meu ver, não pode prosperar, uma vez que o mero afastamento do “art. 190-A da Lei Complementar 381/2007 (na redação da Lei Complementar 534/2011) como possível impedimento” (fl. 845 - grifou-se) para o recebimento da indenização viola o princípio da cláusula de reserva de plenário, estabelecida no art. 97, da Constituição da República Federativa de 1988, como também o enunciado de súmula vinculante n. 10, do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (grifou-se).

“Súmula vinculante n. 10 do STF: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte” (grifou-se).

A este respeito, colaciona-se do STF:

“Tem-se, portanto, que norma cogente de legislação foi afastada, de modo a fundamentar-se o acolhimento dos pedidos formulados pela parte recorrida, o que foi feito mediante julgamento por órgão fracionário do Tribunal local, violando, destarte, a reserva de plenário a que alude o artigo 97 da Constituição Federal” (STF, RE n. 771.222, rel. Min. Dias Toffoli, j. 7.4.14).

Anote-se que a competência para o julgamento de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é do Órgão Especial, nos termos do art. 3º, I, *cf*, do Regimento Interno deste Tribunal, cuja decisão apenas vincularia os demais Órgãos Fracionários nas hipóteses de julgamento unânime, conforme preceitua o art. 160, caput, do Regimento Interno deste Tribunal (“A decisão declaratória, ou denegatória da inconstitucionalidade, se unânime, torna-se, para o futuro, de aplicação obrigatória aos casos análogos, pelas Câmaras (...)”).

Logo, como o tema não foi analisado a tempo e modo devidos e pelo órgão competente, entendo que houve violação à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CRFB/88) e à súmula vinculante n. 10 do STF, de forma que, enquanto não declarada a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado da forma devida e pelo órgão jurisdicional competente, deve prevalecer o princípio da legalidade que rege a Administração Pública, com fulcro no art. 37, caput, da CRFB/88.

Nesse contexto, no voto no sentido de julgar improcedente a ação rescisória.

Documento eletrônico assinado por FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO, Desembargador, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 43045v7 e do código CRC fc90c48c. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO Data e Hora: 3/3/2020, às 16:8:5

Ação Rescisória (Grupo Público) Nº 5000549-18.2019.8.24.0000/

RELATOR: Desembargador JAIME RAMOS

AUTOR: VALTER CIMOLIN

RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AÇÃO RESCISÓRIA. POLICIAL MILITAR. LICENÇA ESPECIAL NÃO USUFRUÍDA ANTES DA PASSAGEM PARA A RESERVA REMUNERADA. PEDIDO INDENIZATÓRIO JULGADO PROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA EM REEXAME. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE APLICA O ART. 190-A, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 381/2007, COM REDAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N. 354/2011, QUE EXIGE A FRUIÇÃO DA LICENÇA ESPECIAL OU DA LICENÇA-PRÊMIO ANTES DA INATIVAÇÃO. EXISTÊNCIA, À ÉPOCA DO ACÓRDÃO RESCINDENDO, DE DECISÕES EM SENTIDO CONTRÁRIO PROLATADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL, E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM RECURSO REPETITIVO. JURISPRUDÊNCIA DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA UNIFORMIZADA POSTERIORMENTE EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (TEMA 3). ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE VIOLA MANIFESTAMENTE NORMA JURÍDICA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por maioria, vencido o Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO, julgar procedente o pedido rescisório, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2020.

Documento eletrônico assinado por JAIME RAMOS, Desembargador Relator, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 10937v31 e do código CRC 7c58ec50. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): JAIME RAMOS Data e Hora: 2/3/2020, às 19:24:12

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO Ordinária DE 26/02/2020

Ação Rescisória (Grupo Público) Nº 5000549-18.2019.8.24.0000/

RELATOR: Desembargador JAIME RAMOS

PRESIDENTE: Desembargador SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ

PROCURADOR(A): ELIANA VOLCATO NUNES

SUSTENTAÇÃO ORAL: ANA CLAUDIA COLATTO por VALTER CIMOLIN

AUTOR: VALTER CIMOLIN

ADVOGADO: ANA CLAUDIA COLATTO (OAB SC007137)

RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Ordinária do dia 26/02/2020, às , na sequência 4, disponibilizada no DE de 06/02/2020.

Certifico que o(a) Grupo de Câmaras de Direito Público, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão: APÓS O VOTO DO DESEMBARGADOR JAIME RAMOS NO SENTIDO DE JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO RESCISÓRIO, DA DIVERGÊNCIA INAUGURADA PELO DESEMBARGADOR FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO NO SENTIDO DE NEGAR PROVIMENTO À RESCISÓRIA , E OS VOTOS DO DESEMBARGADOR HENRY PETRY JUNIOR, DO DESEMBARGADOR LUIZ FERNANDO BOLLER, DO DESEMBARGADOR RODOLFO CEZAR RIBEIRO DA SILVA TRIDAPALLI, DO DESEMBARGADOR PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA E DO DESEMBARGADOR HÉLIO DO VALLE PEREIRA ACOMPANHANDO O RELATOR, O(A) GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DECIDIU, POR MAIORIA, VENCIDO O DESEMBARGADOR FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO, JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO RESCISÓRIO.

RELATOR DO ACÓRDÃO: Desembargador JAIME RAMOS

Votante: Desembargador JAIME RAMOS
Votante: Desembargador SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ
Votante: Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ
Votante: Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Votante: Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Votante: Desembargador HENRY PETRY JUNIOR
Votante: Desembargador RONEI DANIELLI
Votante: Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Votante: Desembargador RODRIGO COLLAÇO
Votante: Desembargador RODOLFO CEZAR RIBEIRO DA SILVA TRIDAPALLI
Votante: Desembargador ODSON CARDOSO FILHO
Votante: Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Votante: Desembargadora VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI
Votante: Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO
Votante: Desembargador HÉLIO DO VALLE PEREIRA
Votante: Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCO
Votante: Desembargador VILSON FONTANA
Votante: Desembargador CID GOULART

GRAZZIELLE RAVIZON DA SIQUEIRA VIEIRA Secretária

MANIFESTAÇÕES DOS MAGISTRADOS VOTANTES Divergência em 02/03/2020 12:16:54
- Grupo de Câmaras de Direito Público - Gab.15 - Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO.

Ação Rescisória n. 0020032-27.2016.8.24.0000, Capital

Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu

AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. AÇÃO INDENIZATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. FALECIMENTO DE RECÉM-NASCIDO. DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, APÓS A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INSURGÊNCIA DOS AUTORES DA AÇÃO ORIGINÁRIA POR MEIO DE APELAÇÃO. PROVIMENTO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. OMISSÃO QUANTO A ASPECTOS RELEVANTES DA PROVA PERICIAL, NOTADAMENTE QUANTO AO AFASTAMENTO DA CONDUTA CULPOSA DOS MÉDICOS. RESPONSABILIDADE NÃO DEMONSTRADA, ADEMAIS, EM RELAÇÃO AO MÉDICO CUJO PLANTÃO SE ENCERROU ANTES DO PARTO. ASPECTOS QUE, NA ESPÉCIE, TERIAM O CONDÃO DE ALTERAR O RESULTADO DO JULGAMENTO, TANTO QUE, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, SE DERA A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. PROVA TÉCNICA QUE AFASTA A NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA DO MÉDICO REQUERIDO. OBRIGAÇÃO DE 'MEIO' QUE NÃO PRESCINDE DA DEMONSTRAÇÃO DE EQUÍVOCO/ERRO DURANTE A EXECUÇÃO DO PROCEDIMENTO. CIRCUNSTÂNCIA NÃO EXAMINADA PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, E SOBRE A QUAL NÃO HOUVE MANIFESTAÇÃO OU DIVERGÊNCIA. REQUISITOS PARA A RESCISÃO PRESENTES. DEMANDA JULGADA PROCEDENTE PARA DESCONSTITUIR O JULGADO IMPUGNADO E O TÍTULO EXECUTIVO QUE O EMBASA.

Para o STJ, são requisitos para a ação rescisória baseada no erro de fato: i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato (STJ, 2.ª T., AR 1.421, Min. Massami Uyeda, j. 26.05.2010, DJ 08.10.10).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0020032-27.2016.8.24.0000, da comarca da Capital 1ª Vara da Fazenda Pública em que é Autor Jorge Abi Saab Neto e Réu Zenilda Conceição da Silva e outros.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria, julgar procedente a ação rescisória, para, desconstituindo-se o julgado de segunda instância e o título executivo que nele se embasa, determinar a manutenção da sentença que decretou a improcedência da ação indenizatória movida pelos requeridos contra o ora autor. Vencido o Des. Ronei Danielli. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 26 de fevereiro de 2020, foi presidido pelo Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, com voto, e dele participaram os Desembargadores Cid Goulart, Jaime Ramos, Sônia Maria Schmitz, Henry Petry Junior, Ronei Danielli, Luiz Fernando Boller, Rodrigo Collaço, Rodolfo Tridapalli, Odson Cardoso Filho, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Hélio do Valle Pereira, Denise de Souza Luiz Francoski, Vilson Fontana e Francisco Oliveira Neto.

Florianópolis, 04 de março de 2020.

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Relator

RELATÓRIO

Jorge Abi Saab Neto, aforou ação rescisória para rescindir decisão da Segunda Câmara de Direito Público, transitada em julgado, exarada em sede de ação indenizatória, movida por Zenilda Conceição da Silva e Gilberto Bartolomeu de Jesus, que deu parcial provimento ao recurso para condenar os réus, solidariamente, a pagar R\$ 150.000,00 a título de danos morais e pensão mensal.

O Requerente alega, em síntese, que: a) os dois primeiros réus propuseram ação de indenização contra o autor, por suposto erro médico no procedimento de realização do parto da requerida Zenilda Conceição da Silva, e que teria acarretado o óbito do recém nascido do casal; b) para embasar a pretensão reparatória, afirmaram que seria paciente de risco, em razão de possuir pressão alta, o que deveria ser considerado como indicação para realização de parto cesárea; c) afirmaram que a ré foi internada por volta das 13:30h do dia 06.07.2005 e que o parto foi apenas realizado às 2h do dia 07.07.2005, de modo que a demora na realização do parto pela equipe do hospital Carmela Dutra foi o fato que acarretou o falecimento de seu filho; d) a ação de indenização foi direcionada contra o Hospital Carmela Dutra, contra a médica residente que acompanhou o parto, Juliana Moreira, e contra o médico Jorge (ora autor), que, apesar de ter saído do hospital às 18h do dia 06.07.2005, oito horas antes da realização do parto, era o plantonista da maternidade no momento da internação (13:30h); e) não foram indicadas como ré a médica que realizou o atendimento inicial, Dra. Simone Prates, que também foi plantonista das 18h até 20h, ou a médica responsável pela realização do parto, Dra. Andreia Maia Monteiro, que assumiu o plantão médico às 20h; f) a ação tramitou com uma série de vícios formais, tais como a realização de citação sem a juntada de todas as peças da inicial; g) apesar de todas as invalidades que macularam o direito de defesa, os pedidos iniciais foram julgados improcedentes pelo juízo de primeiro grau, porque a sentença reconheceu – embasada na prova pericial – que não havia ocorrido erro médico, já que não havia indicação médica para realização de parto cesárea, e que o falecimento do recém nascido poderia ser atribuído a diversos fatores, dentre os quais, inclusive, o fato de que a então autora Zenilda era fumante; h) a sentença frisou que a requerida Zenilda foi internada com níveis normais de pressão arterial, permanecendo em situação estável durante todo o tempo em que esteve sendo monitorada. Destacou, ainda, que não havia nenhuma indicação para a realização de parto cesárea, inclusive porque a ré já havia realizado três partos normais anteriormente, todos absolutamente regulares (fl. 742), frisando ser patente que havia indução de parto normal, uma vez que a pressão arterial da paciente era normal e a mesma não apresentava intolerância clínica (fl. 743); i) após a sentença, o feito foi contaminado por grave nulidade, posto que seu advogado teve o registro na Ordem dos Advogados do Brasil suspenso durante o trâmite do processo; j) assim, a decisão rescindenda violou literal disposição de lei já que teria sido prolatada na época em que o Requerente não possuía defesa técnica nos autos, o que implicaria em prejuízos evidentes; k) contra o decreto de improcedência foi interposto recurso de apelação pelos requeridos Zenilda e Gilberto, distribuído para a Segunda Câmara de Direito Público desta Corte; l) o recurso foi julgado à revelia da participação do autor, e a sentença culminou reformada, ocasionando a responsabilização do ora autor Jorge e do terceiro réu, Estado de Santa Catarina, pelo pagamento de indenização por danos morais e pensão mensal;

m) a então requerida Juliana foi isentada de responsabilidade, porque era médica residente na data do ocorrido; n) a decisão de mérito, que não foi objeto de recurso, pois o ora autor não detinha defesa técnica mais, passou em julgado em 23.09.2014 (fl. 835); o) houve, por isso, violação à lei e a erro de fato; p) houve também violação à lei, pois, apresentada defesa de próprio punho pelo réu, não houve regular intimação para constituir advogado; p) não era possível decretar a revelia do ora autor, pois havia litisconsortes passivos, os fatos eram comuns e foi apresentada defesa; q) o autor não negligenciou ordem da médica Andréia Maia Monteiro, pois esta assumiu o plantão após a saída do ora autor (tabela, fl. 106), de modo que ela não emitiu orientação inicial por parto cesárea; r) a Dra. Andreia não orientou para parto cesárea; s) o primeiro atendimento foi realizado pela Dra. Simone Prattes, que encaminhou a ré para a sala de parto, pois não havia contra-indicação para parto normal; t) o documento que indica pré-eclâmpsia foi obtido pela requerida um mês antes do parto, junto ao Hospital Regional de São José (fl. 21), sendo que a pré-eclâmpsia não é por si só um indicativo para realização de parto cesárea. Nada obstante o ora autor não recebeu, por ocasião do parto, tal documento e, portanto, não foi negligente; u) todos os sinais da requerida estavam regulares, o que foi corroborado por prova técnica, que inclusive declarou não existirem indícios de não observância das normas técnicas (fl. 722); v) não restou comprovado nexos de causalidade com o autor, de modo que violou-se a lei nesse sentido.

Ao final, requereu a concessão de liminar para suspender processo de execução em curso no primeiro grau de jurisdição e, no mérito, a procedência da demanda, para desconstituir o acórdão que embasa o procedimento coercitivo.

Durante a fase de admissibilidade, a inicial fora indeferida, pelo que o requerente apresentou embargos de declaração em razão de omissão, uma vez que a decisão monocrática prolatada pelo relator teria deixado de abordar as questões relativas à ausência de intimação do requerente, através de procurador habilitado, para participar da fase recursal do processo.

Os embargos foram providos, porém por fundamentos diversos, dado que entendera o signatário ter havido omissão quanto à alegação de mérito do juízo rescisório, passando ao largo a decisão indeferitória ao argumento de que o julgamento se dera contrariamente à prova dos autos. Por isso, os embargos foram acolhidos por motivação diversa e a liminar requestada, com o objetivo de suspender processo de execução contra o autor, fora deferida pelo signatário.

Contra a decisão que emprestara efeitos infringentes aos embargos, admitira a rescisória e deferira a liminar para suspender o curso do processo de execução em primeira instância, os requeridos interpuseram agravo interno, ao qual foi dado provimento, para manter a decisão de indeferimento da inicial, bem como majorar os honorários de advogado.

Houve nova oposição de aclaratórios pelo ora autor, que foram parcialmente acolhidos por decisão monocrática do relator designado, apenas para sanar afirmação contida no aresto, sem alteração, contudo, do indeferimento da inicial obtido pelos réus no aludido agravo interno (fls. 1.406 e seguintes).

Seguiu-se nova interposição de agravo interno contra a decisão monocrática de fls. 1.406, trazendo novamente ao colegiado a discussão acerca da admissibilidade da *actio*.

Em sede de contrarrazões ao agravo interno, os réus pugnaram pela manutenção da decisão que indeferira a inicial.

O Grupo de Câmaras de Direito Público, então, deu provimento ao agravo interno, por maioria, vencidos os Desembargadores Paulo Ricardo Bruschi, Odson Cardoso Filho, Francisco de Oliveira Neto e Vilson Fontana, que votaram pelo desprovimento da insurgência.

A ré Juliana Moreira apresentou contestação às fls. 1158 e limitou-se a arguir o não cabimento da ação rescisória.

Os requeridos Zenilda e Gilberto apresentaram contestação às fls. 1189 e seguintes, oportunidade em que agitaram as preliminares de: impugnação ao valor da causa, que deveria estar embasado no valor da execução constante na sentença rescindenda; de falta de pressuposto processual da ação, qual seja, a ausência de pedidos de rescisão do acórdão e o pedido de novo julgamento; prosseguimento da ação quanto ao alegado erro de fato e preclusão no tocante outros pontos; não ocorrência de nulidade quanto à pena de suspensão disciplinar aplicada pela OAB ao causídico do autor; não ocorrência de nulidade no tocante à apresentação de defesa de próprio punho pelo autor, dado que foi devidamente; impossibilidade de afastamento da revelia decretada em desfavor do autor, dado que o art. 320, I, do CPC/73 não se aplica ao litisconsórcio simples; não houve erro de fato no julgamento exarado no segundo grau de jurisdição; a via rescisória não se presta à demonstração de ausência de nexos causal entre a conduta do autor e o dano ocorrido; não se admite a rescisão do julgado por injustiça da decisão ou exame inadequado de provas.

Ao final, pugnou pelo acolhimento das preliminares aventadas ou, no mérito, improcedência da ação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Newton Henrique Trennepohl, disse não haver interesse a justificar a participação do Ministério Público no feito (fl. 1176).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de examinar a pretensão rescisória deduzida na presente demanda aforada por Jorge Abi Saab Neto, objetivando rescindir decisão da Segunda Câmara de Direito Público, transitada em julgado, exarada em sede de ação indenizatória movida por Zenilda Conceição da Silva e Gilberto Bartolomeu de Jesus, a qual deu parcial provimento ao recurso para condenar os réus, solidariamente, a pagar R\$ 150.000,00 a título de danos morais e pensão mensal, pelo falecimento de seu filho, durante o procedimento de parto.

Alerto, de imediato, que a presente ação rescisória foi ajuizada em 16.03.2016, e, portanto, seu regramento no tocante à admissibilidade, condições da ação e pressupostos processuais, segue as regras ditas pelo CPC/73.

Anoto, ainda, que as questões relativas à admissibilidade da ação, muitas das quais foram agitadas em sede de contestação, foram resolvidas no julgamento do agravo interno de fls. 1461-1470. Aliás, a bem da verdade, como admitiram os requeridos na peça de defesa, estão, a seu sentir, preclusas as demais nulidades apontadas, pois a inicial fora recebida apenas para tratar de erro de fato. Embora não estejam todas necessariamente preclusas, bem de ver que o feito pode ser julgado no mérito e que pode ser resolvido por poucos, porém relevantíssimos, fundamentos.

Pois bem.

A alegação constante na peça de entrada é a de que teria havido erro de fato no julgamento em segunda instância, notadamente quanto à inexistência de nexos causal entre a conduta profissional do requerido – como médico que atendeu a parturiente na data dos fatos – e o resultado indesejado – qual seja, o óbito, ao nascer, do filho dos autores. Alega-se também, ainda que de forma não tão precisa, que haveria contrariedade à Lei, por diversos aspectos que a inicial enumerou. Não é necessário que todos sejam enumerados. Explico.

Efetivamente, o autor alega contrariedade à Lei e o ‘erro de fato’ caracterizador dessa contrariedade, notadamente por ter o julgado se divorciado da prova encartada nos autos. Numa palavra, é a hipótese lançada no art. 485, IX, do CPC/73, *in verbis*:

Art 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

IX – fundada em erro de fato, resultante de atos ou documentos da causa.

§ 1.º Há erro de fato, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

O Superior Tribunal de Justiça, interpretando esse dispositivo legal, estabeleceu requisitos para a rescisão do julgado por erro de fato. Observe-se:

i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato (STJ, 2.ª T., AR 1.421, Min. Massami Uyeda, j. 26.05.2010, DJ 08.10.10).

No tocante ao erro de fato, ensina a jurisprudência que “o erro de fato 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 1.678/suppl., p.6). No mesmo sentido, RF 331/300 (NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil. 43. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 599).

Portanto, sem delongas, são estes requisitos a serem observados nesta ação. Por isso, é preciso que o erro de fato tenha sido relevante, a ponto de sugerir a inversão do julgamento e que não tenha havido apreciação dele ou que tenha havido eventual “desatenção”, nos termos da jurisprudência do STJ, quanto à prova. No caso dos autos, pensa-se, o erro de fato incide na eventual ausência de discussão sobre o resultado efetivo da prova pericial.

De início, tenho por certo que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, como afirmado tanto na sentença (que se quer restabelecer, pois deu pela improcedência da demanda), quanto no acórdão objeto do pedido rescisório (pois este inverteu o julgamento de primeiro grau, julgando procedente a ação reparatória). Não houve divergência nesse ponto. E não apenas é subjetiva, como o exame da responsabilidade civil do médico aqui recai no exame das chamadas “obrigações de meio”, que se contrapõem às “obrigações de resultado”. Sobre o tema esclarece Teresa Ancona Lopez:

A distinção entre esses dois tipos de obrigações é atribuída a Demogue, que a formulou incidentalmente ao tratar do problema da repartição do ônus da prova em matéria de obrigações contratuais e delituais.

É o próprio Demogue quem nos esclarece sobre a matéria, dizendo que há obrigação de meio quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. Como exemplo cita os serviços profissionais do médico que se obriga a usar de todos os meios indispensáveis para alcançar a cura do doente, porém sem jamais assegurar o resultado, isto é, a própria cura.

(...)

Podemos lembrar que não há nenhuma presunção de culpa do médico pelo insucesso da cura. Pelo contrário, é o cliente, ou sua família, quem tem que provar que o médico agiu com negligência, imprudência ou imperícia, para que possa receber a indenização. Isto se dá exatamente porque a obrigação que existe é de meio e não de resultado (*in* O dano Estético. 3. Ed. São Paulo: RT, 2004. p. 69-70).

Não se trata aqui de rediscutir a natureza da responsabilidade civil do médico, em tese (obrigação de meio), pois não parece ter havido divergência sobre ela, mas de rememorá-la, uma vez que é de seu conceito que parece ter partido eventual ausência de discussão/omissão sobre a prova encartada nos autos, notadamente a prova técnica. Nesse tocante, percebe-se, o aresto rescindendo deixou à margem do julgado afirmações categóricas entabuladas na prova pericial, como aquelas que deixaram claro ter a equipe técnica atuado com os protocolos corretos disponíveis para o caso, adequados ao propósito para o qual foi a tal equipe designada: realizar o parto.

Relevante destacar, demais disso, segundo consta nos autos, a autora foi internada para realização do parto às 13:30h do dia 06.07.2005, e o parto foi realizado às 02:00h do dia 07.07.2005, quando já encerrado o plantão do ora autor e requerido na ação principal (o plantão encerrava-se às 18:00h do dia 06.07.2005). Nesse sentido, era praticamente impossível atestar que a conduta do requerido pudesse revelar nexos causal com o resultado ‘morte’ do recém nascido, pois não mais se encontrava no local. Nada obstante, de toda a equipe de médicos que acompanhara o parto, apenas o requerido Jorge Abi-Saab Neto foi demandado, justo quem não se encontrava no local após o

encerramento do seu plantão. Ora, se nas 'obrigações de meio' a conduta sobreleva o resultado, e se é, por assim dizer, impossível aferir a conduta do ora autor/requerido, soa evidente a sua ausência de responsabilidade pelo evento. E, ao que tudo indica, assim sucede também com a equipe médica que realizou o parto.

Nesse particular, embora a apreciação da prova pericial em relação ao médico, ora autor, que sequer participou do ato seja desnecessária, destaca-se que, segundo o laudo, em tese, a pressão arterial da requerida, durante o procedimento do parto, era normal, e que houve monitorização cardio-fetal durante o período pré-cesárea e que a causa do óbito foi asfixia causada pelo descolamento da placenta. Observe-se (fl. 857):

Nas folhas 430 a 434, manifestação da Dra. Leila, gerente técnica da maternidade Carmela Dutra a respeito do atendimento médico da Sra. Zenilda, destacando-se: que houve monitorização cardio-fetal durante o período pré-cesárea; que a gestante era fumante de dois cigarros por dia; que foi induzido o parto com acompanhamento obstétrico e devidamente registrado no partograma; que o feto não apresentava alterações nos batimentos cardíacos fetais; que às 02:10 horas foi constatado alterações do batimento cardíaco fetal e indicado a cesariana por sofrimento fetal agudo; o sangramento vaginal moderado iniciou a caminho do centro cirúrgico; a causa do sofrimento fetal foi constatada durante a cesárea, o descolamento precoce da placenta numa área aproximada de 20%.

Nas folhas 435, manifestação do Dr. Jorge, a respeito do atendimento médico da Sra. Zenilda, destacando-se que havia indicação para a indução do parto; a pressão arterial da Sra. Zenilda era normal; não apresentava qualquer intercorrência clínica; a indicação de cesárea foi o quadro de sofrimento fetal agudo.

Os procedimentos médicos adotados estão de acordo com os preconizados por diretrizes obstétricas da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) e do próprio Ministério da Saúde.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluímos que não há indícios de inobservância de normas técnicas por parte da equipe médica e de enfermagem, durante o atendimento obstétrico e neonatal realizado na Sra. Zenilda no seu recém-nato.

Um dos aspectos fáticos que levou os requeridos a pleitearem indenização teria sido a demora na realização do parto cesárea. A esse respeito, repita-se, embora indiferente ao autor, o perito foi categórico ao negar essa relação de causa e efeito como motivo para o óbito do recém-nato (Quesito 1, fl. 860). E, no quesito 2, de mesmas folhas, indagado sobre os sinais de pré-eclampsia e a possível demora na realização do parto, disse:

Considerando a ausência de sinais e sintomas, materno e fetal, de qualquer patologia, indicativos para cesariana no momento da internação, houve a indicação de indução do parto, que complicou com o descolamento prematuro da placenta e indicação de cesárea de urgência. Não houve demora no atendimento obstétrico.

E, ainda, sobre a demora do parto - embora irrelevante, repita-se, em relação ao ora autor - como causa para o descolamento da placenta (fato causador dos problemas que levaram ao sofrimento fetal e ao óbito do filho dos requeridos), disse o *expert*, à fl. 860: “os motivos do descolamento da placenta são múltiplos. Não houve demora do parto”.

Além disso, o depoimento da enfermeira Talita Cristina Rosinski foi elucidativo quanto aos procedimentos aparentemente corretos adotados no dia da realização do parto pela equipe técnica, a comprovar enfaticamente a não participação do ora autor . Confira-se, fl. 804):

(...) que estava de plantão no dia do atendimento da autora; que entrou no plantão às 19:00 horas; que durante o atendimento a autora apresentou-se tranquila com sinais vitais normais; que não verificou nenhum sintoma que significasse algum problema na autora; que estava junto com a Dra. Juliana na sala de parto, e que havia somente mais uma paciente na sala de parto, além da autora; que a Dra. Juliana verificou uma pequena desaceleração no batimento cardíaco do feto; que a Dra. Juliana foi fazer um exame de rotina na autora, quando então percebeu o batimento cardíaco inferior do feto; que nesse momento a Dra. Juliana praticou um novo procedimento denominado cardiocografia, monitorando durante o tempo necessário e que com o resultado chamou o residente do segundo ano (R2), Dr. Guilherme, ao qual era subordinada por ser residente do primeiro ano (R1); que os dois analisaram o resultado do exame e o R2 deixou claro que era uma desaceleração normal e que já estava se estabilizando; que continuaram os procedimentos de rotina da maternidade de monitorar de meia em meia hora; que por volta da 01:00 hora a Dra. Juliana foi fazer uma nova verificação e percebeu uma nova desaceleração e novamente instalou o aparelho, aplicando novamente a conduta anterior, chamando o R2; que com os dois exames o R2 entrou em contato com a Dra. Andrea por telefone e que o R2 subiu ao centro cirúrgico e depois pediu que a depoente preparasse a autora para fazer o parto cesárea; que a depoente fez todos os procedimentos de rotina e acompanhou a autora no centro cirúrgico; (...); que quando entraram no centro cirúrgico a depoente percebeu que a autora começou a sangrar, exatamente quando chegaram ao centro cirúrgico (...).

Quer parecer que o melhor intérprete da prova documental técnica é o perito, enquanto o juiz, intérprete da Lei, dele recebe a orientação quanto ao que dos autos consta em área que não é a de sua formação. Não se trata, com a devida *venia*, de reavaliar a prova, o que é vedado na via rescisória, mas de ver que houve contrariedade à prova, considerando-se circunstância inexistente nos autos (isto é, a negligência médica e participação do autor no resultado), quando, em verdade, tal não ocorreu. Observe-se a jurisprudência do STJ sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO PARCIAL. AÇÃO RESCISÓRIA TAMBÉM FUNDADA EM ERRO DE FATO. QUESTÃO DISCUTIDA NA AÇÃO ORIGINÁRIA. INVIABILIDADE.

ACOLHIMENTO SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Cuida-se de embargos de declaração que apontam omissão do acórdão embargado quanto a duas questões: (i) a alegação de afronta literal à disposição do art. 3º, parágrafo único, da LC 108/2001; (ii) a alegação de erro de fato quanto à natureza do auxílio cesta-alimentação.

2. Quanto ao primeiro ponto, não há que se falar em omissão, haja vista que a análise de mérito quanto à alegação de ofensa ao art. 3º da LC 108/01 restou prejudicada pela conclusão de que a ação rescisória sequer era cabível na espécie, ante a incidência da Súmula 343/STF.
3. Quanto ao segundo aspecto, assiste razão à parte embargante, razão pela qual os presentes embargos de declaração são acolhidos em parte.
4. Consoante a pacífica jurisprudência do STJ, “a ação rescisória fundada em erro de fato pressupõe que a decisão tenha admitido um fato inexistente ou tenha considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, mas, em quaisquer dos casos, é indispensável que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre ele” (AR 5.160/RJ, 2ª Seção, DJe de 18/04/2018).
5. Na hipótese dos autos, contudo, constata-se que, na ação originária, houve efetiva discussão quanto à natureza jurídica do auxílio “cesta-alimentação” - se verba de caráter remuneratório ou indenizatório -, o que, à luz da orientação acima referida, afasta a alegação de erro de fato.
6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos modificativos (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1705775/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/02/2019, DJe 27/02/2019).

Em suma, quanto aos requisitos da rescisória por erro de fato, tem-se: houve omissão do colegiado quanto a aspectos relevantes da prova técnica, como a categórica afirmação de que a conduta empregada obedeceu às normas técnicas e, portanto, não houve, em tese, negligência da equipe e nem participação do ora autor, fato este capaz de ensejar resultado diverso, tanto que, a sentença de primeiro grau, da lavra do então juiz Luiz Antônio Zanini Fornerolli, decretava a improcedência da ação. Esse aspecto da prova técnica não foi objeto de divergência no aresto, pelo que autoriza a procedência da rescisória. O fato pode ser verificado a partir do exame das provas coligidas nos autos. Por fim, a decisão ainda cria circunstância fática inexistente, qual seja, a conduta negligente dos médicos, que, como se viu, não foi possível constatar.

Não se desconhece a dor experimentada pelos pais, ora requeridos. O que se lhes aconteceu é sobretudo motivo de sofrimento extremo. Todavia, a vida se apresenta a todos com momentos de alegria e com tempos de tristeza. Mas daí essa tristeza revelar a responsabilidade civil médica, especialmente do ora autor, há que se ter por demonstrada a relação de causa e efeito, isto é, a conduta culposa. Este Relator lamenta o óbito ocorrido, mas não pode cerrar os olhos para a aplicação do Direito, tal qual ele se apresenta a todos, de maneira igual.

Em face do exposto, o voto é pela procedência da ação rescisória, para, desconstituindo-se o julgado de segunda instância e o título executivo que nele se embasa, determinar a manutenção da sentença que decretou a improcedência da ação indenizatória movida pelos requeridos contra o ora autor.

Este é o voto.

Mandado de Segurança n. 4001445-78.2019.8.24.0000, da Capital

Relator: Desembargador Ronei Danielli

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ASSISTENTE SOCIAL DO PODER JUDICIÁRIO. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE, TAMBÉM SERVIDOR ESTADUAL, REMOVIDO DE OFÍCIO NO INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO, PARA A COMARCA DE PALHOÇA. PEDIDO INDEFERIDO, EM JUÍZO DE LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE. COMPROVAÇÃO DO DESACERTO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA. ILEGALIDADE DA DESTINAÇÃO DA VAGA ABERTA PARA PROVIMENTO POR CONCURSO PÚBLICO (MS N. 4029680-08.2018.8.24.0900, J. 28.08.2019). HIPÓTESE DE DESLOCAMENTO FUNCIONAL QUE APRESENTA TRATAMENTO NORMATIVO DIFERENCIADO. CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E RESGUARDO DO INTERESSE PÚBLICO AFETO À ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E À MUDANÇA COMPULSÓRIA DE DOMICÍLIO DO CÔNJUGE. ATO DOTADO DE MARGEM DISCRICIONÁRIA REDUZIDA. EXEGESE DO ART. 5º, III, DA LCE N. 658/2015 E DOS ARTS. 22, § 5º E 75 DA LEI ESTADUAL N. 6.745/1985. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS PELA IMPETRANTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA IMPOSSIBILIDADE OU DE EFETIVOS EMPECILHOS À REMOÇÃO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO A INDICAR QUE A TRANSFERÊNCIA DE LOTAÇÃO OBSERVA O INTERESSE PÚBLICO MANIFESTADO PELA AUTORIDADE IMPETRADA, CORRESPONDENTE À NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE ASSISTENTES SOCIAIS NAQUELA COMARCA. ILEGALIDADE DO ATO COMPROVADA. ORDEM CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4001445-78.2019.8.24.0000, da comarca da Capital em que é Impetrante Lisiane Pahl e Impetrado Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, conceder a ordem. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Luiz Fernando Boller, Des. Odson Cardoso Filho, Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Des. Júlio César Knoll, Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Des. Francisco Oliveira Neto, Des. Hélio do Valle Pereira, Des. Denise de Souza Luiz Francoski, Des. Artur Jenichen Filho, Des. Pedro Manoel Abreu, Des. Jaime Ramos, Des. Jorge Luiz de Borba, Des. Sônia Maria Schmitz e Des. Henry Petry Júnior.

Florianópolis, 24 de junho de 2020.

Desembargador Ronei Danielli
Relator

RELATÓRIO

Lisiane Pahl impetrou mandado de segurança em face de ato supostamente ilegal atribuído ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, consistente no indeferimento do pedido de remoção para acompanhamento de cônjuge.

Informou ocupar o cargo de assistente social no Poder Judiciário Catarinense, desde 28.03.2011, lotada na Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville.

Noticiou que seu esposo Volnêi dos Santos Vasconcelos, servidor público estadual da Secretaria de Justiça e Cidadania, foi removido de ofício, no interesse da Administração, de Joinville para Palhoça, em dezembro de 2017.

Em decorrência disso, no propósito de manter a unidade familiar, considerando inclusive estar grávida, requereu, no mesmo mês, a sua remoção para a comarca de Palhoça, o que foi indeferido pelo Diretor-Geral Administrativo e mantido pelo Presidente do Tribunal de Justiça “*ante as alegações de que (i) não haveria cargos vagos na Comarca de Palhoça; e (ii) a eventual existência de vacância de cargos teria de observar a preferencialidade do rol descrito no art. 5º, III da Lei Complementar n. 658/2015.*”

Afirma que, nesse ínterim, foi nomeada para o cargo efetivo de assistente social na própria Comarca de Palhoça, para o qual havia sido aprovada em concurso público, o que demonstraria a existência de cargo vago no destino pretendido.

Sustenta não existir prejuízo para a Administração decorrente do deferimento do pedido de remoção da impetrante, tampouco haveria se falar em preterição de candidato aprovado em concurso, tendo em vista que a própria impetrante foi nomeada para o cargo.

Argumenta não haver previsão legal que estabeleça preferência entre as modalidades de remoção constantes no art. 5º da Lei Complementar n. 658/2015.

Nesse passo, aduz possuir direito subjetivo à remoção para acompanhamento do cônjuge previamente removido, *ex officio*, no interesse da Administração.

Assevera que o interesse jurídico na sua remoção persistiria para lhe garantir a manutenção da condição de servidora do Poder Judiciário, refletidos na aprovação em estágio probatório, garantias e benefícios obtidos ao longo de sete anos de serviço público.

Postulou o deferimento de liminar para sua imediata remoção à Comarca de Palhoça, com início do exercício após o usufruto de férias e licenças, e, ao final, a concessão definitiva da segurança.

O relator originário, Des. Ricardo Roesler, deferiu em parte o pedido liminar “*para determinar a remoção da impetrante para a Comarca de Palhoça, com imediato início das atividades, ficando a cargo da autoridade competente eventual análise de pedido de licença e férias*” (fls. 177/182).

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina prestou as seguintes informações: a) a servidora foi nomeada para o cargo de assistente social da Comarca de Joinville em fevereiro de 2011; b) em dezembro de 2017, formulou pedido de remoção para acompanhar cônjuge para a Comarca de Palhoça (Processo Administrativo n. 610/2018); c) em abril de 2018, o Diretor de Gestão de Pessoas emitiu parecer pelo indeferimento do pedido, ante a ausência de cargo vago na comarca de destino; d) em junho de 2018, o Diretor-Geral Administrativo indeferiu o pedido, sob os fundamentos de que *“a comarca de Palhoça não possui cargo vago para acolher a servidora e a comarca de Joinville não pode prescindir de uma Assistente Social sem que haja a devida reposição”* e *“não fosse o bastante, tem-se reiteradamente afirmado ser inviável à Administração possibilitar a remoção funcional ao escopo de acompanhamento de cônjuge, sob pena de ficar à mercê da vontade dos inúmeros servidores no Estado em idêntica situação”*; e) alegando a existência de fato novo, consistente na abertura de vaga na Comarca de Palhoça em decorrência da aposentadoria de Eliane Maria Petry, a impetrante formulou pedido de reconsideração e se pôs à disposição para ser removida para qualquer uma das comarcas da Grande Florianópolis; f) o Diretor-Geral Administrativo manteve a decisão *“tendo em vista que a servidora deixou de atacar quatro dos cinco argumentos que a embasaram”*; g) interposto recurso hierárquico, foi desprovido sob os fundamentos de que *“a existência de eventual vaga ensejaria a abertura de concurso de remoção, observando-se a preferência prevista no art. 5º da Lei Complementar n. 658/2015”*, asseverado *“ser descabida a redistribuição do cargo ocupado pela ora impetrante para alguma dessas comarcas, ante a inexistência de interesse público, sobretudo em desguarnecer a comarca de Joinville”*; h) paralelamente, foi autorizado o provimento de 5 (cinco) cargos vagos de assistente social, sendo um na Comarca de Palhoça, por concurso público em vigor; i) por ser a próxima candidata na lista de aprovados, a impetrante foi nomeada para o cargo; j) os pedidos de dispensa de estágio probatório e aproveitamento das promoções alcançados ao longo da carreira caso empossada no novo posto foi indeferido (Processo Administrativo n. 43259/2018).

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Américo Bigaton, informando inexistir interesse ministerial no feito.

Sobreveio notícia da impetração de outros três mandados de segurança afetos ao provimento do mesmo cargo (autos n. 4029680-08.2018.8.24.0900, n. 4007688-38.2019.8.24.0000 e n. 4010640-87.2019.8.24.0000, todos estes sob relatoria deste signatário), por candidatas que se disseram preteridas na assunção ao cargo de assistente social da comarca de Palhoça (a primeira, mediante remoção por motivo de saúde, e as demais mediante concurso público, por constarem nas posições subsequentes na lista de aprovados).

Diane Babinot Silva apresentou pedido de ingresso na lide na qualidade de assistente litisconsorcial, aduzindo, em síntese, que a concessão da ordem impactaria diretamente sua esfera jurídica, por supostamente violar a ordem legal de destinação da vaga de assistente social controvertida à nomeação da candidata aprovada em lista específica do concurso público regido pelo Edital n. 34/2014.

O Des. Rodrigo Collaço, sucessor do posto ocupado pelo relator originário no Colegiado,

declarou-se impedido de atuar no feito, por ter sido o prolator da decisão administrativa impugnada pela impetrante (fl. 562).

Os autos vieram redistribuídos em 20.02.2020.

Esse é o relatório.

VOTO

Assistência litisconsorcial por Diane Babinot Silva

Prefacialmente, cumpre destacar que o pedido de ingresso na lide na qualidade de assistente litisconsorcial, requerido por Diane Balbinot Silva, não merece acolhimento.

O propósito manifestado pela peticionante se confunde com a pretensão dirigida ao mesmo Órgão Julgador no Mandado de Segurança n. 4007688-38.2019.8.24.0000, por ela impetrado em março de 2019 e já julgado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, sob minha relatoria, em 27.11.2019, sendo denegada a segurança postulada:

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VACÂNCIA DO CARGO DE ASSISTENTE SOCIAL DA COMARCA DA CAPITAL. IMINÊNCIA DE PREENCHIMENTO POR REMOÇÃO. ALEGADA PRETERIÇÃO DA CANDIDATA APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO PARA CADASTRO DE RESERVA. EDITAL N. 34/2014. PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME ENCERRADO, SEM A CONSUMAÇÃO DO ATO REPUTADO COATOR. INFORMAÇÃO DE QUE A COMARCA NÃO ESTAVA ENTRE AS DESTINATÁRIAS DE NOVOS SERVIDORES. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. TESES SUBSIDIÁRIAS DE PRETERIÇÃO EM FUNÇÃO DA REMOÇÃO DE SERVIDORAS PARA O CARGO DE ASSISTENTE SOCIAL DA COMARCA DE PALHOÇA, POR DECISÃO JUDICIAL. INSUBSISTÊNCIA. RECONHECIMENTO, POR ESTE COLEGIADO, DA ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE DETERMINARA O PROVIMENTO POR CONCURSO (MS 4029680-08.2018.8.24.0900). PRECEDENTES REITERADOS DO SUPERIOR DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE QUE O PROVIMENTO DE CARGO EM CUMPRIMENTO A UMA ORDEM JUDICIAL NÃO GERA A PRETERIÇÃO DE CANDIDATOS COM EXPECTATIVA NA ASSUNÇÃO DO MESMO CARGO. INSURGÊNCIA QUANTO AO MÉRITO DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE EXTRAPOLA O OBJETO DA IMPETRAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

Naquele feito, a demandante apresenta diversos argumentos semelhantes, envolvendo inclusive a controvérsia debatida neste *writ*, razão por que não se mostra razoável ou pertinente, somente agora, seu ingresso como assistente litisconsorcial.

Assim, as razões apresentadas pela agravante cuidam meramente de buscar reabrir o debate judicial em ambos os *writs*, na tentativa de rediscutir matérias julgadas em seu desfavor, o que se mostra absolutamente inadmissível nesta via processual.

Além disso, a própria admissão de assistente litisconsorcial é incompatível com a natureza e o rito desta ação constitucional, consoante assentado em incidente de uniformização de jurisprudência pelo Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte, na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.030968-2, rel. Des. José Volpato de Souza, em 12.05.2010:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - DISCUSSÃO QUE ABRANGE DOIS PONTOS: A POSSIBILIDADE DE ASSISTÊNCIA SIMPLES DO SINDEMOSC E A NECESSIDADE DE LICITAÇÃO PRÉVIA PARA OS CENTROS DE FORMAÇÃO DE CONDUTORES - DISSENSO JURISPRUDENCIAL VERIFICADO PARCIALMENTE. SINDICATO DA CATEGORIA - JULGAMENTOS NAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO QUE DESTOAM QUANTO À (IM)POSSIBILIDADE DE ASSISTÊNCIA SIMPLES EM MANDADO DE SEGURANÇA - PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO QUE REPELE ESSA FORMA DE INTERVENÇÃO, EM DEMANDAS DESSE GÊNERO - LEI N. 12.016/2009 (NOVA LEI DE MANDADO DE SEGURANÇA) QUE AFIRMA, EXPRESSAMENTE, APENAS A APLICABILIDADE DOS ARTS. 46 A 49 DO CPC (LITISCONSÓRCIO) - POSICIONAMENTO ASSENTADO QUE PRIMAZIA A NORMA DE REGÊNCIA - ACOLHIMENTO DO DISSENSO. [...] POSICIONAMENTO QUE CULMINA NA DENEGAÇÃO DA ORDEM DO MANDADO DE SEGURANÇA. (sem grifo no original).

O Superior Tribunal de Justiça possui reiterados precedentes na mesma direção: Agravo no Mandado de Segurança n. 24.337/DF, rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 17.12.2018; Agravo no Agravo em Recurso Especial n. 885.847/SC, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 21.05.2018; Agravo nos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança n. 52.066/BA, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 07.06.2018.

Diante do exposto, indefere-se o pedido.

Mérito

A impetrante defende possuir direito líquido e certo à remoção definitiva para o cargo de assistente social da Comarca de Palhoça, em decorrência da remoção *ex officio* de seu cônjuge, no interesse da Administração.

O exame de legalidade da decisão administrativa combatida e a consequente resolução da controvérsia objeto do *mandamus* passa pela delimitação precisa de dois aspectos: os requisitos para a movimentação funcional pretendida, ligado essencialmente à natureza do ato, e a subsequente comprovação concreta de preenchimento pela postulante.

Em primeiro lugar, a prerrogativa de remoção para acompanhar cônjuge, também funcionário público, removido de ofício, não consubstancia direito subjetivo do servidor público do Estado de Santa Catarina, como defendido pela parte autora.

A fundamentação traçada e os precedentes do Superior Tribunal de Justiça invocados na

exordial envolvem servidores públicos federais sujeitos à disciplina da Lei n. 8.112/90, que, no art. 36, III, 'a', contempla de forma expressa o direito do servidor à “remoção a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração: para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração.”

Não obstante o regime federal possa fornecer subsídios para resolução de antinomias ou lacunas normativas, a *“legislação federal em nenhum aspecto vincula as demais esferas de governo, que somente estão obrigadas a observar as normas constitucionais sobre o tema. Essa distinção se deve ao fato de que, além da União, cada Estado, cada Município e o próprio Distrito Federal têm competência legislativa plena para definir por meio de legislação própria o regime dos seus servidores públicos, devendo ser observados tão somente os parâmetros previstos na Constituição Federal.”* (Lucas Rocha Furtado. *Curso de direito administrativo*. 4.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 783).

Com efeito, a Lei Complementar Estadual n. 658/2015, que *“dispõe sobre a movimentação funcional por remoção de servidores no Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina”*, preleciona:

Art. 5º A remoção a pedido observará a conveniência e oportunidade da Administração, e ocorrerá:

I - em virtude de processo seletivo - concurso de remoção;

II - por motivo de saúde do servidor, seu cônjuge, companheiro ou dependente registrado no assentamento funcional, condicionada à comprovação do alegado por junta médica oficial; e

III - para acompanhar cônjuge ou companheiro nos termos do § 5º do art. 22 da Lei nº 6.745, de 28 de dezembro de 1985.

Parágrafo único. Sobre o pedido serão ouvidos os respectivos Diretores do Foro, e, na Secretaria do Tribunal de Justiça, os gestores das Unidades, que, no prazo de 5 (cinco) dias, poderão opor-se ao pedido mediante recusa motivada. (sem grifo no original).

A Lei n. 6.745/1985 - Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado de Santa Catarina dispõe:

Art. 22. O deslocamento do funcionário de um para outro órgão do serviço público estadual, independente de mudança da sede funcional, dar-se-á por ato de remoção, processando-se a pedido, por permuta ou no interesse do serviço público, a critério da autoridade competente.

[...]

§ 5º Sempre que possível, sendo ambos funcionários, a remoção de um dos cônjuges assegurará o aproveitamento do outro em serviço estadual na mesma localidade.

Art. 75. O funcionário estável que por motivo de mudança compulsória de domicílio do cônjuge ou companheiro(a) esteja impossibilitado de exercer o cargo, poderá servir em outra repartição, órgão ou serviço estadual, eventualmente existente no local, compatível com a sua função, sem perda da remuneração. (sem grifo no original).

Logo, verifica-se que a remoção do servidor estadual não consubstancia ato vinculado (direito subjetivo do interessado), mas discricionário, já que “*observará a conveniência e oportunidade da Administração*” (art. 5º, *caput*, da LCE n. 658/15), **embora, na espécie, dotado de margem discricionária reduzida, ante o comando legal de promover a movimentação funcional “sempre que possível”** (art. 22, § 5º, da Lei n. 6.745/1985) **no caso de “mudança compulsória de domicílio do cônjuge”** (art. 75 do diploma).

Note-se que, não utilizando de expressões como “*sempre que oportuno*”, “*quando conveniente*” ou “*se presente interesse da Administração*”, mas ressaltando “*sempre que possível*”, **a lei de regência dispensou tratamento diferenciado à hipótese, impondo à autoridade administrativa o dever de providenciar a remoção** para acompanhar o cônjuge também funcionário público, inclusive mediante o aproveitamento em outra repartição, órgão ou serviço estadual compatível com a função então desempenhada, **somente autorizando sua manutenção na lotação originária se não for possível o deslocamento.**

A concepção do instituto concretiza o princípio de proteção à família, insculpido no art. 226 da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que o concilia com os princípios da Administração Pública e a supremacia do interesse público, reservando à autoridade a possibilidade de restringir o deslocamento funcional caso existente fator impeditivo.

A respeito da amplitude de atuação discricionária do Poder Público, precisa a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder [discricionário] consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoar da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial.

Outro fator é o da verificação dos motivos inspiradores da conduta. Se o agente não permite o exame dos fundamentos de fato ou de direito que mobilizaram sua decisão em certas situações em que seja necessária a sua averiguação, haverá, no mínimo, a fundada suspeita de má utilização do poder discricionário e desvio de finalidade. [...]

A liberdade da escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei.

Enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce sua função com discricionariedade, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima.

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui se comete arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Nesse ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade *contra legem*. (*Manual de direito administrativo*. 29.ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 52-53).

A finalidade traçada no estatuto estadual é clara: buscar, sempre que possível, providenciar a transferência de lotação do servidor cujo cônjuge, também agente público, tenha sido removido no interesse da Administração.

Compulsando o caderno processual, adianto não vislumbrar a situação de impossibilidade ou empecilho ao deslocamento funcional pretendido.

Incontroverso que o cônjuge da impetrante Volnêi dos Santos Vasconcelos, servidor público estadual, ocupante do cargo de Agente Penitenciário da Secretaria de Justiça e Cidadania, foi removido de ofício, no interesse da Administração, da Penitenciária Industrial de Joinville para o Departamento de Administração Prisional, em Palhoça, em dezembro de 2017 (fls. 21/26), o que motivou o pedido de remoção objeto dos autos.

A pretensão foi indeferida na via administrativa, em síntese, pelos seguintes fundamentos: a) inviabilidade da remoção para acompanhamento de cônjuge “*sob pena de a Administração ficar a mercê da vontade de inúmeros servidores do Estado*”; b) inexistência de cargo vago na comarca de Palhoça; c) superveniente abertura de vaga a ser preenchida por concurso público ou, prioritariamente, por concurso de remoção; d) descabimento da redistribuição do cargo por desguarnecer a comarca de Joinville.

Primeiramente, a premissa adotada pela Administração na análise do caso concreto – “*regra geral da impossibilidade da movimentação para acompanhar o cônjuge*”, donde concluiu ser inviável a remoção “*sob pena de a Administração ficar a mercê da vontade de inúmeros servidores do Estado*” – se mostra fortemente dissociada dos pressupostos normativos estabelecidos na legislação de regência.

A interpretação sistemática dos diplomas destacados, notadamente do art. 5º da LCE n. 658/2015 com os arts. 22, § 5 e 75 da Lei n. n. 6.745/1985, permite inferir a distinção de duas hipóteses de pedido de remoção para acompanhar cônjuge: a imotivada ou atípica (liberalidade dos servidores derivada, por exemplo, de participação em concurso de remoção ou exercício de mandato eletivo) e a motivada pela mudança compulsória de domicílio do cônjuge, no interesse do serviço público.

Somente à primeira situação, em que a pretensão do servidor decorre diretamente de sua liberalidade, pode ser invocado tal fundamento, já que inexistente efetivo interesse da Administração na origem do ato.

Por outro lado, quando a remoção de um dos cônjuges ocorre de ofício, o interesse público inerente ao deslocamento atrai a incidência da norma que confere à Administração um espectro discricionário reduzido em relação ao pedido de remoção para acompanhamento, como já visto, diante da finalidade traçada em lei de conciliar a proteção à família com o interesse público manifestado no ato.

O Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.247.360/RJ, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 22.11.2017, examinou cuidadosamente referida distinção que, inobstante tenha tomado por parâmetro o texto do estatuto dos servidores federais (no qual ao invés de discricionariedade restrita há ato vinculado), mostra-se aplicável ao caso em apreço, diante da similitude de pressupostos normativos, em especial de que a

melhor interpretação *“é aquela que entende tal forma de remoção (que privilegia a vida privada dos servidores) como uma forma de compensação dos dissabores que a remoção prevista no inciso I (que atende ao interesse público independentemente da vontade do servidor removido) gera no seio da família involuntariamente separada”* (excerto do acórdão sem grifo no original).

Logo, o primeiro fundamento em que embasada a decisão objurgada se mostra dissociado das premissas e finalidades prescritas na lei estadual para a hipótese de remoção aqui debatida.

De igual sorte, a interpretação empreendida pela Administração no sentido de que o art. 5º da LCE n. 658/2015 estabeleceria um rol preferencial em seus incisos, priorizando as situações de remoção por motivo de doença e de remoção por concurso interno, em relação à para acompanhamento de cônjuge, somente se justifica no âmbito daquela primeira modalidade, ou seja, quando relacionada à liberalidade do servidor inicialmente removido, mas não à motivada pela involuntária transferência do cônjuge, também funcionário público, no interesse da Administração.

Em terceiro lugar, os fundamentos declinados a respeito da vacância identificada no cargo de assistente social na comarca de Palhoça, com a aposentadoria de Eliane Maria Petry em junho de 2018, e da subsequente forma de provimento do posto restam prejudicados, em virtude do julgamento do Mandado de Segurança n. 4029680-08.2018.8.24.0900 pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, sob minha relatoria, em 28.08.2019, em que reconhecida a ilegalidade do ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Justiça determinando o provimento do cargo *‘por servidor da lista específica do concurso público ainda em vigor (Edital n. 34/2014)’* e concedida a ordem postulada pela servidora Karyne de Souza, cujo pedido de remoção por motivo de saúde para a comarca de Palhoça já havia sido deferido em outubro de 2012.

Nesse cenário, remanescem dois fundamentos a embasar a decisão administrativa: a remoção da impetrante encontraria óbice na ausência de cargo vago na comarca de Palhoça (afinal, a vacância fora preenchida pela servidora Karyne de Souza) e na ausência de interesse público por desguarnecer a comarca de Joinville.

O primeiro desses aspectos claramente não consubstancia fator impeditivo à remoção, considerando o contexto fático dos autos. Como já destacado, existe uma margem discricionária estreita na presente hipótese, não bastando que a Administração motive o indeferimento no fato de a transferência ser inoportuna ou inconveniente. Sem dúvida, ela é possível, seja por meio da redistribuição de cargos vagos em outras comarcas do Estado, seja por meio do expediente de colocá-la à disposição da comarca de Palhoça por tempo indeterminado (como, aliás, empreendido com a assistente social Karyne de Souza desde outubro de 2012), o que preenche o requisito do art. 22, §5º, da Lei n. 6.745/85.

Finalmente, observado que todos os demais fundamentos adotados na decisão administrativa combatida no *writ* contrariam, direta ou indiretamente, as previsões da LCE n. 658/15 conjugada com a Lei n. 6.745/85, **o argumento remanescente se revela incompatível com o próprio juízo de conveniência e oportunidade manifestado pela própria autoridade impetrada.**

No Processo Administrativo n. 35245/2018, a Corregedoria-Geral de Justiça apresentou um levantamento das comarcas com maior necessidade de serviço para a função de assistente social, no propósito de direcionar o provimento de 5 (cinco) cargos vagos nas localidades mais necessitadas.

Nesse âmbito, a comarca de Palhoça contava, em outubro de 2018, com 4 (quatro) cargos distribuídos, sendo 3 (três) deles ocupados por servidores efetivos e 1 (um) vago, além da servidora Karyne de Souza, posta à disposição da comarca desde outubro de 2012, cuja transferência definitiva para ocupar aquele cargo fora obstada pela Administração. Logo, tem-se que a comarca contava com 4 (quatro) assistentes sociais em exercício (três lotadas em Palhoça e uma lotada em Lages mas à disposição de Palhoça por tempo indeterminado - fl. 358).

No referido estudo, a Corregedoria-Geral de Justiça afirmou: “*a partir do cotejo de dados estatísticos e elementos circunstanciais, urge aumentar o número de assistentes sociais nas comarcas de Palhoça, Capital (Fórum Des. Eduardo Luz), Joinville, Orleans e Joaçada*” (fl. 353), implicando, portanto, no incremento da força de trabalho em Palhoça para 5 (cinco) assistentes sociais.

Com amparo nesse arrazoado, o Presidente do Tribunal de Justiça determinou, em seguida, o provimento de um cargo em cada uma dessas comarcas, totalizando cinco novos assistentes sociais a ingressar nos quadros do Poder Judiciário, ressaltando estar “*desde já autorizado o provimento da vaga na comarca de origem caso ocorra remoção para uma das unidades indicadas pela Corregedoria-Geral de Justiça*” (fls. 366/367).

Diante dessas particularidades fáticas, **não há como dizer que a remoção da impetrante para a comarca de Palhoça importaria em prejuízo à prestação jurisdicional na comarca de Joinville, na medida em que plenamente possível a recomposição do quadro com o provimento do cargo originário vacante na própria comarca de Joinville.**

Em outras palavras, a prova dos autos atesta ser possível a remoção da servidora para a comarca de Palhoça para acompanhar o cônjuge removido *ex officio* no interesse da Administração – o que inclusive se mostra de acordo com o desiderato de aumentar o número de assistentes sociais naquela comarca – e, ao mesmo tempo, demonstra a possibilidade de preenchimento do cargo originário na comarca de Joinville, mantendo-a devidamente guarnecida.

Diante do exposto, assente a ilegalidade do ato administrativo combatido no *writ*, cujos motivos determinantes se mostram dissonantes dos requisitos estabelecidos nas leis estaduais referenciadas e extrapolam a amplitude discricionária por elas conferida.

Feitas essas considerações, voto por conceder a ordem.

Esse é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação/Remessa Necessária n. 0316830-31.2015.8.24.0023, da Capital

Relator: Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

PENSÃO POR MORTE. REVISÃO DO BENEFÍCIO VISANDO À PARIDADE. INSTITUIDOR FALECIDO APÓS A EC N. 41/2003. TEMA DECIDIDO PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA N. 396). DIREITO À PARIDADE, DESDE QUE SE ENQUADRE NA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA EC N. 47/2005. CRITÉRIOS VÁLIDOS TAMBÉM PARA OS SERVIDORES MILITARES ESTADUAIS, ENQUANTO NÃO HOUVER LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA TRATANDO A MATÉRIA DE FORMA DIVERSA. TESE FIRMADA POR ESTE TRIBUNAL EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (TEMA N. 7). AUSÊNCIA DE PROVA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. RECURSO PROVIDO PARA DENEGAR A SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO.

“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 distinta da 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).” (IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 24-7-2019).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/ Remessa Necessária n. 0316830-31.2015.8.24.0023, da comarca da Capital 2ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante IPREV Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina e Apelado Pedrolina Estrizer Carvalho:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, prover o recurso para denegar a segurança, prejudicado o reexame necessário. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Luiz Fernando Boller (Presidente).

Florianópolis, 4 de fevereiro de 2020.

Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva
Relator

RELATÓRIO

Pedrolina Estrizer Carvalho impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – Iprev.

Alegou que: 1) é pensionista de servidor militar estadual, falecido em 11-1-2012; 2) o benefício é pago em valor inferior ao devido, pois a autoridade coatora não tem adotado como base de cálculo a totalidade dos proventos que o servidor receberia, se vivo estivesse e 3) o Iprev desconsiderou a Lei Complementar Estadual n. 614/2013, que implementou o sistema de remuneração por subsídio.

Postulou a concessão da segurança para que seja determinado o pagamento correto da pensão por morte.

Em informações, a autoridade sustentou, em síntese, que: 1) os regramentos previdenciários estabelecidos aos servidores públicos civis do Estado de Santa Catarina também são aplicados aos militares; 2) a EC n. 41/2003 excluiu o pagamento de pensões integrais e vedou a paridade almejada pela demandante; 3) o valor do benefício deve corresponder à totalidade dos proventos do instituidor, na data do óbito, e seu reajuste será feito conforme critérios estabelecidos em lei e 4) a alteração nos proventos concedida pela LCE n. 614/2013 abrange apenas os pensionistas detentores de paridade, ou seja, aqueles em que o benefício foi instituído antes da EC n. 41/2003 (f. 48/67).

Foi proferida sentença cuja conclusão é a seguinte:

Ante o exposto, sentencio o processo com resolução de mérito, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil, e JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por Pedrolina Estrizer Carvalho em face do Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina – IPREV para, em consequência, confirmar a medida liminar de fls. 38-41 e conceder a segurança, determinando que a pensão por morte da parte impetrante seja paga em conformidade com a Lei Complementar Estadual n. 614/13, tendo como base a totalidade da remuneração ou dos proventos do instituidor se vivo fosse (fl. 19), excluídas apenas as verbas de caráter indenizatório, observado o limite estabelecido no art. 40, § 7º, da Constituição Federal, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 41/03, e o teto remuneratório previsto no art. 23, III, da Constituição Estadual, com redação dada pela Emenda Constitucional Estadual n. 68/13.

O réu é isento do pagamento das custas processuais, a teor do que preceitua o art. 35, h, da Lei Complementar Estadual n. 156/97.

Sem honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/09.

Sentença sujeita ao reexame necessário, por força do art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/09, razão pela qual, em não havendo recurso voluntário no prazo legal, determino a remessa dos autos ao e. Tribunal de Justiça. (f. 79/83)

O impetrado, em apelação, reeditou as alegações da contestação. Acrescentou que o servidor falecido não cumpriu os requisitos da regra de transição prevista no art. 3º da EC n. 47/2005, definido pelo STF, no julgamento do RE n. 603.580/RJ, como critério fundamental para a paridade

das pensões por morte (f. 92/106).

Sem contrarrazões (f. 110), a d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo provimento do recurso, em parecer da Dra. Eliana Volcato Nunes (f. 117/121).

O processo foi suspenso até o julgamento do IAC, posteriormente convertido em IRDR, suscitado ao Grupo de Câmaras de Direito Público na AC n. 0329745-15.2015.8.24.0023 (**TEMA N. 7**), a fim de compor a divergência sobre a “aplicabilidade (ou não) da regra de transição prevista no art. 3º da EC 47/2005 aos policiais militares, em situações envolvendo pensão por morte, porquanto o Tema 396/STF (RE 603.580/RJ), afeto aos servidores públicos civis, não possuiu qualquer abordagem temática quanto aos servidores militares, que possuem carreiras diferentes” (f. 124).

Após a decisão, as partes foram intimadas a se manifestarem a respeito (f. 132/133).

O apelante requereu a aplicação do entendimento firmado no IRDR (f. 135/137).

A impetrante não se manifestou (f. 138).

VOTO

No julgamento do RE n. 603.580/RJ, em sede de repercussão geral, o STF decidiu:

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. (rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 20-5-2015)

O processo foi relatado pelo Min. Ricardo Lewandowski, mas o voto-vista, proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso, foi mais didático. Confira-se a íntegra:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. DIREITO À PARIDADE. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ART. 3º DA EC Nº 47/2005. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

1. A pensão por morte é regida pela norma em vigor à data do óbito do servidor (*tempus regit actum*).

2. Servidor que ingressou no serviço público anteriormente ao advento da EC nº 20/1998, faleceu após a promulgação da EC nº 41/2003, mas cumpriu os requisitos previstos no art. 3º da EC 47/2005.
3. Direito à paridade, nos termos do art. 3º da EC 47/2005. Inexistência de direito à integralidade.
4. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “*Os pensionistas de servidor falecido posteriormente à EC nº 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade, caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da EC 47/2005. Não têm, contudo, direito à integralidade.*”
5. Provimento parcial do recurso extraordinário para rejeitar o direito dos pensionistas à integralidade, reafirmando-se, contudo, seu direito à paridade.

I. O REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO PENSIONAMENTO E A MÁXIMA DO “TEMPUS REGIT ACTUM”

9. Primeiramente, é importante esclarecer que a instituição de benefício previdenciário rege-se pela máxima do *tempus regit actum*. Aplica-se à pensão por morte a legislação vigente ao tempo em que ocorreu o fato ensejador de sua concessão. O fato gerador da pensão é o falecimento do servidor. Portanto, o regime jurídico aplicável ao pensionamento é aquele que se encontrava em vigor na data do óbito. Esse entendimento encontra-se consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se verifica pelas ementas transcritas abaixo.

“Agravamento regimental em recurso extraordinário com agravo. **Pensão por morte. Norma vigente à data do óbito. Aplicabilidade.** Advento da Lei nº 8.112/90, que transformou vínculos celetistas em estatutários. Falecimento antes da edição da Lei nº 8.112/90. Pensão concedida sob regime celetista. Conversão para regime estatutário. Impossibilidade. Precedentes.

1. **É pacífica a jurisprudência desta Corte de que se aplica ao benefício previdenciário da pensão por morte a lei vigente ao tempo em que ocorreu o fato ensejador de sua concessão, no caso, o óbito do instituidor da pensão.**

2. O acórdão recorrido está em sintonia com a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que as regras dos parágrafos 4º e 5º do art. 40 da Constituição Federal (redação originária) não se aplicam ao servidor submetido ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, segurado da Previdência Social, que tenha falecido ou se aposentado antes do advento da Lei nº 8.112/90.

3. Agravo regimental não provido.” (ARE 774.760-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, grifou-se)
 “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. FISCAIS DE RENDA. PENSÃO POR MORTE. 1) **A pensão por morte rege-se pela legislação em vigor na data do falecimento do segurado. Princípio da lei do tempo rege o ato (*tempus regit actum*).** Precedentes. 2) Impossibilidade de análise de legislação local (Lei Complementar estadual n. 69/1990 e Lei estadual n. 3.189/1999). Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (ARE 763.761-AgR, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, Segunda Turma, grifou-se)

10. O óbito do instituidor da pensão, no caso em exame, ocorreu em 2004. Nesta data, já se encontrava em vigor a EC 41/2003, que estabeleceu novo regime jurídico para o pensionamento de dependentes de servidores públicos, extinguindo o direito à integralidade e à paridade entre vencimentos, proventos e pensões.

II. A EXTINÇÃO DOS DIREITOS À INTEGRALIDADE E À PARIDADE PELA EC Nº 41/2003

11. De fato, o *direito à integralidade*, na redação anterior à EC 41/2003, encontrava-se contemplado no art. 40, §7º, CF, que estipulava que a pensão por morte seria *igual ao valor dos proventos do servidor falecido*.

12. O *direito à paridade*, por sua vez, encontrava-se previsto na redação do art. 40, §8º, CF, segundo a qual as pensões seriam revistas *na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade*, sendo estendidos aos aposentados e pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade.

13. A EC 41/2003 alterou a redação dos referidos dispositivos. No que respeita ao *valor das pensões*, previu que estas corresponderiam ao montante dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS), acrescido de 70% da importância excedente deste limite.[1] A nova regra adere à tendência de conceder pensão menor do que a remuneração percebida pelo falecido, ao fundamento de que as necessidades de manutenção da família diminuem com o falecimento de um membro.

14. No que respeita ao critério de reajuste das pensões, a EC nº 41/2003 previu que este deveria preservar, *em caráter permanente*, o seu *valor real, conforme critérios estabelecidos em lei*, afastando a revisão na mesma data e sem distinção de índices no que respeita aos servidores em atividade, que vigorara até então.

15. Confirma-se a nova redação dos dispositivos:

“Art. 40. [...].

§ 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.”

16. Diante da modificação do texto constitucional, surgiram alguns cenários transitórios que receberam tratamento diferenciado.

III. A REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NOS ARTS. 3º E 7º DA EC Nº 41/2003

17. Os arts. 3º e 7º da EC 41/2003 preservaram o direito à integralidade e à paridade *daqueles que já se encontravam fruindo dos benefícios previdenciários, bem como daqueles que já haviam cumprido todos os requisitos para tanto na data da publicação da referida emenda (31/12/2003)*, resguardando, portanto, eventuais direitos já adquiridos. Confirma-se o teor de tais dispositivos:

“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** .

(...)

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.” (Grifou-se)

18. Entretanto, o instituidor da pensão, no caso em exame, faleceu no ano de 2004, de modo que os recorridos passaram a fazer jus ao benefício da pensão por morte após a publicação da EC 41/2003.

Assim, assiste razão aos recorrentes quando afirmam que o caso dos autos não se subsume às hipóteses dos arts. 3º e 7º da EC 41/2003.

IV. A REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ART. 3º DA EC Nº 47/2005

19. Ocorre, todavia, que a EC nº 47/2005 alterou mais uma vez as normas que regem a previdência e trouxe nova regra de transição sobre a matéria, prevendo, no que interessa ao caso em exame, que a paridade subsistirá, ainda que o falecimento do instituidor da pensão se dê após o marco temporal de 31.12.2003, desde que sejam preenchidos pelo servidor os requisitos de: i) 35 anos de contribuição, ii) 25 anos de efetivo exercício no serviço público, iii) 15 anos de carreira e iv) 5 anos no cargo em que se deu a aposentadoria. De fato, o art. 3º da EC 47/2005 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 nº 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 aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 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.**” (Grifou-se)

20. O art. 6º da EC 47/2005, por sua vez, conferiu à nova norma de transição efeitos retroativos à data da vigência da EC 41/2003. Veja-se:

“Art. 6º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, **com efeitos retroativos à data de vigência da Emenda Constitucional nº 41, de 2003.**” (Grifou-se)

21. Assim, de acordo com o parágrafo único do art. 3º da EC 47/2005, as pensões derivadas de aposentadorias que tenham atendido aos requisitos elencados no *caput* do mesmo artigo obedecem ao critério de revisão previsto no art. 7º da EC 41/2003. O art. 7º, por sua vez, trata exatamente da concessão de revisão para inativos e pensionistas com paridade de critérios no que respeita aos servidores em atividade.

22. Nesse sentido, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, em seu Manual de Direito Previdenciário, esclarecem:

“Ainda quanto à sistemática de revisão da pensão por morte **há uma importante exceção prevista na Emenda Constitucional n. 47, de 2005, na hipótese das pensões decorrentes das aposentadorias integrais**

e com direito a paridade com base na regra de transição criada pelo art. 3º dessa Emenda, aplicável aos servidores que ingressaram no serviço público até a EC nº 20/98.

Nessa situação, será adotado o critério de paridade às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com o mencionado artigo.” (fls. 870, grifou-se)

23. É relevante notar que o servidor instituidor da pensão, no presente caso, ingressou no serviço público (e se aposentou) anteriormente à EC 20/1998. O servidor atendeu, ainda, aos requisitos do art. 3º da EC 47/2005 (fl. 101), nos termos do disposto no art. 4º da EC 20/1998, segundo o qual: *o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição*.

24. Assim, os recorridos têm efetivamente direito à paridade de critérios de reajuste com os servidores em atividade que ocupam o mesmo cargo em que se aposentou o servidor falecido, porque o caso se enquadra na nova regra de transição estipulada pelo art. 3º, par. Único, EC nº 47/2005, à qual foram conferidos efeitos retroativos à data de vigência da EC nº 41/2003.

25. É importante notar, contudo, que a EC 47/2005 estendeu aos pensionistas apenas o direito à paridade. Não lhes concedeu o direito à integralidade. Previu que os pensionistas na situação dos recorridos teriam direito à revisão do valor de sua pensão nos termos do art. 7º da EC nº 41/2003. Mas não estabeleceu que perceberiam o mesmo valor dos proventos percebidos pelo servidor falecido.

26. Portanto, está correto o acórdão recorrido no que respeita ao direito dos recorridos à paridade. Merece reparo, contudo, na parte em que também lhes atribui direito à integralidade, ao qual não fazem jus, por não ter sido tal benefício contemplado pelo art. 3º, par. único, da EC nº 47/2005.

V. CONCLUSÃO

27. Com base nos fundamentos expostos acima, acompanho o relator no que respeita ao direito dos pensionistas à paridade. Voto, contudo, **pelo provimento parcial ao recurso extraordinário**, de modo a observar que os recorridos não têm direito à integralidade.

28. Fixo como tese de repercussão geral que: *“Os pensionistas de servidor falecido posteriormente à EC nº 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade, caso se enquadrem na regra de transição prevista no art. 3º da EC 47/2005. Não têm, contudo, direito à integralidade”*. (grifos no original)

A partir do voto-vista, o relator mudou parcialmente sua posição para acompanhar o entendimento exposto pelo Min. Barroso (adequando o voto no sentido de excluir expressamente a “integralidade”).

A tese, então, foi fixada nos seguintes termos:

O Tribunal, apreciando o tema 396 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto ora reajustado do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), fixando-se a tese nos seguintes termos: *“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)”*.

Por haver controvérsia a respeito da diferenciação no tratamento previdenciário entre servidores civis e militares, o Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal decidiu no julgamento do IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023:

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). CONTROVÉRSIA INSTALADA. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ÓBITO OCORRIDO APÓS A EC 41/2003. PARIDADE COM A REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES EM ATIVIDADE. QUESTIONAMENTO QUANTO À NECESSIDADE DE OBEDIÊNCIA ÀS REGRAS DE TRANSIÇÃO PREVISTAS NO ART. 3º DA EC 47/2005 EM FACE DO JULGAMENTO DO TEMA 396/STF DE REPERCUSSÃO GERAL (RE 603.580/RJ). DISTINÇÃO DE TRATAMENTO PREVIDENCIÁRIO ENTRE SERVIDOR CIVIL E SERVIDOR MILITAR. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (IAC) DEPOIS CONVERTIDO EM IRDR. MATÉRIA AFETA AO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO.

QUESTÕES FORMULADAS PARA O DEBATE (TEMA 07/IRDR): “a) se o reajuste paritário foi abolido em relação às pensões por morte oriundas de extintos militares com o advento da EC 41/2003; b) em caso positivo, se o seu restabelecimento depende do cumprimento da regra de transição imposta pelo art. 3º da EC 47/2005, não obstante possuírem os militares regras próprias de passagem à reserva remunerada; e c) se o Tema 396/STF, a partir de sua ‘ratio decidendi’, pode ser aplicado às pensões por morte oriundas de extintos militares”.

SOLUÇÃO DO IRDR: CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ÓBITO POSTERIOR À EC 41/2003. PARIDADE COM A REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES MILITARES EM ATIVIDADE. AUSÊNCIA DA “LEI ESPECÍFICA” EXIGIDA NO § 2º DO ART. 42 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA OBTENÇÃO DA INTEGRALIDADE E DA PARIDADE. APLICAÇÃO DOS §§ 7º E 8º DO ART. 40 DA CARTA MAGNA. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE PARIDADE DO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 47/2005 CONSOANTE A DETERMINAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE N. 603.580/RJ, JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 396). APLICAÇÃO DAS REGRAS GENÉRICAS DE PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR ESTADUAL CONTIDAS NA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 412/2008. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO, AOS PENSIONISTAS POSTERIORES À EC 41/2003, DA PARIDADE COM O NOVO SUBSÍDIO DE SERVIDOR MILITAR INSTITUÍDO PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 614/2013.

TESE FIRMADA (TEMA 07/IRDR): “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 distinta da 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).” (grifos no original) (IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 24-7-2019)

Pois bem.

A situação ficou delineada de maneira clara: 1) os pensionistas de servidor falecido após a EC n. 41/2003 têm direito à paridade com servidores em atividade no caso de se enquadrarem na regra de transição prevista no art. 3º da EC n. 47/2005; 2) não têm direito à integralidade em nenhuma hipótese; 3) as regras valem também para os servidores militares estaduais, enquanto não houver legislação específica tratando a matéria de forma diversa e 4) a remuneração por subsídio, instituída pela LCE n. 614/2013, não pode ser aplicada aos beneficiários de pensão por morte de servidor militar estadual instituída após a EC n. 41/2003.

A regra de transição do art. 3º da EC n. 47/2005 resumidamente dispõe:

- ingresso até 16/12/1998
- 35 anos de contribuição
- 25 anos de efetivo exercício no serviço público
- 15 anos de carreira
- 5 anos no cargo em que se der a aposentadoria
- idade resultante da redução de um ano dos 60 anos exigidos pela regra geral para cada ano de contribuição que exceder a 35.

O servidor faleceu em 11-1-2012 (f. 18), isto é, após a EC n. 41/2003. Portanto, para fins de paridade da pensão por morte com a remuneração recebida pelos servidores da ativa, é necessário que o instituidor do benefício tenha preenchido os requisitos do art. 3º da EC n. 47/2005.

A impetrante não instruiu os autos com os documentos necessários a comprovar o atendimento integral da regra pelo *de cujus*.

Assim, dá-se provimento ao recurso para denegar a segurança, prejudicado o reexame necessário.

Condena-se a apelada ao pagamento das despesas processuais, observando-se, contudo, a regra do art. 98, § 3º, do CPC.

Em sede de mandado de segurança não é cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios (art. 25 da Lei n. 12.016/2009).

Apelação/Remessa Necessária n. 0329511-33.2015.8.24.0023, Capital

Relator: Desembargador Pedro Manoel Abreu

AÇÃO DECLARATÓRIA C/C CONDENATÓRIA. MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. CONTRATO ADMINISTRATIVO. AFETAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO. VERIFICAÇÃO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PELO ENTE PÚBLICO. VALORES DEVIDOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL.

O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. [...] Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornaram-se mais elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração. [...] A Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originariamente prevista (Marçal Justen Filho).

RECURSO DO MUNICÍPIO. CONSTATADA A INTEMPESTIVIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

REMESSA NECESSÁRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ADEQUAÇÃO, CONFORME TESE FIXADA NO TEMA 905 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

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 (STJ, Tema n. 905).

RECURSO DA AUTORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS UTILIZADOS. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DE QUE, COM O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A APRECIÇÃO EQUITATIVA CONSTITUI CRITÉRIO EXCEPCIONAL, DEVENDO, PORTANTO, SER OBSERVADOS OS CRITÉRIOS DO ART. 85, §3º, DO CPC, QUANDO PRESENTE A FAZENDA PÚBLICA EM UM DOS POLOS DA EXORDIAL. PRECEDENTE. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/ Remessa Necessária n. 0329511-33.2015.824.0023, da comarca da Capital 1ª Vara da Fazenda Pública em que é Apelante/ Apelado Orcali Serviços de Segurança Ltda e Apelado/Apelante Município de Florianópolis.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por meio eletrônico, por unanimidade, não conhecer do recurso do Município de Florianópolis; dar provimento ao recurso de Orcali Serviços de Segurança Ltda e modificar parcialmente a sentença em reexame, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 2 de junho de 2020, foi presidido pelo Desembargador Luiz Fernando Boller, com voto, e dele participou o Desembargador Jorge Luiz de Borba.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de reexame necessário e apelações cíveis interpostas por Orcali Serviços de Segurança Ltda e Município de Florianópolis contra sentença proferida em sede de ação declaratória c/c condenatória proposta em face do ente público.

Em síntese, após regular processo licitatório, as partes celebraram contrato administrativo para a prestação de serviços de vigilância e segurança privada pela autora no Município. Durante a sua vigência, a contratada pleiteou os reajustes previstos contratualmente junto à Administração, não recebendo resposta. Alegou que, conseqüentemente, obteve prejuízos, vindo buscar judicialmente a recomposição do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, nos termos da Constituição Federal e das leis aplicáveis ao caso.

Requeru, assim, os reajustes pertinentes e a condenação do réu ao pagamento das diferenças, calculadas no valor de R\$2.131.571,22, acrescidos de juros e correção monetária.

Contestado e instruído o feito, o magistrado a quo julgou procedentes os pedidos formulados pela empresa autora, condenando o Município de Florianópolis ao pagamento de R\$2.182.359,47, a serem atualizados e acrescidos de juros da seguinte forma:

Quanto à atualização do valor, tenho que deve ser observado o índice previsto no art. 1º-F da Lei 9494/97 a partir de sua vigência (na redação da Lei 11.960/2009), nos termos da decisão exarada pelo Desembargador Hélio do Valle Pereira (AI nº 0300372-10.2014.8.24.0043/5000, julgado em 22/02/2018), posicionamento ao qual me filio, devendo ser contada a correção monetária pelo IPCA-E desde 30/04/2017, data em que atualizado o cálculo pericial, mais juros aplicáveis às cadernetas de poupança desde a citação (fl. 599).

O réu foi condenado ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$20.000,00, nos termos do art. 85, §8º, do Código de Processo Civil. Por fim, foi reconhecida a isenção do Município ao pagamento das custas processuais.

O Município de Florianópolis opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

Apelando, a parte autora sustentou que a fixação dos ônus sucumbenciais está em desacordo com os patamares legais, alegando que houve violação aos §§2º, 3º e 6º do art. 85 do Código de Processo Civil. Pugnou, assim, pelo provimento do recurso, a fim de que os honorários advocatícios sejam fixados conforme os limites percentuais contidos no referido diploma legal.

O Município de Florianópolis também apresentou irresignação contra sentença, requerendo a sua reforma, para que seja julgada improcedente a pretensão inicial.

Nesta Corte, o ente público foi intimado para se manifestar no prazo de cinco dias acerca da intempestividade do recurso, sob pena de não conhecimento.

O prazo transcorreu sem manifestação da parte.

Orcali Serviços de Segurança Ltda apresentou contrarrazões, pugnando pelo não conhecimento do recurso.

Os autos retornaram conclusos.

Verificada a ausência de contrarrazões do Município ao recurso da demandante, determinou-se a sua intimação para que, no prazo legal, apresentasse resposta. Contudo, não apresentou manifestação nos autos.

Em seguida, o Ministério Público, por sua procuradora, opinou pelo conhecimento e desprovemento do reexame necessário e do recurso de apelação interposto pelo Município de Florianópolis, deixando de se manifestar a respeito do valor arbitrado a título de honorários advocatícios, por não vislumbrar interesse público.

Este é o relatório.

VOTO

Confirma-se parcialmente a sentença em reexame e ao recurso da autora, não se conhecendo, por extemporâneo, o recurso do Réu.

1 Do apelo do Município de Florianópolis

Extrai-se dos autos que o Município de Florianópolis interpôs recurso de apelação contra a sentença em análise, porém, sua insurgência mostra-se intempestiva.

Conforme exposto no despacho de fl. 639, o Município foi intimado no dia 23.04.2019 sobre a sentença de embargos de declaração (fls. 619-620), com prazo de 30 dias para recurso até o dia 05.06.2019. Contudo, o apelo foi protocolado apenas em 26.06.2019, não tendo ocorrido qualquer suspensão de prazo no período, conforme consulta aos registros do Tribunal de Justiça.

Intimado para se manifestar sobre tal constatação, o ente público ficou-se inerte. Desse modo, não se conhece do recurso, diante de sua intempestividade. Sobre o tema, a jurisprudência orienta:

Não há de se conhecer do recurso voluntário, se mesmo gozando da prerrogativa de prazo em dobro para recorrer, a Fazenda Pública não apela no interregno de trinta dias, a contar da publicação da sentença (TJSC, Ap. Cív. nº 2001.013201-0, de Lages, rel. Juíza Sônia Maria Schmitz, j. 23.11.2004).

Por ser a tempestividade requisito extrínseco de admissibilidade do recurso, dele não conhece o órgão colegiado se extemporânea sua interposição” (Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2002.015666-9, de Canoinhas, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 15-9-2003).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE - FAZENDA

PÚBLICA - PRAZO EM DOBRO PARA RECORRER - CONTAGEM ART. 536 C/C O ART. 188, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INSURGÊNCIA PROTOCOLIZADA A DESTEMPO - INTEMPESTIVIDADE MANIFESTA - NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. (TJSC, Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2008.008397-4, de Criciúma, rel. Des. Cid Goulart, j. 15-02-2011).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL - REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE - PRAZO PARA RECORRER - EXEGESE DO ART. 536 DO CPC (CINCO DIAS) - CONTAGEM EM DOBRO POR SE TRATAR DA FAZENDA PÚBLICA - INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 188 DO CPC - PROTOCOLIZAÇÃO EFETIVADA DEPOIS DE FINDO ESTE LAPSO TEMPORAL - INTEMPESTIVIDADE MANIFESTA - RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJSC, Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2009.066655-1, de Curitiba, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 04-11-2010).

Destarte, o recurso apresenta-se claramente extemporâneo, pois o recorrente excedeu o interregno legal para demonstrar seu inconformismo contra a sentença.

O protocolo no prazo legal é requisito essencial de admissibilidade dos recursos e a sua inobservância acarreta o não conhecimento do apelo.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso III, do CPC, não se conhece do apelo.

2 Do reexame necessário

2.1 Do mérito

Trata-se de ação declaratória c/c condenatória ajuizada por Orcali Serviços de Segurança Ltda em face do Município de Florianópolis.

Em suma, após regular processo licitatório, as partes celebraram contrato para a prestação de serviços de vigilância e segurança privada, vigente no período de 16/10/2011 a 31/12/2014.

Expôs a parte autora que, na vigência da contratação, pleiteou o reajuste de alguns montantes previstos no instrumento, no período de 2012 a 2014, representando a importância de R\$2.131.571,22. Afirmou que a parte requerida somente deferiu um reajuste, sendo que para os demais requerimentos não houve qualquer manifestação.

Destacou que o desequilíbrio econômico financeiro dos contratos decorreu da alteração promovida nas regras das Convenções Coletivas de Trabalho de 2013/2014 e 2014/2015, bem como pela variação do INPC do período, argumentando que sua pretensão está amparada na Constituição Federal, na legislação aplicável ao assunto e no próprio contrato, requerendo o reconhecimento do direito aos reajustes pleiteados administrativamente, bem como a condenação do réu ao pagamento do valor acima indicado, acrescido de juros e correção monetária. Apresentou farta documentação.

O Município de Florianópolis contestou genericamente, alegando como preliminar a ausência de interesse de agir e, no mérito, que nada deve à parte autora, eis que teria efetuado todos os pagamentos regularmente, inclusive os reajustes pertinentes.

Realizada a produção de prova pericial, com laudo de perito contábil, o processo foi sentenciado.

Entendeu o magistrado *a quo* que os pedidos apresentados pela parte autora são procedentes, fundamentando sua decisão na doutrina, na jurisprudência e no laudo pericial, condenando ao final o Município ao pagamento do valor pleiteado, acrescido de juros e correção monetária. O réu foi condenado, ainda, ao pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$20.000,00.

Sabe-se que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo corresponde à relação existente entre os encargos assumidos pelo particular e a remuneração prevista. Quanto à possibilidade de reajuste contratual visando à sua manutenção, disciplina o art. 65 da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993):

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Conforme Marçal Justen Filho:

São relevantes os prazos de início, execução, recebimento, provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens; o prazo para pagamento etc.

O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas, também, as épocas previstas para sua liquidação (In: Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1011 e 1012).

Afirma o autor que a equação econômico-financeira delinea-se a partir da elaboração do ato convocatório, sendo firmada, porém, no instante em que a proposta é apresentada. Uma vez aceita, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante, sendo protegida e assegurada pelo Direito.

Na Constituição de 1988, em seu art. 37, inc. XXI, está expressamente previsto que é obrigatória a manutenção das condições efetivas da proposta, sendo repudiada qualquer variação. Além disso, a tutela constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato ainda se sustenta nos princípios da isonomia, da tutela e da indisponibilidade dos interesses fundamentais. O doutrinador supra mencionado ainda salienta:

O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração.

Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive de conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornaram-se mais elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração.

[...] A Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originária, de molde que o particular não arque com encargos mais onerosos e perceba a remuneração originariamente prevista (Op. Cit. p. 1014).

Assim, sendo possível tal recomposição, passa-se à análise dos elementos constantes nos autos.

Nesse sentido, observa-se que a parte demandante apresentou a documentação relativa ao processo licitatório e ao contrato administrativo, bem como as informações que fundamentam o pedido de reajuste, com base no superveniente desequilíbrio econômico e financeiro.

Constata-se, ademais, que o Município impugnou genericamente todas as alegações da autora, e que, com a produção de provas, correspondente a laudo pericial de expert na área contábil, confirmou-se que efetivamente houve perda por parte da empresa contratada.

Destaca-se que o próprio contrato administrativo prevê, em sua cláusula 9.6:

9.6. Critério de reajuste dos preços contratados:

9.6.1. Os preços dos serviços de segurança patrimonial contratados terão seus preços reajustados da seguinte forma:

I - Os Montantes “A” e “C” serão reajustados a partir da data estabelecida na convenção ou dissídio coletivo da categoria e de acordo com os índices nele estabelecidos.

II - O Montante “B” será reajustado após cada doze meses de vigência do contrato, tendo como marco inicial, a data limite para apresentação da proposta no preço licitatório, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE ou índice que vier a substituí-lo.

III - A parcela referente ao Vale-Alimentação será atualizada a partir da data estabelecida na convenção ou dissídio coletivo da categoria, e de acordo com os índices neles estabelecidos.

IV - Os tributos serão atualizados toda vez que houver alteração nos valores estabelecidos no contrato, aplicando-se sobre estes os mesmos índices constantes da proposta apresentada na licitação, exceto se alterados por lei.

V - Os valores da vigilância eletrônica serão atualizados na mesma periodicidade e pelos mesmos índices estabelecidos para o Montante B”. (fls. 52/53).

Desse modo, tem-se que é dever da Administração restaurar a situação originária, sob pena de caracterizar seu enriquecimento ilícito, prática expressamente vedada pelo Código Civil.

No mais, a prova pericial (fls. 479-508; 541-547; 559-561) mostra-se detalhada e consistente, destacando-se que a sua função é justamente fornecer os elementos que não estão ao alcance do julgador para que a solução mais justa seja encontrada e fundamentada. A respeito, traz-se a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Prevalência da perícia em matéria técnica: A prova pericial tem caráter técnico, científico e especializado, e deve prevalecer sobre todas as outras em matéria médica e também sobre o conhecimento privado que o magistrado julgue ter acerca da matéria. Esta consagração da perícia como prova legal nos casos em que o fato demande conhecimento técnico ou científico está refletida no CPC/1973 145 [CPC 156]. O STJ também produziu precedente a esse respeito: o juiz não está autorizado a desprezar a afirmação científica a menos que identifique erro metodológico na produção da prova pericial [...]. (In: Código de Processo Civil Comentado, 17 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1.246)

E adiante afirmam:

“É certo que o CPC 1973 436 [CPC 479] diz que o juiz não está adstrito ao laudo pericial; mas, por outro lado, nada o impede de tê-lo como fundamento de sua convicção (STJ, Ag 3959,rel.Min. Hélio Mosimann, j. 10.9.1993, p. 18978)” (Op. Cit., p. 1.267)

Registra-se que, oportunizada a impugnação do laudo, somente a parte autora o fez, buscando a complementação e a correção dos equívocos constatados. O Município nada questionou. A propósito, pontuou a representante do Ministério Público, em seu parecer:

Cumpram pontuar que em nenhum momento nos autos o Município trouxe aos autos elementos capazes de derruir o alegado pela autora acerca da necessidade de recomposição dos valores contratados, muito menos do Laudo Pericial das fls. 479-508 complementado às fls. 541-547 e fls. 559-574 após manifestação da parte autora, concluindo pela existência de um crédito em favor da requerente no montante de R\$ 2.182.359,47.

Inclusive, embora devidamente intimado, o Município de Florianópolis sequer se manifestou acerca do laudo.

[...] Assim, não se verifica qualquer equívoco ou desacerto no laudo pericial e, conseqüentemente, na sentença vergastada que o acolheu, não merecendo, portanto, reparos (fls. 660-661).

Dessa forma, sendo a perícia apta a fornecer, com segurança, os elementos necessários a uma justa decisão, apurando o real valor indenizatório, ao magistrado foram dados os corretos subsídios para que pudesse decidir.

No mais, a decisão em reexame satisfaz a contento as exigências normativas, pois adotou fundamentação suficiente, harmônica e clara no estudo da causa posta em debate.

Portanto, quanto a este ponto, a decisão não merece reparos.

2.2 Dos juros e correção monetária

Em sede de reexame, merece pequeno reparo a decisão quanto aos consectários legais.

Sabe-se que a fixação dos juros de mora e da correção monetária, nas condenações impostas à Fazenda Pública, devem seguir a seguinte disciplina:

a) Até dezembro/2002: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001;

b) No período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice;

c) No período posterior à vigência da Lei n. 11.960/2009: os juros de mora deverão obedecer ao que disciplina o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, modificado por aquela.

Quanto à correção monetária em período posterior à vigência da Lei n. 11.960/2009, vê-se que, recentemente, ao julgar os embargos de declaração no RE 870.947, o Supremo Tribunal Federal rejeitou-os, não efetuando qualquer modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com relação à correção monetária.

São válidas, desse modo, as teses fixadas em 20 de setembro de 2017, quando do julgamento do mérito do recurso, em sede de repercussão geral:

- 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; e
- 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.

Portanto, mantém-se a fixação do IPCA-e como fator de correção monetária também após a Lei n. 11.960/2009, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Tema 905, assim consolidou.

Por fim, ressalta-se que o entendimento mantido pelo STF sem modulação de efeitos já está sendo absorvido pelos tribunais. Nesse sentido: TRF4, Apelação Cível n. 5023947-58.2019.4.04.9999/PR, rel. Des. Luiz Fernando Wowk Penteadó, j. 7.10.2019.

No mais, a sentença está de acordo com a lei e a jurisprudência aplicáveis ao caso concreto, não merecendo, em sede de reexame, qualquer outra reforma.

3 Do apelo da empresa Orcali Serviços de Segurança Ltda.

Pleiteia a parte autora a fixação dos honorários advocatícios de acordo com o art. 85, §§2º, 3º e 6º, do Código de Processo Civil, afastando-se a aplicação do seu §8º, ou seja, o arbitramento por equidade.

A discussão acerca do critério da equidade na fixação dos honorários advocatícios não é nova nesta Corte, tampouco neste Órgão Julgador. Em acórdão da lavra deste relator, decidiu-se:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO LIMINAR. DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE. SENTENÇA EM CONSONÂNCIA COMPACÍFICA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A MATÉRIA. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DOS CRITÉRIOS FIXADOS A TÍTULO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS, A FIM DE QUE SEJAM ARBITRADOS DE ACORDO COM O ART. 85, §3º, I, DO CPC. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DE QUE, COM O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A APRECIÇÃO EQUITATIVA CONSTITUI CRITÉRIO EXCEPCIONAL, DEVENDO, PORTANTO, SER OBSERVADOS OS CRITÉRIOS DO ART. 85, §3º, DO CPC, QUANDO PRESENTE A FAZENDA PÚBLICA EM UM DOS POLOS DA EXORDIAL. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PROVIDO.

Consoante consolidado no Superior Tribunal de Justiça, 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. 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).

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.

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).

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, Min. Nancy Andrighi) (TJSC, Apelação Cível n. 0308232-87.2017.8.24.0033, de Itajaí, relatoria do signatário, Primeira Câmara de Direito Público, j. 16-07-2019).

Consignou-se, naquela oportunidade:

Na hipótese vertente, a própria redação do § 8.º, do art. 85, não deixa margem para qualquer interpretação extensiva que se faça, a pretexto se tratar de ação mandamental, para permitir a fixação equitativa de honorários de advogado nas causas com condenação, ou com valor da causa definido de forma não irrisória ou proveito econômico estimável em patamar razoável. Trata-se de critério objetivo, com pouca margem para desvio.

Confira-se:

Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do §2.º Para que nenhuma dúvida paire sobre o tema, tenha-se em mente que o aludido § 2.º, do art. 85, CPC, tão somente estabelece critérios para fixação que não desbordam da regra geral e em nenhum momento contém abertura para a fixação equitativa fora das hipóteses previstas no § 8.º, do mesmo artigo.

Portanto, havendo, num dos polos da relação processual, a Fazenda Pública, e existindo condenação, a regra aplicável ao caso vertente seria a do art. 85, § 3.º, I, CPC, tanto se for ela vencida, como se for ela vencedora. A regra é a mesma para ambas as hipóteses, sem que se possa cogitar do arbitramento equitativo conforme arbitrado pela decisão objurgada, pois, assim o é estabelecido para que não se quebre o princípio da isonomia, conforme elucida a doutrina, in verbis:

“Já na vigência do CPC/1973 havia entendimento no sentido de que a condenação da Fazenda Pública, vencida em ação condenatória, em percentual inferior a 10% de honorários (em razão do disposto no CPC/1973, 20, § 4.º), caracterizaria ofensa ao princípio constitucional da isonomia (CF 5.º caput) por tratar litigantes iguais com desigualdade (...) Os litigantes tiveram despesas com advogado, de sorte que devem ser ressarcidos de forma igualitária. Isso porque a Fazenda, se vencedora em ação condenatória, teria a seu favor honorários entre 10% e 20%. O CPC 85, § 3º prevê que os honorários poderão, de acordo com os critérios lá constantes, ser fixados em percentual inferior a 10% em ações nas quais a Fazenda Pública seja parte ou seja, a Fazenda Pública seria um litigante ‘diferenciado’, cuja presença na lide impactaria na fixação dos honorários. Essa norma ainda afronta, à toda evidência, o princípio da isonomia, visto que, nas ações nas quais litigam partes ‘normais’, não existe tal limitação (...) (NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. p. 434).

O art. 85, §4º, do CPC, contém as seguintes regras que coadunam com caso concreto, corroborando a tese exposta:

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.

§ 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:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

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;

III - mínimo de cinco e máximo de 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;

IV - mínimo de três e máximo de 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;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º :

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;

III - 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;

IV - será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

§ 5º 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.

§ 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

Assim, verifica-se que, de fato, a fixação equitativa é incabível, pois o § 8.º do art. 85, é claro ao só admiti-la nas causas "em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo", hipóteses não ocorrentes na espécie, em que o valor da condenação (proveito econômico) corresponde a R\$ 2.182.359,47.

No caso em apreço, o regramento aplicável é a do § 3.º, III, do art. 85, NCPC, antes referido, pois o valor da condenação está entre dois mil e vinte mil salários mínimos.

A propósito, esse é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

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.

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.

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).

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.

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).

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.

Primeiro recurso especial provido para fixar os honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o proveito econômico obtido.

Segundo recurso especial desprovido (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019).

Na hipótese em discussão, portanto, estando em um dos polos da lide a Fazenda Pública, deve

ser aplicado o art. 85, §3º e, de acordo com seus incisos, o caso se adequa ao inciso III, considerando-se o valor da condenação.

Desse modo, a decisão merece ser modificada para, de acordo com a fundamentação acima exposta, fixar os honorários advocatícios em 5% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §3º, III, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, não se conhece do recurso do Município de Florianópolis; dá-se provimento ao recurso de Orcali Serviços de Segurança Ltda, para fixar os honorários advocatícios em 5% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §3º, inc. III, do Código de Processo Civil, e modifica-se parcialmente a sentença em reexame, para manter a fixação do IPCA-e como fator de correção monetária também após a Lei n. 11.960/2009, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Tema 905, assim consolidou.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0303805-36.2018.8.24.0090, da Capital – Eduardo Luz

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO. POLICIAL MILITAR INATIVO.

OBJETIVADO ACESSO À GRADUAÇÃO DE 2º SARGENTO NO QUADRO DE PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR (QPPM) POR MERECEMENTO, OU ATÉ MESMO ANTIGUIDADE, MESMO APÓS LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE.

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

ADUZIDA INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO À PROMOÇÃO, NOS TERMOS DA LCE N. 318/06.

TESE INSUBSISTENTE.

AFASTAMENTO PARA TERAPIA CLÍNICA, PERMANECENDO NA CONDIÇÃO DE AGREGADO (ART. 85 DA LEI N. 6.218/83).

SITUAÇÃO ENSEJADORA DA ESTAGNAÇÃO NA CARREIRA, SEM ALTERAÇÃO NO ALMANAQUE.

REQUISITOS DO ART. 10 DA LCE N. 318/06, NÃO PREENCHIDOS.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303805-36.2018.8.24.0090, da Vara de Direito Militar da comarca da Capital – Eduardo Luz, em que é Apelante Geraldo Merelis Ricardo e Apelados Estado de Santa Catarina e outro.

Em Sessão Ordinária por meio eletrônico, a Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Paulo Henrique Moritz Martins da Silva e Pedro Manoel Abreu. Funcionou como representante do Ministério Público a Procuradora de Justiça Monika Pabst.

Florianópolis, 17 de abril de 2020.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Geraldo Merelis Ricardo, em objeção à sentença prolatada

pelo juízo da Vara de Direito Militar da comarca da Capital, que na *Ação de Reconhecimento de Direito n. 0303805-36.2018.8.24. 0090* ajuizada contra Estado de Santa Catarina e IPREV-Instituto de Previdência do Estado, decidiu a lide nos seguintes termos:

[...] Trata-se de ação de reconhecimento de direito proposta por Geraldo Merelis Ricardo em desfavor do Estado de Santa Catarina aduzindo, em síntese, que é 3º Sargento da Reserva Remunerada da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina e embora preenchesse todos os requisitos para a sua ascensão funcional à graduação de 2º Sargento do Quadro Especial, foi afastado sumariamente por estar em licença tratamento saúde.

Destaca, entretanto, que não obteve conhecimento da referida promoção, uma vez que estava em licença especial durante o lapso temporal entre a divulgação do edital para composição do quadro de acesso e a data estabelecida para a inserção das avaliações no sistema.

Requeru a procedência dos pedidos para reconhecer a nulidade do ato administrativo que determinou seu afastamento da promoção, bem como sua inclusão na promoção de 31/01/2013, com as respectivas alterações de função e remuneração retroativas à data.

[...]

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE os pedidos da presente Ação de Reconhecimento de Direito, extinguindo o processo, com resolução do mérito nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, em razão do autor não cumprir os requisitos previstos na lei de regência para ser promovido (fls. 235/239).

Malcontente, o apelante argumenta que “*a Lei Complementar Estadual n. 318/2006 não cria óbice à promoção dos praças militares pelo fato de estarem agregados*”.

Aduz que apesar da ressalva constante no art. 85 da Lei n. 6.218/1983, “*o entendimento não pode ser estendido à Lei Complementar, já que não há qualquer dispositivo legal nesse sentido*” (fl. 251).

Aponta que, conforme dispõe o art. 10 da LCE n. 318/06, “*antes de ser transferido para a reserva remunerada, deveria ter acesso à graduação de 2º Sargento no Quadro de Praças da Polícia Militar (QPPM) por merecimento, ou até mesmo antiguidade*” (fl. 254).

Nestes termos, brada pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 248/256).

Na sequência sobrevieram as contrarrazões, tanto do Estado quanto do IPREV, ambos reciprocamente pugnando pelo desprovimento da insurgência (fls. 263 e 265/271).

Em manifestação do Procurador de Justiça Américo Bigaton, o Ministério Público apontou ser desnecessária sua intervenção, deixando de lavrar Parecer (fls. 280/281).

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Geraldo Merelis Ricardo requer seja anulado o ato administrativo que determinou seu afastamento da promoção à graduação de 2º Sargento no Quadro de Praças da Polícia Militar (QPPM) por merecimento, ou até mesmo antiguidade, sob o argumento de que a ascensão funcional é regulamentada pela LCE n. 318/06 - em detrimento da Lei n. 6.218/83 -, tendo preenchido os requisitos a tanto.

Pois bem.

No período de 26/07/2010 até 23/05/2013, Geraldo Merelis Ricardo foi afastado temporariamente de sua atividade laboral, em razão de licença para tratamento de saúde, tendo sido transferido para a reserva remunerada em 24/05/2013.

À respeito, a LCE n. 318/06 - que dispõe sobre a carreira e a promoção das praças militares -, prevê que:

Art. 10 - Por qualquer dos critérios, ressalvados os casos previstos em lei, a promoção a 2º Sargento, 1º Sargento e Subtenente, somente poderá ser processada quando o candidato satisfizer os seguintes requisitos:

I - estar classificado pelo menos no comportamento *bom*;

II - ter sido submetido à inspeção de saúde;

III - ter realizado teste de aptidão física, ou dele estar dispensado, por junta médica incumbida da análise;

IV - ter, no mínimo, o seguinte interstício, cumprido exclusivamente no QPPM ou no QPBM:

a) 3º Sargento - quatro anos;

b) 2º Sargento - três anos;

c) 1º Sargento - três anos; e

V - ter no mínimo a metade do interstício previsto para sua graduação em serviço arregimentado.

§ 1º A inspeção de saúde e avaliação física terão validade de um ano, garantindo acesso ao quadro de promoções, aos que estiverem, por atestado da Junta Médica da Corporação, declarados com incapacidade física temporária.

§ 2º Na falta absoluta de candidatos que satisfaçam a exigência estabelecida no inciso IV deste artigo, o Comandante-Geral poderá reduzir pela metade o interstício.

§ 3º A frequência e aprovação no Curso de Aperfeiçoamento de Sargentos - CAS - é requisito para a promoção a 1º Sargento, além dos demais estabelecidos neste artigo.

E o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina (*Lei n. 6.218/83*), estabelece que:

Art. 5º - A carreira policial-militar é caracterizada por atividade continuada e inteiramente devotada à finalidade da Polícia Militar, denominada atividade policial-militar.

Parágrafo único. A carreira Policial-Militar é privativa do pessoal da ativa, tem início com o ingresso da Polícia-Militar e obedece à sequência de graus hierárquicos.

[...]

Art. 81 - A agregação é a situação na qual o policial-militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro ou Qualificação, nela permanecendo sem número.

[...]

Art. 83 - O policial-militar será agregado quando for afastado, temporariamente, do serviço ativo por motivo de:

I - ter sido julgado incapaz temporariamente, após 1 (um) ano contínuo de tratamento de saúde.

II - haver ultrapassado um ano contínuo em licença para tratamento de saúde própria.

[...]

§ 1º A agregação do policial-militar nos casos dos incisos I, II, III e IV, é contada a partir do primeiro dia após os respectivos prazos e enquanto durar o evento.

[...]

Art. 85 - O policial-militar agregado fica adido, para efeito de alterações e remuneração à Organização da Polícia Militar que lhe for designada, continuando a figurar no respectivo registro, sem número, no lugar que até então ocupava com abreviatura “Ag” e anotações esclarecedoras de sua situação.

Ora, a LCE n. 318/06 não é capaz de ilidir a vigência da Lei n. 6.218/83, visto que não a revogou, ou tampouco lançou comando normativo divergente capaz de impedir a aplicabilidade da lei ordinária no ponto.

A propósito, a LINDB-Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro estabelece que:

Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Em 18/12/2008 Geraldo Merelis Ricardo concluiu o Curso de Formação de Sargentos.

Porém, como em 2011 passou à condição de agregado - porquanto ultrapassado um ano contínuo em licença para tratamento de saúde própria -, deixou de ocupar vaga na escala hierárquica do seu quadro, restando temporariamente afastado do serviço ativo.

Em sendo assim, manteve-se na mesma posição do almanaque, mormente para efeito de alterações e vencimentos (art. 85 do Estatuto da PMSC).

Ademais, o autor não cumpriu, ao menos, um dos requisitos estipulados pelo art. 10 da LCE n. 318/06, que requer 4 (quatro) anos como 3º Sargento.

Logo, como bem prospectou o magistrado sentenciante,

[...] o autor a partir de 2011 até sua reforma estava na condição de agregado, permanecendo na mesma posição do almanaque desde aquele momento, encontrando-se, por consequência, estagnado na carreira para fins de ascensão, sem preencher os requisitos determinados na Lei Complementar n. 318/2006 (fl. 239).

Nessa linha:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR PROMOVIDO A 3º SARGENTO POR FORÇA DE LIMINAR E APÓS TER SIDO TRANSFERIDO PARA A RESERVA REMUNERADA TEVE REVERTIDA SUA PROMOÇÃO EM RAZÃO DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO QUE CASSOU A LIMINAR. PRETENSÃO DE VER ANULADO O ATO QUE TORNOU SEM EFEITO A SUA TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA REMUNERADA PELA GRADUAÇÃO DE 3º SARGENTO E O MANTEVE NA GRADUAÇÃO DE CABO. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO, ARBITRARIEDADE OU DE FALTA DE MOTIVAÇÃO A JUSTIFICAR O PLEITO DO DEMANDANTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, *Apelação Cível n. 0305143-86.2017.8.24.0023*, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 09/10/2018).

Em arremate, é impositivo o arbitramento dos honorários devidos no 2º Grau (§ 11º do art. 85 da Lei n. 13.105/15), arbitrado em Reais (§ 8º do mesmo código), visto que “*o acórdão apenas seguiu o parâmetro da sentença (que neste ponto não fora questionada na apelação) (Des. Hélio do Valle Pereira) [...]*” (TJSC, *Apelação Cível n. 0003554-25.2014.8.24.0028*, de Içara, de minha relatoria, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 30/01/2020).

Dessarte, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Via de consequência, condeno Geraldo Merelis Ricardo ao pagamento dos honorários recursais no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais - art. 85, § 11, do CPC). Contudo, ante a concessão do benefício da Justiça Gratuita, resta suspensa sua exigibilidade (fl. 117).

É como penso. É como voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação/Remessa Necessária n., 0301848-96.2017.8.24.0037, de Joaçaba

Relator: Desembargador Francisco de Oliveira Neto

TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES E DESTE TRIBUNAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO E REMESSA DESPROVIDOS.

“[...] 1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponible é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade”. (STJ - REsp 1.125.133/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, submetido à sistemática do julgamento de recursos repetitivos - art. 543-C do CPC/1973, subsumido no Tema 259)” (TJSC, Apelação Cível n. 0304061-17.2015.8.24.0079, de Videira, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 29.10.2019).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/ Remessa Necessária n. 0301848-96.2017.8.24.0037, da comarca de Joaçaba 2ª Vara Cível em que são Apelante Estado de Santa Catarina e pleados Ordemilk Ltda – EPP e outros.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso e à remessa necessária. 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, 26 de maio de 2020.

Desembargador Francisco Oliveira Neto

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de recurso de apelação interposto pelo Estado de Santa Catarina contra a sentença (fls. 108/114) que, mandado de segurança preventivo impetrado por Ordemilk Ltda. EPP e suas filiais, em face de ato coator atribuído ao Gerente Regional da Receita Estadual de Joaçaba/SC, nesses termos decidiu:

“Ante o exposto, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, CONCEDO A SEGURANÇA pretendida por Ordemilk Ltda. EPP e suas filiais, para determinar que a autoridade coatora se abstenha de exigir o destaque e recolhimento de ICMS nas operações decorrentes do envio de mercadorias entre estabelecimentos próprios da impetrante, situados neste ou em outras unidades da federação, restando, assim, impedida de autuá-la pelas operações realizadas.”

Como preliminar, o Ente Público sustenta inexistir ato coator a justificar a impetração ou sequer ameaça a direito, o que leva à ausência do interesse de agir das impetrantes bem como das condições específicas da ação do mandado de segurança, a acarretar, conseqüentemente, a sua extinção sem resolução do mérito.

Quanto ao mérito, pugna pela reforma da sentença para que a ordem seja denegada, argumentando, para tanto, em síntese, que o ICMS incide, sim, sobre as operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte quando no estabelecimento receptor houver qualquer atividade de transformação ou de agregação do valor econômico dos bens ou mercadorias, excetuando-se da regra de tributação apenas as operações em que ocorra o mero deslocamento de bens ao ativo imobilizado ou de mercadorias. Concluiu, assim, que, caso ocorra transformação ou aumento de valor econômico por ocasião de sua estada nas dependências do destinatário, o tributo é devido (fls. 140/148).

Contrarrazões apresentadas às fls. 153/159.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Procurador Basílio Elias De Caro, opinou pelo desprovimento dos recursos voluntário e de ofício (fls.166/176).

É o relato do essencial.

VOTO

1. De início, convém salientar que, na hipótese vertente, trata-se de causa sujeita à remessa necessária, visto que a sentença concessiva da ordem, em mandado de segurança, está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, nos moldes do que preceitua o art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/2009.

2. Repele-se, de pronto, a aventada ausência do interesse de agir, porquanto o mandado de segurança foi impetrado de forma preventiva, justamente em razão do receio de a autoridade fiscal exigir-lhes ICMS nas transferências de mercadorias entre os estabelecimentos das impetrantes.

Aliás, a eminente Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti, ao se deparar com situação análoga, muito bem esquadrinhou a questão:

“No que tange ao cabimento do mandado de segurança preventivo em matéria tributária, é inegável a admissibilidade da impetração, uma vez que a autoridade fiscal atua em cumprimento à legalidade estrita, pois o lançamento é atividade administrativa vinculada e obrigatória (art. 142 do Código Tributário Nacional). Nesse caso, o *writ* preventivo visa obstar ação concreta do agente arrecadador.

O justo receio emerge da comprovação de subsunção da norma tributária à atividade desenvolvida pela impetrante, sendo real, portanto, a ameaça ao direito líquido e certo. O que a impetrante pretende é se precaver contra a eventual cobrança do fisco estadual. Aliás, a preocupação da contribuinte mostra-se de todo justificada na medida em que o ente público defende a legalidade da exação.

É evidente, portanto, o interesse processual na impetração” (TJSC, Apelação Cível n. 0014427-36.2013.8.24.0023, da Capital, Quarta Câmara de Direito Público, j. 1º.6.2017).

Logo, afasta-se a prefacial.

3. Quanto à questão de fundo da controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o art. 155, inc. II, da CF, entendeu pela não incidência de ICMS sobre as operações de transferência de bens entre estabelecimentos da mesma empresa, uma vez que inexistente, na hipótese, operação mercantil. Confira-se:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÍDA DE BENS DE UM ESTABELECIMENTO PARA OUTRO DE MESMA TITULARIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.

I – A jurisprudência da Corte é no sentido de que o mero deslocamento físico dos bens entre estabelecimentos, sem que haja transferência efetiva da titularidade, não caracteriza operação de circulação de mercadorias sujeita à incidência do ICMS.

II – Recurso protelatório. Aplicação de multa.

III – Agravo regimental improvido” (AgR em AI n. 693.714/RJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30.6.2009).

Por sua vez, em 15.8.10, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1125133/SP, de relatoria do Exmo. Min. Luiz Fux, submetido ao regime de que trata o art. 543-C do CPC/1973, consolidou a orientação dada pela Suprema Corte:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ. DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. *UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO*. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG

25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783. Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 4/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008).

2. 'Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.' (Súmula 166 do STJ).

3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, *in verbis*: 'Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;'

4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.

5. 'Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias.

É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS.

(...)

O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais. (Roque Antonio Carrazza, *in* ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37)

6. *In casu*, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. (Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994)

7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

E mais:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA. ICMS. NÃO OCORRÊNCIA. FATO GERADOR. SAÍDA. MERCADORIA. MATRIZ PARA A FILIAL. SÚMULA 166/STJ. RECURSO REPETITIVO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 535, II, DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

1. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal a quo julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

2. A indicada afronta dos arts. 480 e 481 do CPC não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ.

3. O STJ pacificou o seu entendimento no sentido de que não se reconhece a ocorrência de fato gerador no deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimento de uma mesma empresa, incidência da Súmula 166/STJ.

4. Com o julgamento pela Primeira Seção do REsp 1.125.133/SP, sob o rito dos Recursos Repetitivos, relator Ministro Luiz Fux, publicado no DJe 10.9.2010, corroborou-se a tese sedimentada na Súmula 166/STJ, não havendo dúvidas sobre a sua aplicação aos casos concretos.

5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido” (REsp n. 1588784/SE, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 5.5.2016).

Conquanto já citada no corpo dos arestos acima reproduzidos, calha destacar o Enunciado da Súmula n. 166 do STJ, que preceitua: “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*”.

A esse respeito, destaca-se ainda julgado deste colendo Órgão Fracionário:

“APELAÇÃO CÍVEL. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENTRE MATRIZ E FILIAIS. ESTABELECIMENTOS DE TITULARIDADE DO MESMO CONTRIBUINTE. INOCORRÊNCIA DE FATO GERADOR DO ICMS. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUBSUMIDA NO TEMA 259. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

‘[...] 1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato imponible é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade’ (STJ - REsp 1.125.133/SP, rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, submetido à sistemática do julgamento de recursos repetitivos - art. 543-C do CPC/1973, subsumido no Tema 259)” (TJSC, Apelação Cível n. 0304061-17.2015.8.24.0079, de Videira, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 29.10.2019).

Para esse desiderato, a interpretação dada pela jurisprudência das Cortes Superiores, a qual é

também secundada por este Tribunal, é de que o termo “circulação”, previsto na norma constitucional, está relacionado à circulação jurídica, pressupondo a existência de operação mercantil.

Registre-se que, conquanto o Estado alegue que a isenção somente deve ser concedida na hipótese de inexistir incremento nas mercadorias, tal entendimento não deve prevalecer.

Explico o porquê: embora exista decisão do Grupo de Câmaras de Direito Público (Mandado de Segurança n. 2007.064674-2, rel. Des. Newton Janke, j. em 3.2.09) no sentido de que apenas não há a incidência de ICMS na remessa de bens ao ativo imobilizado ou se não houver qualquer transformação ou incremento do valor sobre a mercadoria, exigindo-se que a empresa comprove o cumprimento de tais requisitos, tal entendimento vai de encontro com aquele firmado pela Corte Superior, em regime de 543-C, que firmou o entendimento de que “*Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte*” (Súmula 166/STJ).

Aliás, as decisões proferidas neste sentido por este Tribunal que foram analisadas pelo STJ, restaram reformadas a fim de afastar a incidência do tributo por justamente entender que “*a tributação pelo imposto referido tão-somente ocorre quando houver mudança de titularidade da mercadoria. Desimportando, no caso de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, que estes estejam situados em Estados diferentes*” (REsp 1560100, rel. Min. Humberto Martins, j. 27.10.15). Colaciona-se trecho do julgado:

“DECISÃO Vistos.

Cuida-se de recurso especial interposto por COOPERATIVA AGROPECUÁRIA DE JACINTO MACHADO, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas ‘a’ e ‘c’, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. O julgado negou provimento ao recurso de apelação da recorrente nos termos da seguinte ementa (fl. 101, e-STJ):

‘APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - ICMS - TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA PESSOA JURÍDICA - EXAÇÃO QUE SE AFIGURA VIÁVEL POR EXPRESSA PREVISÃO LEGAL (ART. 12, INCISO I, DA LEI COMPLEMENTAR N. 87/1996) - NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO RESTRITA À REMESSA DE BENS AO ATIVO IMOBILIZADO DA EMPRESA, OU AINDA, À HIPÓTESE DE NÃO HAVER QUALQUER TRANSFORMAÇÃO OU INCREMENTO DE VALOR SOBRE A MERCADORIA - CIRCUNSTÂNCIA FÁTICA NÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS - IMPOSTO DEVIDO - MANUTENÇÃO DO DECISUM QUE SE IMPÕE - RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. ‘Sob a previsão contida no inc. I, do art. 12 combinado com o inc II, do § 3o, do art. 11, ambos da Lei Complementar nº 87/96, é legítima a incidência do ICMS nas operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte situados em Estados diferentes, excluídas, no entanto, as operações de simples deslocamento físico de bens destinados ao ativo imobilizado ou quando, no estabelecimento receptor, não houver qualquer atividade de transformação ou de agregação do valor econômico das mercadorias. (ACMS n.2007.064674-2, rei. Des. Newton Janke, j. 3.2.2009) ‘ (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.053610-0, de Araranguá, rei. Des. João Henrique Blasi, j. 03-05-2011).’

[...]

Discute-se nos autos a incidência de ICMS sobre operações de transferência de bens entre estabelecimentos próprios pertencentes ao mesmo titular, embora localizados em outros Estados da Federação.

A natureza da operação é a de transferência de produtos entre ‘estabelecimentos’ de mesma propriedade, que não caracteriza circulação de mercadorias, muito menos transferência de titularidade do bem, requisito este necessário à caracterização do imposto, conforme determina a Súmula 166 do STJ, que assim dispõe: Súmula 166/STJ: ‘Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.’

Forçoso concluir que, in casu, a transferência em tela é considerada meramente física, não havendo circulação econômica para fins de transferência de propriedade, pois não ocorreu a mudança de titularidade do produto, motivo pelo qual não se pode falar em incidência de ICMS.

A questão, além de sumulada (166/STJ), também foi tratada no recurso repetitivo REsp 1.125.133/SP, da relatoria do Min. Luiz Fux, julgado pela Primeira Seção em 25/8/2010, nos termos da seguinte ementa:

‘PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE MERCADORIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DE UMA MESMA EMPRESA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR PELA INEXISTÊNCIA DE ATO DE MERCANCIA. SÚMULA 166/STJ. DESLOCAMENTO DE BENS DO ATIVO FIXO. UBI EADEM RATIO, IBI EADEM LEGIS DISPOSITIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. O deslocamento de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de uma mesma empresa, por si, não se subsume à hipótese de incidência do ICMS, porquanto, para a ocorrência do fato impositivo é imprescindível a circulação jurídica da mercadoria com a transferência da propriedade. (Precedentes do STF: AI 618947 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-07 PP-01589; AI 693714 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-13 PP-02783. Precedentes do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1127106/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 17/05/2010; AgRg no Ag 1068651/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009; AgRg no AgRg no Ag 992.603/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 04/03/2009; AgRg no REsp 809.752/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 06/10/2008; REsp 919.363/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 07/08/2008)

2. ‘Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.’ (Súmula 166 do STJ).

3. A regra-matriz do ICMS sobre as operações mercantis encontra-se insculpida na Constituição Federal de 1988, in verbis: ‘Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;’

4. A circulação de mercadorias versada no dispositivo constitucional refere-se à circulação jurídica, que pressupõe efetivo ato de mercancia, para o qual concorrem a finalidade de obtenção de lucro e a transferência de titularidade.

5. ‘Este tributo, como vemos, incide sobre a realização de operações relativas à circulação de mercadorias. A lei que veicular sua hipótese de incidência só será válida se descrever uma operação relativa à circulação de mercadorias. É bom esclarecermos, desde logo, que tal circulação só pode ser jurídica (e não meramente física). A circulação jurídica pressupõe a transferência (de uma pessoa para outra) da posse ou da propriedade da mercadoria. Sem mudança de titularidade da mercadoria, não há falar em tributação por meio de ICMS. (...) O ICMS só pode incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos produtores originários aos consumidores finais.’ (Roque Antonio Carrazza, in ICMS, 10ª ed., Ed. Malheiros, p.36/37)

6. In casu, consoante assentado no voto condutor do acórdão recorrido, houve remessa de bens de ativo imobilizado da fábrica da recorrente, em Sumaré para outro estabelecimento seu situado em estado diverso, devendo-se-lhe aplicar o mesmo regime jurídico da transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio. (Precedentes: REsp 77048/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/1995, DJ 11/03/1996; REsp 43057/SP, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/1994, DJ 27/06/1994)

7. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

8. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.125.133/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, Julgado em 25/8/2010, DJe 10/9/2010.)

Eis o entendimento a quo (e-STJ, fls. 206/207): ‘Cumpra examinar se incide ou não ICMS nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa.

O fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria, compreendida esta como a passagem de mercadorias de uma pessoa para outra, sob um título jurídico, sendo irrelevante a mera circulação física ou econômica.

De fato, entendo que a tributação pelo imposto referido tão-somente ocorre quando houver mudança de titularidade da mercadoria.

Desimportando, no caso de transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa, que estes estejam situados em Estados diferentes.’

Ainda no mesmo sentido:

‘TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. DESLOCAMENTO DE MERCADORIAS ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO TITULAR. SÚMULA 166/STJ. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.125.133/SP. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

1. ‘Não constitui fato gerador de ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.’ (Súmula 166 do STJ).

2. Agravo regimental não provido.’ (AgRg no REsp 1.482.701/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 2/12/2014.)

Das razões acima expendidas, verifica-se que o Tribunal a quo decidiu em desacordo com jurisprudência desta Corte, logo merece reforma o acórdão recorrido.

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso especial.’

No mesmo sentido: REsp 1560791, rel Min. Herman Benjamin, j. 10.12.15.

Nesse contexto, obrou com acerto o togado singular ao conceder a segurança, no sentido de impedir que a autoridade coatora exija o destaque e o recolhimento de ICMS nas operações decorrentes do envio de mercadorias entre estabelecimentos próprios da impetrante, situados neste ou em outras unidades da federação.

4. Ante o exposto, o voto é no sentido de negar provimento ao apelo e à remessa necessária.

Apelação Cível n. 0301757-80.2019.8.24.0022, de Curitiba

Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE EM MEDIDOR. INSURGÊNCIA RECURSAL RESTRITA À LIMITAÇÃO TEMPORAL DE SEIS MESES ANTERIORES A CONSTATAÇÃO DA IRREGULARIDADE, PARA FINS DE CÔMPUTO DO MONTANTE INADIMPLIDO. EXEGESE DO ART. 132, § 1º DA RESOLUÇÃO 414/2010 ANEEL. ELEMENTOS CARREADOS AOS AUTOS QUE NÃO DEMONSTRAM A CONTENTO SEJA POSSÍVEL A AFERIÇÃO, *IN CASU*, POR MEIOS TÉCNICOS OU ANÁLISE DE HISTÓRICO DE CONSUMOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA ILÍQUIDA. DEFINIÇÃO DO PERCENTUAL NA LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 4º, II, DO CPC/2015. PRECEDENTES DESTA CÂMARA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301757-80.2019.8.24.0022, da comarca de Curitiba (1ª Vara Cível) em que é/são Apelante(s) Celesc Distribuição S/A e Apelado(s) Supermercado Franciosi Ltda Epp.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso, e relegar a fixação de honorários advocatícios recursais para a fase de liquidação de sentença. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Oliveira Neto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Cid Goulart e Henry Petry Júnior.

Florianópolis, 30 de junho de 2020.

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Celesc Distribuição S/A contra a sentença que, na ação de cobrança ajuizada pela apelante em face de Supermercado Franciosi Ltda Epp, por meio da qual almeja a satisfação de diferenças a título de tarifa de energia elétrica, em razão de irregularidades constatadas no medidor de consumo de propriedade da empresa ré, julgou parcialmente procedentes os pedidos veiculados na exordial, nos seguintes termos:

Isso posto, ACOLHO PARCIALMENTE a pretensão, conforme art. 487, I, do CPC, o pedido inicial para

CONDENAR a ré ao pagamento das diferenças apuradas pela cobrança a menor no período de 6 (seis) meses imediatamente anteriores à constatação da irregularidade, ou seja, a diferença apurada no período de 12/2016 a 5/2017, compondo o montante os valores de consumo conforme bandeira, PIS, COFINS, ICMS e custo administrativo. Os valores são corrigidos pelo INPC desde sua constituição até a citação, quando são acrescidos à correção monetária juros de mora 1% ao mês até o efetivo pagamento; CONDENAR a ré ao pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor atualizado de sua condenação; CONDENAR a autora ao pagamento de 50% das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor da redução do débito, obtido pela atualização do valor da causa em comparação ao valor final da condenação.

Sustenta o agravante, em síntese, que *“Entendeu o nobre magistrado que houve constatação de fraude no medidor instalado na unidade consumidora pertencente à ré, corroborando os argumentos da inicial, demonstrando assim que a ação da concessionária foi legítima.”*

Relata, ainda, que, todavia, *“entendeu o magistrado de primeiro grau que a cobrança da irregularidade deve ter como termo inicial os últimos 6 meses anteriores à constatação da irregularidade, justificando que não haveria provas acerca do início desta.”*

Quanto ao ponto, assevera que *“tal entendimento não pode prosperar, eis que existe normativa específica sobre o assunto que deve ser respeitada”, ao passo que “Ficou comprovado que a irregularidade se deu a partir do mês de 07/2014, o qual foi reduzido drasticamente, portanto no caso em tela deve ser aplicado o art. 132, caput, da Resolução 414/2010 da ANEEL.”*

Por fim, aponta *“que a parte ré não formulou pedido no sentido de ver diminuído o período de cobrança, apenas e tão somente requerendo a nulidade da cobrança advinda da constatação da fraude, o que configura julgamento EXTRA PETITA.”*

Contrarrazões apresentadas às fls. 121/126.

Este é o relatório.

VOTO

Pretende a autora, ora apelante, a reforma da sentença singular que condenou o requerido ao pagamento de valores inadimplidos a título de fornecimento de energia elétrica, em decorrência de irregularidade constatada no medidor, limitando, contudo, o termo inicial da cobrança aos últimos 6 meses anteriores à referida constatação, uma vez que entende não haver provas a respeito do início de irregularidade.

Como visto, a controvérsia, *in casu*, não mais reside em verificar-se a presença, ou não, de irregularidades no medidor de consumo existente na unidade consumidora pertencente a parte ré, mas, tão somente, quanto ao termo inicial da cobrança.

De início, é de ser afastada a tese recursal no sentido de que teria havido julgamento extra petita, porquanto não teria a parte ré requerido tal limitação temporal de 6 (seis) meses anteriores a constatação da irregularidade, para o cômputo dos valores inadimplidos.

Isso porque, claramente aventura-se, a apelante, em tal intento, ao passo que há pedido expresso formulado pela requerida, em sede de contestação, na senda de que, *“caso reconhecido o direito de cobrança da revisão das faturas pela CELESC, requer a exigência do débito fique adstrita aos 6 (seis) meses anteriores à sua detecção, calculado nos termos da Resolução Aneel 414/2010.”*

No ponto, calha registrar, por fim, que a incidência do limite estabelecido no parágrafo primeiro da referida norma, prescinde de requerimento específico das partes, bastando que se verifique, no caso concreto, tratar-se de cenário que reclame a solução estabelecida no *caput*, ou no parágrafo primeiro, a depender dos elementos de prova reunidos.

Passando-se ao mérito, enquanto entendeu o magistrado de primeiro grau que, diante da ausência de provas a respeito do início da irregularidade, há de ser observado o parágrafo primeiro do art. 132 da Resolução 414/2010 da ANEEL, sustenta o recorrente que *“Ficou comprovado que a irregularidade se deu a partir do mês de 07/2014, o qual foi reduzido drasticamente, portanto no caso em tela deve ser aplicado o art. 132, caput, da Resolução 414/2010 da ANEEL.”*

Vejamos, a propósito, o que disciplina a normativa precitada:

Art. 132. O período de duração, para fins de recuperação da receita, no caso da prática comprovada de procedimentos irregulares ou de deficiência de medição decorrente de aumento de carga à revelia, deve ser determinado tecnicamente ou pela análise do histórico dos consumos de energia elétrica e demanda de potência, respeitados os limites instituídos neste artigo.

§ 1º Na impossibilidade de a distribuidora identificar o período de duração da irregularidade, mediante a utilização dos critérios citados no caput, o período de cobrança fica limitado a 6 (seis) ciclos, imediatamente anteriores à constatação da irregularidade.

§ 2º A retroatividade de aplicação da recuperação da receita disposta no caput fica restrita à última inspeção nos equipamentos de medição da distribuidora, não considerados o procedimento de leitura regular ou outros serviços comerciais e emergenciais.

§ 3º No caso de medição agrupada, não se considera restrição, para apuração das diferenças não faturadas, a intervenção da distribuidora realizada em equipamento distinto daquele no qual se constatou a irregularidade.

Dúvidas não pairam, nessa vereda e, conforme destacado alhures, que está-se diante de controvérsia que encontra resposta nas provas carreadas ao caderno processual. É dizer: se houver elementos que apontem o momento exato do início da irregularidade, encontra-se albergue no *caput* do art. 132 e, no caso de inexistência de demonstração ou impossibilidade de aferir-se o termo inicial da irregularidade constatada, a solução encontra amparo na regra estabelecida no parágrafo primeiro do art. 132, ambos da Resolução 414/2010. da ANEEL.

No presente caso, não comporta qualquer reparo, a sentença objurgada.

Com efeito, compulsando os autos não se encontra qualquer elemento assaz a dar guarida a tese da apelante, de que haveria comprovação do termo inicial da irregularidade, a fim de dar azo a incidência do mandamento firmado no *caput* do art. 132 da Resolução 414/2010 ANEEL. Isso porque, não se vê por onde, a partir dos elementos colacionados aos autos, seja por indicativos técnicos ou pela análise de eventual histórico de consumo de energia elétrica e demanda de potência, firmar-se que a irregularidade teve início em 07/2014, como quer fazer crer a recorrente, com base em tabela de cálculos, exclusivamente. Desse modo, solução outra não há, senão valer-se do que preceitua o parágrafo primeiro do aludido regulamento, nos termos já delineados na sentença monocrática.

A respeito, já houve pronunciamento por parte da Corte Catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE EM MEDIDOR. RECONVENÇÃO PLEITEANDO A COBRANÇA DOS VALORES APURADOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL E DE IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO RECONVENCIONAL. RECURSO DA RÉ CONSTATAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO LACRE DE SEGURANÇA DA CAIXA DE MEDIÇÃO DE CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA. TERMO DE OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADE EMITIDO ADEQUADAMENTE. EXISTÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO CONSUMIDOR, GARANTINDO O DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PERÍCIA JUDICIAL QUE TAMBÉM ATESTOU A IRREGULARIDADE. DEVER DE O CONSUMIDOR ZELAR PELA CONSERVAÇÃO DO MEDIDOR. EXEGESE DOS ARTS. 166 E 167, III E IV, DA RESOLUÇÃO NORMATIVA N. 414/2010 DA ANEEL, APLICÁVEL AO CASO. DIREITO DA DEMANDADA/RECONVINTE DE COBRAR OS VALORES NÃO PAGOS. CÁLCULO EFETUADO QUE NÃO OBSERVOU AS DIRETRIZES ESTABELECIDAS PELA ANEEL. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DO QUANTUM EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, DE ACORDO COM O ART. 132, § 1º, DA REFERIDA RESOLUÇÃO. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. INVERSÃO NECESSÁRIA. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS JÁ CONSIDERANDO O LABOR NA FASE RECURSAL. SUSPENSÃO, PORÉM, DA EXIGIBILIDADE DAS VERBAS, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA (ART. 98, § 3º, DO NCPC). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (AC n. 0002427-86.2012.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Desa. Cláudia Lambert de Faria, j. 11.09.2018)

Desse modo, não comportam acolhimento as insurgências recursais, devendo ser mantido intato o aresto vergastado.

Já no que tange aos honorários advocatícios, calha, ao que interessa, a transcrição de parte dos regramentos trazidos pelo art. 85 do Código de Processo Civil:

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.

§ 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:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

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;

III - mínimo de cinco e máximo de 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;

IV - mínimo de três e máximo de 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;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado; [...].

Com efeito, “o Novo Código de Processo Civil inovou em tema de honorários advocatícios em seu art. 85, § 4º, II, na hipótese de sentença condenatória ilíquida ao prostrar o arbitramento para o momento da liquidação do julgado” (Apelação Cível n. 0300658-06.2014.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 8-8-2017).

No caso sob análise, diante da iliquidez do provimento declaratório e condenatório, a definição do percentual dos honorários advocatícios, que serão devidos pela autora, ora apelante, em favor do patrono do réu, ora apelado, deverá ocorrer na fase de liquidação, na forma que preceitua o inciso II do § 4º do art. 85 do Código de Processo Civil, quando então poder-se-á, com a precisão necessária, concluir pela aplicação dos percentuais estabelecidos pelo parágrafo 3º do pré-falado art. 85.

Este Desembargador, a propósito, já decidiu:

REEXAME NECESSÁRIO. ECAD. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. EVENTOS E FESTIVIDADES PROMOVIDAS PELO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. DEVER DO ENTE PÚBLICO EM PAGAR

AS RESPECTIVAS QUANTIAS QUANTO AOS EVENTOS QUE COMPROVADAMENTE FORAM DE SUA RESPONSABILIDADE E PROMOÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA ILÍQUIDA. DEFINIÇÃO DO PERCENTUAL NA LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. ART. 85, § 4º, II, DO CPC/2015. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA. (Reexame Necessário n. 0320001-93.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 25-7-2017).

Nesse mesmo sentido, ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. ANALISTA TÉCNICA EM GESTÃO E PROMOÇÃO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO IPREV E DO ESTADO DE SANTA CATARINA. INDENIZAÇÃO PELA DEMORA NA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA DEVIDA. REQUERIMENTO ANTERIOR A LEI COMPLEMENTAR N. 470/2009. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO SERVIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL EXCLUSIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DO PERCENTUAL POSTERGADA PARA A FASE DE LIQUIDAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO § 4º, II, DO ART. 85, DO CPC. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E ACOLHIDO. (Apelação Cível n. 0039658-02.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 27-6-2017).

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso, e relega-se a fixação de honorários advocatícios recursais para a fase de liquidação de sentença.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0303705-06.2018.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE PRISIONAL MASCULINO. EDITAL N. 001/SEA-SSP/2006. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

RECURSO DO AUTOR. (1) PRESCRIÇÃO. PRAZO DE 5 (CINCO) ANOS (DECRETO N. 20.910/32). INSURGÊNCIA QUANTO ÀS CONVOCAÇÕES RELATIVAS AOS EDITAIS N. 009/2010/SEA/SSP-SJC E 010/2010/SEA/SSP-SJC. CONTUDO, AUTOR QUE SEQUER FIGUROU NAS LISTAGENS DESSAS CHAMADAS. CANDIDATO CONVOCADO APENAS PELO EDITAL N. 001/SEA-SSP/2006. PRAZO PRESCRICIONAL QUE SE INICIA COM A DATA DE EXPIRAÇÃO DO CERTAME. AJUIZAMENTO TARDIO DA AÇÃO.

- “Em regra, a partir do encerramento da vigência do certame sem a convocação respectiva, é que se inicia o prazo prescricional para o ajuizamento da ação voltada a garantir a referida nomeação, incidindo, desde então, o prazo quinquenal do art. 1º do Decreto n. 20.910/32” (TJSC, AC n. 0302298-03.2015.8.24.0007, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 17.09.2019).

(2) HONORÁRIOS RECURSAIS. PRESSUPOSTOS PRESENTES. CABIMENTO.

- Presentes os pressupostos processuais incidentes (quais sejam: sentença na vigência do CPC/2015; deliberação sobre honorários no ato recorrido; e observância dos patamares legais), aplica-se a verba recursal.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303705-06.2018.8.24.0018, da comarca de Chapecó (2ª Vara da Fazenda Pública), em que é Apelante Jefferson Stieven Hoefling e é Apelado Estado de Santa Catarina:

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

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco de Oliveira Neto, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 10 de março de 2020.

Henry Petry Junior
RELATOR

RELATÓRIO

1 A ação

Perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Chapecó, Jefferson Stieven Hoefling ajuizou, em 11.04.2018, “*ação declaratório de reconhecimento de direito*” (autos n. 0303705-06.2018.8.24.0018) (fls. 1-17) contra Estado de Santa Catarina, ambos qualificados nos autos.

Narrou, em síntese, que: [a] participou do concurso público deflagrado pelo Edital n. 001/SEA-SSP/2006, para o cargo de Agente Prisional Masculino, classificando-se na 32ª posição regional; [b] o certame inicialmente possuía validade de 2 (dois) anos, tendo sido prorrogado por igual período, permanecendo válido até 30.06.2010; [c] dentro desse prazo houve o acréscimo de vagas através dos editais n. 009/2010/SEA/SSP-SJC e n. 010/2010/SEA/SSP-SJC, contudo, sem a devida convocação do candidatos; [d] com relação ao primeiro instrumento convocatório, embora datada de 12.02.2010, a publicação no Diário Oficial somente circulou em 22.02.2010, às 17h20, exatamente no dia em que os candidatos deveriam se apresentar na Secretaria de Segurança Pública, o que inviabilizou o comparecimento e aceitação de vaga; [e] no que concerne à segunda chamada, que reclassificou os candidatos remanescentes em única lista, sequer existiu publicação no Diário Oficial do mês de março 2010, sendo que a convocação era para os candidatos se apresentarem em 22.03.2010; e [f] existem cargos vagos a serem providos, bem como notória carência de pessoal no sistema prisional catarinense.

Requeru, com isso, que fossem julgados totalmente procedentes os pedidos formulados a fim de “reconhecer e declarar o direito do autor de ser nomeado ao cargo público de Agente Prisional Masculino, em razão das ilicitudes noticiadas e considerando-se que sua classificação está dentro do número de vagas disponibilizadas pelo concurso”. Pleiteou, também, o deferimento dos benefícios da Justiça gratuita (fls. 1-17)

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 18-382.

A gratuidade postulada foi deferida à fl. 383.

Citado (fl. 388), o réu apresentou resposta na forma de contestação (fls. 389-409), a qual veio instruída com os documentos de fls. 410-587.

Houve, ainda, impugnação à contestação (fls. 591-602); manifestação do Ministério Público (fls. 606); e juntada de documentos (fls. 607-610).

Após, sobreveio sentença (fls. 611-615).

1.1 A sentença

No ato compositivo da lide (fls. 611-615), proferido antecipadamente em 02/09/2019, o Magistrado Márcio Rocha Cardoso julgou improcedente o pedido exordial.

Condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados estes em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, com exigibilidade suspensa por litigar a acionante sob o manto da gratuidade da Justiça.

1.2 O recurso

Irresignado, a autor interpõe recurso de apelação (fls. 621-636).

Sustenta, em síntese, que: **[a]** não há falar em prescrição na hipótese, consoante entendimento deste Tribunal; **[b]** faz jus à nomeação e posse no cargo, pois incontroversa a ocorrência de irregularidades nas convocações relativas aos Editais ns. 009/2010/SEA/SSP-SJC e 010/2010/SEA/SSP-SJC, bem como foi aprovado dentro de número de vagas previstos; **[c]** houve admissão de candidatos em colocação posterior, além da contratação de trabalhadores terceirizados; **[d]** existem cargos vagos a serem providos e carência de agentes no sistema prisional catarinense; e **[e]** a Lei Complementar n. 475/2009 assegura a nomeação dos candidatos aprovados pelo Edital n. 001/2006/SEA/SSP/DEAP/SJC.

Requer, por fim, seja dado provimento ao recurso, a fim de reformar a sentença, para, afastada a prescrição, julgar totalmente procedentes os pedidos exordiais. Postula, ainda, a concessão de antecipação dos efeitos da tutela recursal e a fixação de honorários recursais.

A apelação veio instruída com os documentos de fls. 637-656.

Intimado (fl. 659), o ente estatal deixou fluir *in albis* o prazo para apresentar contrarrazões (fl. 660).

Com a ascensão dos autos a esta Corte de Justiça, a Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra do Procurador de Justiça João Fernando Quagliarelli Borrelli, opinou “pela correção de ofício do valor da causa (art. 292, §§ 2º e 3º, do CPC) para que, com fulcro no art. 932, VIII, do CPC c/c art. 137, VIII, do novo RITJSC, o recurso não seja conhecido e a competência seja declinada à Turma Recursal competente” (fls. 667-671).

Após, a mim redistribuídos em 31.01.2020 (fl. 673), vieram-me conclusos.

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2 A admissibilidade do recurso

O procedimento recursal, em seu juízo de admissibilidade, comporta uma série de pressupostos, doutrinariamente divididos em: **[a] intrínsecos**, os quais se compõem por: **[a.1]** cabimento; **[a.2]** interesse recursal; **[a.3]** legitimidade recursal; e **[a.4]** inexistência de fato extintivo do direito de recorrer; e **[b] extrínsecos**, que se subdividem em: **[b.1]** regularidade formal; **[b.2]** tempestividade; **[b.3]** preparo; e **[b.4]** inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer ou do seguimento do recurso.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.1 A competência

De saída, destaca-se que, diverso do indicado na manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 667-671), a competência para análise do feito é deste Tribunal de Justiça, consoante entendimento sedimentado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público:

Os pleitos atinentes a concurso público, por não ostentarem expressão patrimonial mensurável e por terem o respectivo valor da causa aferido de forma subjetiva por simples estimativa, não se enquadram na hipótese prevista no art. 2º, caput, da Lei n. 12.153/2009 (Grupo de Câmaras de Direito Público, CC n. 2011.064597-0, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 14-8-2013); assim, devem tramitar perante o juízo comum. Mas podem ser da competência do Juizado Especial as demandas que, mesmo tendo como causa de pedir concurso público, apenas abordam aspectos patrimoniais (como indenização por danos morais ou vencimentos). (Enunciado XX)

2.2 A prescrição

Pretende o apelante ver afastada a prescrição; para tanto, aponta entendimento deste Tribunal.

Contudo, sem razão.

De fato, como indicado pelo recorrente, esta Corte em demandas envolvendo a irregularidade nas convocações relativas aos editais n. 009/2010/SEA/SSP-SJC e n. 010/2010/SEA/SSP-SJC, para o cargo de Agente Prisional, tem entendido que:

Em regra, a partir do encerramento da vigência do certame sem a convocação respectiva, é que se inicia o prazo prescricional para o ajuizamento da ação voltada a garantir a referida nomeação, incidindo, desde então, o prazo quinquenal do art. 1º do Decreto n. 20.910/32

Contudo, o caso dos autos reveste-se de peculiaridades. É que não se pode considerar como marco inicial do prazo da prescrição o término da validade do concurso, pois a pretensão do autor decorre da falta de publicidade dos atos de convocação, ou seja, o apelante baseia seu pedido justamente na ausência de ciência da convocação, motivo pelo qual apenas nesse momento é que pode iniciar o prazo prescricional. (AC n. 0329231-62.2015.8.24.0023, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 26.11.2019).

Ocorre que, na hipótese, ao contrário do sustentado pelo acionante, seu nome não constou na lista dos candidatos a serem convocados para preenchimento de vagas acrescidas pelos editais n. 009/2010/SEA/SSP-SJC e n. 010/2010/SEA/SSP-SJC, visto que Jefferson se classificou na 32ª posição, para a Região 1 (Florianópolis, Biguaçu, São Pedro de Alcântara e Tijucas) com relação ao edital n. 001/SEA-SSP/2006 (fl. 64), o qual ofertou 76 (setenta e seis) vagas, tendo o autor sido convocado para nomeação e posse ainda nessa primeira listagem; contudo, consoante informação do Estado, a candidato não compareceu ao chamamento, de modo que foi considerado desistente (fl. 410).

De fato, quanto ao edital n. 009/2010/SEA/SSP-SJC, às fls. 240-256, observa-se que somente foram convocados os candidatos da Região 1 a partir da colocação n. 301, ou seja, até a 300ª posição as chamadas se deram através do instrumento convocatório n. 001/SEA-SSP/2006, o qual incluía o autor e sobre elas o mesmo não aponta qualquer irregularidade.

O mesmo ocorre com o instrumento convocatório n. 010/2010/SEA/SSP-SJC, não constando o nome de Jefferson na listagem de fls. 297-339.

No que concerne a prescrição, diante da ausência de disposição específica para o âmbito estadual, o prazo para ajuizamento da pretensão é de 5 (cinco) anos, com base no Decreto n. 20.910/32, tendo a sentença acertadamente considerado como base para contagem do referido prazo a data de expiração do certame, qual seja, 30.06.2010.

Visto que, como dito anteriormente, “*em regra, a partir do encerramento da vigência do certame sem a convocação respectiva, é que se inicia o prazo prescricional para o ajuizamento da ação voltada a garantir a referida nomeação, incidindo, desde então, o prazo quinquenal do art. 1º do Decreto n. 20.910/32*” (TJSC, AC n. 0302298-03.2015.8.24.0007, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 17.09.2019).

Dessarte, considerando que a ação foi proposta em 11.04.2018, tem-se que configurada a prescrição da pretensão autoral, tal qual declarado na decisão combatida.

Neste pensar, a prejudicial não é de ser afastada.

2.3 Os honorários recursais

2.3.a A introdução necessária

Os **honorários advocatícios recursais** têm 3 (três) pressupostos: [1] sentença publicada na vigência do Código de Processo Civil de 2015; [2] prévia fixação ou arbitramento de verba honorária na decisão recorrida; e [3] valoração entre os **limites quantitativos** de 10% (dez por cento) e, na soma com o percentual estabelecido na decisão recorrida, de 20% (vinte por cento), 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.

Sob esse prisma, a distribuição deverá se embasar na **sucumbên-cia** em grau recursal ou, se ausente, na **causalidade**, com incidência, sucessiva e subsidiariamente, sobre: [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.

Vale destacar, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento divulgado no Informativo de Jurisprudência n. 645, de 29-4-2019, fixou o entendimento de que “o juízo de

equidade na fixação dos honorários ad-vocatícios 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 Andriighi, Rel. Acd. Min. Raul Araújo, por unanimidade, julgado em 13/02/2019, DJe 29/03/2019).

Ainda, importante salientar que a Corte de Cidadania publicou ju-risprudência em teses a respeito do tema (Edição n. 128), cabendo destacar as seguintes: **[a]** “o § 11 do art. 85 do CPC/2015, que disciplinou a hipótese de majoração da verba honorária em grau de recurso, tem dupla funcionalidade: atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir o exercício abusivo do direito de recorrer”; e **[b]** “para a majoração de honorários advocatícios na instância recursal, não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado, que será considerado apenas para a quantificação de tal verba”.

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.3.b A espécie

Na situação vertente, constata-se que, presente a sucumbência re-cursal do autor, dado o desprovimento de seu recurso, e, uma vez atendidos os pressupostos exigidos, são devidos honorários advocatícios recursais. Assim, considerados os limites quantitativos e a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, majora-se para 12% (doze por cento).

3 A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que do seu teor decorre, suplantadas direta ou indiretamente todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e desprovido, tudo nos termos supra.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0305715-95.2018.8.24.0091, da Capital – Eduardo Luz

Relator: Desembargador Júlio César Knoll

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. POLICIAL MILITAR. INTERSTÍCIO DA GRADUAÇÃO DE CABO, DENTRO DO QEPPM, PARA FINS DE ANTIGUIDADE. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTO (EDITAL N. 058/DIE/2018). POSSIBILIDADE. EXEGESE DA LEI ESTADUAL N. 318/2006, POSTERIORMENTE ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 742/2019. SENTENÇA MANTIDA. MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO CONHECIDO E ACOLHIDO, EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0305715-95.2018.8.24.0091, da comarca da Capital – Eduardo Luz Vara de Direito Militar em que é Apelante Estado de Santa Catarina e Apelado Gilmar Antonio Leoratto.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, por meio eletrônico, conhecer e acolher, em parte o recurso, apenas para minorar os honorários advocatícios. No mais, mantém-se incólume a sentença por seus próprios fundamentos. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 11 de fevereiro de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des. Sônia Maria Schmitz.

Funcionou como representante do Ministério Público o Dr. Plínio César Moreira.

Florianópolis, 11 de fevereiro de 2020.

Desembargador Júlio César Knoll
Relator

RELATÓRIO

Perante a Vara de Direito Militar da comarca da Capital, Gilmar Antonio Leoratto, devidamente qualificado, promoveu, com fundamento nos permissivos legais, através de procurador habilitado, ação declaratória, em desfavor do Estado de Santa Catarina.

Relatou, em apertada síntese, que inscreveu-se para participar da Seleção Interna de Pessoal para o Curso de Formação de Sargentos de 2018, conforme o Edital n. 058/DIE/2018, concorrendo pelo critério de antiguidade na graduação de Cabo (30% das vagas).

Disse que, na época, estava na 12^a (décima segunda) posição do almanaque de antiguidade na classe de Cabo, isto porque foi promovido à respectiva graduação em 11-8-2014.

Sustentou que, em 5-12-2018, foi surpreendido com a atualização do almanaque, passando para a posição de n. 580 (quinhentos e oitenta), e desconsiderando o lapso temporal que operou na graduação de Cabo pelo QEPPM, para fins de promoção.

Por fim, postulou que o ente público estadual considere o tempo de serviço exercido na graduação dentro do Quadro Especial, retornando a posição antiga dentro do almanaque de antiguidade (12^a) e, possibilite ao autor a matrícula no referido Curso de Formação de Sargentos regido pelo Edital n. 58/DIE/2018 pelo critério de antiguidade na graduação de Cabo.

Recebida, registrada e autuada a inicial, o Estado de Santa Catarina foi citado. No prazo legal, veio aos autos e ofereceu resposta, via contestação.

Nela refutou os argumentos expostos na prefacial.

O pedido liminar foi deferido às fls. 110-116, motivo pelo qual o requerido interpôs agravo de instrumento, o qual não foi conhecido (fls. 266-268).

Ato contínuo, o MM. Juiz de Direito, Dr. Marcelo Pons Meirelles, proferiu sentença, a saber (fls. 225-235):

Assim, diante do exposto, confirmo a antecipação de tutela deferida nas págs. 110-116 e nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido para determinar que a Instituição Militar considere o interstício da graduação de Cabo a partir da promoção no Quadro Especial (QEPPM), possibilitando a matrícula do autor no Curso de Formação de Sargentos, regido pelo Edital n. 58/DIE/2018, caso cumpridos os 2 (dois) anos previstos na Lei Complementar n. 318/06 e preenchidos os demais requisitos, inclusive estar dentro do número de vagas ofertadas pelo certame. Condene o Estado de Santa Catarina ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), com fulcro no art. 82, § 2º do Código de Processo Civil, ficando o mesmo isento do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 35, i, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 161/97. Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 496, inciso I, do Código de Processo Civil. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Com o trânsito em julgado, archive-se.

Inconformado, a tempo e modo, o ente público estadual interpôs recurso de apelação.

Em suas razões, repisou os fatos narrados na peça contestatória e requereu a reforma da decisão singular, com a improcedência dos pedidos iniciais.

Apresentadas as contrarrazões, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça, sendo que lavrou parecer o Dr. Guido Feuser, que entendeu pela desnecessidade de sua intervenção no feito.

Vieram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

A insurgência voluntária apresentou-se tempestiva e satisfaz os demais requisitos legais, motivo pelo qual merece ser conhecida.

A fim de evitar tautologia, repiso o breve resumo redigido na sentença, às fls. 225-235:

In casu, busca o autor, com a presente Ação Declaratória, o reconhecimento do seu direito para que seja garantida a contagem do interstício na graduação de Cabo no Quadro Especial (QEPPM), no intuito de frequentar o Curso de Formação de Sargentos.

O autor, policial militar, inscreveu-se no Processo Seletivo Interno, regido pelo Edital n. 058/DIE/PMSC/2018, publicado em 21-9-2018, para ingressar pelo critério de antiguidade (30% das vagas) no Curso de Formação de Sargentos, porque à época da inscrição encontrava-se na posição n. 12 do almanaque, porquanto foi promovido à graduação de Cabo pelo QEPPM em 11-8-2014 e, recentemente, participou do Curso de Formação de Cabos para ascender no Quadro de Carreira (QPPM), previsto na Lei Complementar n. 318/2006.

Ocorre que a Polícia Militar do Estado de Santa Catarina inovou o instrumento principal do Edital no transcorrer do concurso, de modo que em 5-12-2018 alterou o almanaque anteriormente divulgado a todos os militares, sucedendo na desconsideração do lapso temporal em que o militar operou na graduação de Cabo pelo QEPPM, para fins de promoção pelo QPPM.

É evidente que a *quaestio* não é novidade nessa Corte de Justiça. Veja-se:

REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. SELEÇÃO INTERNA PARA CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS DA POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA (EDITAL N. 058/DIE/PMSC/2018). CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO NA GRADUAÇÃO DE CABO PELO QUADRO ESPECIAL. LEI N. 318/2006, POSTERIORMENTE ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 742/2019. PRECEDENTES DESTA CORTE. (TJSC, Remessa Necessária Cível n. 0304693-02.2018.8.24.0091, da Capital, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, Quarta Câmara de Direito Público, j. 12-09-2019).

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. SELEÇÃO INTERNA DE PESSOAL PARA O CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS. EDITAL N. 58/DIE/2018. CÔMPUTO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE VINCULADO AO QUADRO ESPECIAL PARA FINS DE ANTIGUIDADE NA CARREIRA DO QUADRO GERAL. IMPOSSIBILIDADE. INCOMUNICABILIDADE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE PREVÊ TRATAMENTO DISTINTO ENTRE UMA LISTA E OUTRA. INCOMUNICABILIDADE DOS INTERSTÍCIOS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0304826-44.2018.8.24.0091, da Capital, rel. Des. Ricardo Roesler, Terceira Câmara de Direito Público, j. 23-07-2019).

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. DEMANDANTE PROMOVIDO À CABO PELO QUADRO ESPECIAL (QEPPM), MIGRANDO PARA O QUADRO GERAL (QPPM) ATRAVÉS DE CURSO DE FORMAÇÃO DE CABOS (CFC). PLEITO PARA CONTAGEM DO PERÍODO LABORADO COMO CABO DO QUADRO ESPECIAL (QEPPM), PARA POSSIBILITAR A MATRÍCULA EM CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS (CFS). INCOMUNICABILIDADE ENTRE OS QUADROS. ENTENDIMENTO, ATÉ ENTÃO, ACOLHIDO PELA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. PROMULGAÇÃO, CONTUDO, DA LCE N. 742/19, QUE TRAZ HIPÓTESE EXCEPCIONAL DE COMUNICABILIDADE ENTRE OS QUADROS. AUTOR QUE PREENCHEU OS REQUISITOS PREVISTOS NO CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 6º DA ALUDIDA LEGISLAÇÃO. CONTAGEM DO INTERSTÍCIO, PELA ADMINISTRAÇÃO, DESDE A DATA DE PROMOÇÃO A CABO PELO QUADRO ESPECIAL (QEPPM). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. REMESSA E APELAÇÃO CONHECIDAS E DESPROVIDAS. A Lei Complementar Estadual n. 742/19 estabelece, no caput e parágrafo único do art. 6º, que, para os policiais militares promovidos a Cabo do Quadro Especial (QEPPM) até 11.8.18, e que tenham finalizado o Curso de Formação de Cabos (CFC) para alteração ao Quadro Geral (QPPM) até a entrada em vigor do aludido diploma legal (19.7.19), a antiguidade e o interstício serão contados da data de promoção ainda no Quadro Especial (QEPPM), que é regido pela Lei n. 6.153/82. (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0305407-59.2018.8.24.0091, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 03-12-2019).

POLICIAL MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS (EDITAL N. 058/DIE/2018). 1) MÉRITO. CÔMPUTO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE VINCULADO AO QUADRO ESPECIAL PARA FINS DE ANTIGUIDADE NA CARREIRA DO QUADRO GERAL. POSSIBILIDADE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE NÃO PREVIA TRATAMENTO DISTINTO ENTRE UMA E OUTRA LISTA. COMUNICABILIDADE DOS INTERSTÍCIOS ATÉ AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LCE N. 742/2019. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. 2) DIMINUIÇÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0305319-21.2018.8.24.0091, da Capital, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 19-11-2019).

Pois bem, na Corporação da Polícia Militar de Santa Catarina há dois quadros de organização dos servidores:

O Quadro Geral da LCE n. 318/2006:

- Subtenente
- 1º Sargento
- 2º Sargento
- 3º Sargento
- Cabo
- Soldado de 1ª Classe
- Soldado de 2ª Classe
- Soldado de 3ª Classe

E o Quadro Especial da LE n. 6.153/1982:

- 3º Sargento do Quadro Especial
- Cabo do Quadro Especial

Através de certame público, depois da formação em curso, o servidor militar ingressa na carreira no Quadro Geral, na graduação de Soldado de 3ª Classe, e pode atingir melhores posições, com base no agrado das exigências previstas a cada um dos quadros.

A lei permite que o militar, a seu interesse, passe de um quadro para outro e depois retorne.

O edital n. 058/DIE/PMSC/2018, de Seleção Interna de Pessoal para o Curso de Formação de Sargentos, previa (fl. 85):

2.1. A Polícia Militar oferece um total de 180 (cento e oitenta) vagas, a serem disputadas para o Curso de Formação de Sargentos – CFS, assim distribuídas aos inscritos, nos termos do § 3º, do art. 3º da LC nº 318/06, consideradas as alterações vigentes:

2.1.1. 54 (cinquenta e quatro) vagas pelo critério de antiguidade (30%), abertas aos Cabos formados com aproveitamento no Curso de Formação de Cabos (CFC), com no mínimo 2 (dois) anos na graduação.

[...]

2.4. Todos os candidatos deverão no momento da inscrição indicar o(s) critério(s) pelo(s) qual(is) pretendem concorrer, para posterior homologação.

2.4.1. No ato de inscrição deverão manifestar opção em realizar, ou não, a avaliação intelectual.

2.4.1.1. Ao optar em realizar prova, os Cabos QPPM concorrerão às vagas por antiguidade ao respectivo quadro (item 2.1.1) e por mérito intelectual (item. 2.1.2.1).

2.4.1.2. Ao optar em realizar prova, os 3º Sargentos QEPPM, com CFC, concorrerão às vagas por antiguidade ao respectivo quadro (item 2.2) e por mérito intelectual (item. 2.1.2.2).

2.4.1.3 Os candidatos Cabos QPPM que optarem em não realizar a avaliação intelectual, somente concorrerão às vagas pelo critério de antiguidade do respectivo quadro (item 2.1.1).

Ora, como bem destacou o Magistrado *a quo* (fl. 230),

após homologação das inscrições, resta cristalino que a alteração do almanaque anual trouxe prejuízos a inúmeros militares que estavam dentro do número de vagas a frequentar o Curso de Formação de Sargentos (critério antiguidade) e também porque não tiveram a oportunidade em optar pela realização da prova intelectual ao antever conveniente classificação por antiguidade, sendo assim, o almanaque de Cabo QPPM (págs. 53-62) em vigor na data da publicação do Edital n. 058/DIE/PMSC/2018 (setembro/2018), deve ser considerado até o fim do certame, uma vez que de outro modo haverá manifesta ilegalidade frente a legislação, sendo descabida a utilização do almanaque confeccionado em novembro de 2018 (págs. 63-83).

A Lei Complementar n. 318/2006, que dispõe sobre a carreira e a promoção das praças militares do Estado de Santa Catarina, determina:

Art. 3º O Militar estadual aprovado no Curso de Formação de Cabo ou de Sargento será promovido à respectiva graduação.

§ 1º Para ser matriculado no Curso de Formação de Cabo e de Sargento, além de atender a outros critérios estabelecidos na presente Lei Complementar, será exigida:

I - conclusão do ensino médio, para os cursos de formação iniciados até o ano de 2016; e

II - formação em curso universitário superior de graduação em qualquer área de conhecimento, desde que reconhecido pelo Ministério da Educação – MEC ou por órgão com delegação, para os cursos de formação iniciados a partir de 2017.

[...]

§ 3º O acesso às vagas dos Cursos de Formação de Cabo e de Sargento se dará nos seguintes termos:

[...]

II - para o Curso de Formação de Sargento:

a) 30% (trinta por cento) das vagas ofertadas serão preenchidas por antiguidade na graduação de Cabos com no mínimo 2 (dois) anos nesta graduação, no limite de 3 (três) Cabos para cada vaga oferecida, dentro deste percentual; e

b) 70% (setenta por cento) das vagas ofertadas serão preenchidas por Cabos com no mínimo 2 (dois) anos na graduação que, inscritos e submetidos a processo seletivo de provas, classifiquem-se por mérito intelectual, dentro deste percentual, observada a ordem decrescente do conceito numérico final obtido.

§ 4º Para a realização dos Cursos de Formação de Cabo e de Sargento, sempre que o número de vagas oferecidas não se completar em primeira chamada, far-se-ão chamadas sucessivas para o preenchimento das vagas remanescentes, com base nos mesmos critérios adotados para efetuar a primeira, buscando o aproveitamento total das vagas oferecidas, conforme disposto no regulamento desta Lei Complementar.

[...]

§ 8º Fica facultado aos Militares Estaduais promovidos pelo Quadro Especial de Cabos e Terceiros Sargentos (QEPPM), da Polícia Militar, e pelo Quadro de Praças Bombeiros Militar Complementar (QP BMC), do Corpo de Bombeiros Militar, observado o critério de antiguidade na respectiva graduação, o correspondente ingresso no Quadro de Praças Policiais Militares (QPPM) e no Quadro de Praças Bombeiros Militar (QPBM), desde que atendam aos seguintes requisitos:

I - o cumprimento ao disposto no § 1º deste artigo;

II - para os promovidos à graduação de Cabo, a aprovação no Curso de Formação de Cabo; e

III - para os promovidos à graduação de Terceiro Sargento, a aprovação no curso de formação da graduação anterior e no Curso de Formação de Sargento.

§ 9º O exercício da faculdade disposta no parágrafo anterior importará, obrigatoriamente, na transferência automática da respectiva vaga prevista no Quadro Especial de Cabos e Terceiros Sargentos - QEPPM e no Quadro de Praças Bombeiros Militar Complementar - QP BMC, respectivamente, para o Quadro de Praças

Policiais Militares - QPPM e para o Quadro de Praças Bombeiros Militar - QPBM.

§ 10. Os Militares Estaduais promovidos pelo QEPPM e pelo QPBM que, nos termos do § 8º deste artigo, optarem por ingressar no QPPM e no QPBM, observado o critério de antiguidade na respectiva graduação, terão assegurados, exclusivamente, 10% (dez por cento) de vagas, sobre as vagas de cada um dos Cursos de Formação de Cabo e de Sargento oferecidos pela Instituição Militar, além da possibilidade de acesso nos termos da alínea "b" dos incisos I e II do § 3º deste artigo. (grifou-se)

Peço vênha para utilizar parte do voto proferido na Apelação Cível n.0305407-59.2018.8.24.0091, julgada em 3-12-2019, de relatoria do Exmo. Des. Francisco Oliveira Neto, como razão de decidir:

A Lei Complementar Estadual n. 318/06 *"dispõe sobre a carreira e a promoção das praças militares do Estado de Santa Catarina"* e estabelece, em seu art. 6º, que *"as praças militares estaduais serão obrigatoriamente relacionadas em almanaque anual, por ordem de graduação e antiguidade"*.

Outrossim, de acordo com o art. 6º, § 2º, do aludido diploma legal, *"a antiguidade e a colocação do Soldado de 3ª Classe, do Cabo e do 3º Sargento no respectivo almanaque serão exclusivamente definidas pela classificação final, em ordem decrescente, no respectivo curso de formação, inclusive para os oriundos do QEPPM e do QPBM"*.

Diante disso, consolidou-se na jurisprudência desta Corte o entendimento de que *"não vale para fins de antiguidade, quanto à promoção pelo Quadro Geral, período anterior ao término do respectivo curso de formação, mesmo que tenha havido anterior ascensão na carreira pelo Quadro Especial"* (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0305775-68.2018.8.24.0091, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, j. 27.6.19).

Na mesma toada, colhe-se dos julgados deste Tribunal:

"POLICIAL MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS (EDITAL N. 058/DIE/2018). CÔMPUTO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE VINCULADO AO QUADRO ESPECIAL PARA FINS DE ANTIGUIDADE NA CARREIRA DO QUADRO GERAL. IMPOSSIBILIDADE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE PREVÊ TRATAMENTO DISTINTO ENTRE UMA E OUTRA LISTA. INCOMUNICABILIDADE DOS INTERSTÍCIOS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO" (TJSC, Apelação Cível n. 0305164-18.2018.8.24.0091, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 18.6.19).

Contudo, em 19.7.19, foi promulgada a Lei Complementar Estadual n. 742/19 que asseverou no *caput* e inciso IV do art. 6º que ao Cabo do Quadro Especial que foi promovido àquela graduação até 11.8.18, e que tenha finalizado o Curso de Formação de Cabos (CFC) até a entrada em vigor da Lei Complementar Estadual n. 742/19 (19.7.19), não se aplicará o disposto no art. 6º, § 2º, e no art. 12, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 318/06, como se vê:

"Lei Complementar Estadual n. 742/19

Art. 6º Aos militares estaduais promovidos a Cabo e 3º Sargento com base na Lei nº 6.153, de 21 de setembro de 1982, que optaram por ingressar no QPPM e no QPBM na forma dos §§ 8º, 9º e 10 do art. 3º da Lei Complementar nº 318, de 2006, e que concluíram o Curso de Formação de Cabo (CFC) ou o CFS até a entrada em vigor desta Lei Complementar, aplicam-se as seguintes regras:

I - ao término do CFC ou CFS será considerada, para a colocação nos almanaques do QPPM ou QPBM, quadros estes criados pela Lei Complementar nº 318, de 2006, a data em que o militar estadual foi promovido à graduação de Cabo ou de 3º Sargento nos quadros criados pela Lei nº 6.153, de 1982, não se aplicando o disposto no § 2º do art. 6º da Lei Complementar nº 318, de 2006;

II - para os Cabos ou 3º Sargentos promovidos na mesma data, deverá ser observada também a classificação final do respectivo curso de formação;

III - para acesso ao CFS na forma prevista nas alíneas do inciso II do § 3º do art. 3º da Lei Complementar nº 318, de 2006, será considerado o tempo transcorrido na graduação de Cabo nos quadros criados pela Lei nº 6.153, de 1982; e

IV - para promoção à graduação de 2º Sargento, a antiguidade e o interstício do 3º Sargento serão contados da data de promoção nos quadros criados pela Lei nº 6.153, de 1982, não se aplicando o disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei Complementar nº 318, de 2006.

Parágrafo único. **Aplicam-se as regras dispostas nos incisos do caput deste artigo aos Cabos e 3º Sargentos integrantes dos quadros regulamentados pela Lei nº 6.153, de 1982, promovidos a essas graduações, até 11 de agosto de 2018, de acordo com essa Lei”** (grifou-se).

Da leitura dos mencionados excertos legais, infere-se com clareza a intenção do legislador ao estabelecer no *caput* e parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar Estadual n. 742/19 que, para os policiais militares promovidos a Cabo do Quadro Especial até 11.8.18, e que tenham finalizado o Curso de Formação de Cabos (CFC) até a entrada em vigor do aludido diploma legal (19.7.19), a antiguidade e o interstício serão contados da data de promoção ainda no Quadro Especial (QEPPM), que é regido pela Lei n. 6.153/82.

Nesse diapasão, infere-se dos autos que Claudemir Oechsler foi promovido pelo Quadro Especial à graduação de Cabo em 31.1.14 (fl. 24) e terminou o Curso de Formação de Cabos (CFC) em dezembro de 2018 (conforme destacado pelo próprio Estado à fl. 380), enquadrando-se, portanto, na situação abarcada pelo art. 6º da Lei Complementar Estadual n. 742/19.

Logo, resta demonstrado o preenchimento dos requisitos impostos pela referida legislação para que o demandante tenha direito à contagem do tempo em que laborou no Quadro Especial na graduação de Cabo para fins matrícula no Curso de Formação de Sargentos (CFS) pelo Quadro Geral de Praças da PMSC, tudo nos termos da Lei Complementar Estadual n. 742/19.

Por derradeiro, em situação idêntica, esta Câmara já afastou “qualquer alegação no sentido de que a nova lei não estabeleceu efeito retroativo e por isso tem eficácia somente a partir da data de sua publicação”, já que “**a própria Lei Complementar Estadual n. 742/19, no parágrafo único do art. 6º, estabelece expressamente a eficácia retroativa, ao determinar que as regras contidas nos incisos do caput aplicam-se aos Cabos e Sargentos integrantes do Quadro Especial que foram promovidos até 11 de agosto de 2018**” (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0300128-58.2019.8.24.0091, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 5.11.19 - grifou-se).

Logo, deve ser mantida a decisão singular no ponto.

Quanto ao pedido para minorar a verba honorária sucumbencial, razão assiste ao Estado de Santa Catarina.

Isso porque, a verba foi arbitrada em R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

Em casos análogos, já foi decidido:

POLICIAL MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS (EDITAL N. 058/DIE/2018). 1) MÉRITO. CÔMPUTO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE VINCULADO AO QUADRO ESPECIAL PARA

FINS DE ANTIGUIDADE NA CARREIRA DO QUADRO GERAL. POSSIBILIDADE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE NÃO PREVIA TRATAMENTO DISTINTO ENTRE UMA E OUTRA LISTA. COMUNICABILIDADE DOS INTERSTÍCIOS ATÉ AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LCE N. 742/2019. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. 2) DIMINUIÇÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0305320-06.2018.8.24.0091, da Capital, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 19-11-2019).

E do inteiro teor:

No primeiro grau a verba foi fixada em R\$ 2.500,00. Diante da repetição muito provável de processos, equacionando os interesses do Estado como pagador e o trabalho do causídico, merecedor do nosso respeito, considero razoável o arbitramento em R\$ 2.000,00, assim compreendido o descabimento dos honorários recursais, como se verá em seguida.

A rigor do que dispõe o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, minora-se a verba honorária para R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Diante dos fatos expostos, voto no sentido de conhecer e acolher, em parte o recurso, apenas para minorar os honorários advocatícios. No mais, mantém-se incólume a sentença por seus próprios fundamentos.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4010780-24.2019.8.24.0000, da Capital

Relator: Desembargador Jaime Ramos

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS JULGADOS PROCEDENTES PARA RECONHECER O EXCESSO DE EXECUÇÃO, ANTE A AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA PARTE EXEQUENTE. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. REQUERIMENTO POSTERIOR DE APLICAÇÃO DA TESE DEFINIDA NO TEMA 810/STF E CONSEQUENTE ADOÇÃO DO IPCA-E COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. PLEITO INDEFERIDO PELA DECISÃO AGRAVADA AO ARGUMENTO DE QUE HÁ COISA JULGADA A RESPEITO, UMA VEZ QUE NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA A PARTE EXEQUENTE CONCORDOU COM O CÁLCULO APRESENTADO PELA FAZENDA PÚBLICA EXECUTADA, BASTANDO QUE AGORA ELE SEJA ATUALIZADO PELA CONTADORIA DO FORO. DECISÃO ACERTADA. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE COISA JULGADA ACERCA DA DEFINIÇÃO, NO TÍTULO EXEQUENDO, DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INAPLICABILIDADE DO TEMA 810/STF AO CASO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO ANTERIOR À RESPECTIVA DECISÃO DO STF. EXEGESE DO § 7º DO ART. 535 DO CPC. TÍTULO EXEQUENDO ACOBERTADO PELO MANTO DA COISA JULGADA (ART. 5º, XXXVI, CF/88). DECISÃO INCÓLUME. RECURSO DESPROVIDO.

Havendo a parte exequente concordado tacitamente (porque não fez qualquer impugnação aos embargos) com o cálculo apresentado pela Fazenda Pública executada, que apontou excesso na execução, e tendo transitado em julgado a sentença que julgou procedentes os embargos à execução de sentença, não há como posteriormente pleitear a aplicação de índice de correção monetária diverso daquele consolidado pela coisa julgada.

O Supremo Tribunal Federal, em 20/09/2017, julgou o RE 870.947, apreciando o Tema n. 810, com repercussão geral, e determinou que na cobrança de créditos judiciais contra a Fazenda Pública o índice de correção monetária deve ser o IPCA-E e não a TR. Todavia, nos termos do § 7º do art. 535 do Código de Processo Civil, tal decisão só é aplicável aos casos em que a sentença que dá origem ao título judicial exequendo conta com trânsito em julgado posterior à referida decisão da Suprema Corte. Caso contrário, por força da coisa julgada, ocorrerá a estabilização do índice de correção monetária definido no respectivo título.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4010780-24.2019.8.24.0000, da comarca da Capital Execução contra a Fazenda Pública e Precatórios em que são Agravantes Dolores Garcia de Betio e outros e Agravados Fundação Catarinense de Educação Especial e outro.

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Ramos (Presidente), Ronei Danielli e Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 3 de março de 2020.

Desembargador Jaime Ramos

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de tutela antecipada recursal, interposto por Dolores Garcia de Betio e outros contra decisão que, nos autos da Cumprimento de Sentença n. 0044589-82.2011.8.24.0023/01, indeferiu “o pedido de fls. 163/168, tendo em vista que a parte exequente concordou, expressamente, com o cálculo apresentado pelo IPREV nos embargos à execução n. 0315013-29.2015.8.24.0023, apensados, de acordo com a sentença de fls. 144, devendo, pois, ser preservada a coisa julgada”.

Sustentam as agravantes que os índices de correção monetária utilizados na conta dos créditos apresentados com o cumprimento de sentença respeitam o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 870.947-SE (que deu origem ao Tema 810/STF); e que, contudo, o STF atribuiu efeito suspensivo ao aludido recurso, até que sejam julgados os embargos de declaração interpostos.

Requereram a concessão de tutela antecipada recursal, e, ao final, que “seja determinado o prosseguimento do cumprimento de sentença em relação ao crédito incontroverso, com o respectivo SOBRESTAMENTO DA MATÉRIA CONTROVERSA ATINENTE À CORREÇÃO MONETÁRIA ATÉ A RESOLUÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NO RE 870.947-SE”.

O pedido de liminar recursal foi parcialmente deferido.

Intimada, a parte agravada deixou transcorrer “in albis” o prazo para contrarrazões.

VOTO

Há que se negar provimento ao recurso.

Trata-se de cumprimento de sentença referente a verbas remuneratórias de servidoras inativas da Fundação Catarinense de Educação Especial. Em Primeiro Grau foi proclamada a improcedência do pedido inicial (fl. 346 da ação principal). As autoras interpuseram recurso de apelação cujo julgamento foi afetado ao Grupo de Câmaras de Direito Público, nos termos do art. 555, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, procedimento hoje denominado Incidente de Assunção de Competência pelo Código de Processo Civil de 2015 (fl. 407 da ação principal). O Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, houve por bem excluir o Estado de Santa Catarina do processo e dar provimento parcial ao recurso das autoras, por acórdão da lavra do eminente Desembargador Pedro Manoel Abreu (Apelação Cível n. 2012.061317-2) com o seguinte dispositivo (fls. 412-424 da ação principal):

“Logo, na linha do que foi dito, o recurso das autoras deve ser parcialmente provido para garantir-lhes o

direito ao recebimento da Gratificação de Produtividade instituída pela Lei n. 13.763/06, alterada pela Lei n. 15.162/10 e condenar os réus ao pagamento das parcelas vencidas e vincendas, observada a prescrição quinquenal, corrigidas monetariamente pelo INPC desde a data em que eram devidas as parcelas, até a citação, quando haverá incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (Lei 9.494/97, art. 1º-F, com redação dada pela Lei n. 11.960/09), julgando-se extinto o feito sem resolução do mérito em relação ao Estado de Santa Catarina, dada sua ilegitimidade passiva.

“Conveniente destacar que a Fundação Catarinense de Educação Especial deverá arcar com os valores até a aposentação das autoras, momento o qual passará o Iprev a ser o responsável pelo pagamento.

“Com esse desfecho, deverão os réus arcar com os honorários advocatícios que, com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixa-se em 10% do valor da condenação, ficando isentos do pagamento das custas processuais.

“As autoras, por outro lado, deverão arcar com os honorários de sucumbência em favor do Estado de Santa Catarina, os quais fixa-se em R\$ 1000,00, cuja execução, entretanto, ficará suspensa por força do contido no art. 12 da Lei n. 1.060/50.”

O referido acórdão transitou em julgado em 28.01.2013.

Escorada nas disposições veiculadas no título judicial acima referenciado, a parte agravante apresentou, perante o Juízo da Vara de Execuções Contra a Fazenda Pública e Precatórios, pleito execucional objetivando o recebimento da quantia de R\$ 209.385,58 (duzentos e nove mil e trezentos e oitenta e cinco reais).

Intimada, a Fazenda Pública Estadual opôs embargos à execução de sentença, na forma do art. 730 do Código de Processo Civil de 1973, oportunidade em que arguiu a ocorrência de excesso de execução na ordem de R\$ 7.158,32 (sete mil e cento e cinquenta e oito reais), requerendo que fosse declarado o excesso de execução apontado.

A parte embargada/exequente compareceu aos autos para informar que concordou com as alegações da embargante, no sentido da existência do excesso de execução no valor acima referido.

Ao analisar a impugnação à execução, o digno Magistrado, Dr. Jaime Pedro Bunn, entendeu por julgar procedentes os embargos opostos em razão da ausência de resistência da parte embargada.

A parte exequente não interpôs recurso de apelação, deixando transcorrer “in albis” o prazo para tanto, sendo certificado o trânsito em julgado do “decisum” acima referido na data de 28/10/2017.

Com o prosseguimento da execução, a parte exequente apresentou petição (págs. 163 a 168 dos autos a execução), na data de 25/05/2018, expondo que discordou dos cálculos apresentados pela contadoria judicial (às págs. 576 a 579 dos autos a execução), na medida em que entendeu que, “a fim de resolver a sistemática de juros e correção monetária aplicada às condenações impostas à Fazenda Pública, o presente cálculo deve adotar como parâmetro os índices apontados nas teses fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça, que desanuviam as interpretações acerca das decisões proferidas

pelo STF”, requerendo “o prosseguimento do feito com a retificação dos cálculos apresentados pela Contadoria a fim de que seja aplicado o IPCA-E como índice de correção monetária em todo o período”

Ao analisar referido petitório, pela decisão ora agravada, o Juízo originário indeferiu o respectivo requerimento com os seguintes argumentos:

“Indefiro o pedido de fls. 163/168, tendo em vista que a parte exequente concordou, expressamente, com o cálculo apresentado pelo IPREV nos embargos à execução n. 0315013-29.2015.8.24.0023, apensados, de acordo com a sentença de fls. 144, devendo, pois, ser preservada a coisa julgada.

“No mais, encaminhe-se esta pasta digital à Contadoria para manifestação acerca da insurgência apresentada às fls. 157/158 e, em sendo o caso, seja novamente elaborado o cálculo de fls. 148/153, com vista às partes para manifestação pelo prazo individual e sucessivo de 5 (cinco) dias, iniciando pelas Exequentes.

“Havendo concordância ou transcorrendo o prazo sem manifestação, proceda-se com o pagamento.

“Intimem-se.”

Contra essa decisão, a parte exequente interpôs o presente agravo de instrumento defendendo a aplicação do Tema 810/STF e do Tema 905/STJ, de modo que seja considerado o IPCA-E como fator de correção monetária nos cálculos das obrigações perseguidas, e requereu o seguinte:

“[...] o julgamento pela total procedência do agravo de instrumento, reformando-se a decisão do MM. Juiz “a quo”, a fim de seja determinado o prosseguimento do cumprimento de sentença em relação ao crédito incontroverso, com o respectivo SOBRESTAMENTO DA MATÉRIA CONTROVERSA ATINENTE À CORREÇÃO MONETÁRIA ATÉ A RESOLUÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS NO RE 870.947-SE”.

Como se observa, o objeto recursal do presente agravo de instrumento é o “prosseguimento do cumprimento de sentença em relação ao crédito incontroverso, com o respectivo sobrestamento da matéria controversa atinente à correção monetária até a resolução dos embargos de declaração opostos no RE 870.947-SE”. Ou seja, a questão alvo de análise recursal está relacionada com a definição do índice de correção monetária aplicável para a atualização da obrigação perseguida.

Contudo, não tem razão a parte agravante/exequente.

Em primeiro lugar porque, como bem decidiu o MM. Juiz, a matéria foi decidida quando os embargos à execução de sentença, em que a Fazenda Pública alegou excesso de execução, foram julgados procedentes para determinar o prosseguimento do feito com base no cálculo apresentado pelo ente público e houve trânsito em julgado dessa sentença, de modo que se tornou coisa julgada intangível, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, e do art. 6º, da

Lei de Introdução às normas de direito brasileiro, bastando agora apenas que a Contadoria do Foro realize a atualização daquele cálculo.

Ou seja, não é mais possível alterar os parâmetros utilizados pela Fazenda Pública para a elaboração do cálculo que apresentou com os embargos à execução de sentença, porque com ele concordaram as autoras/exequentes, aqui agravantes, que preferiram não opor nenhuma impugnação àqueles embargos, de sorte que com ele concordaram tacitamente e, assim, não mais podem questionar o índice de correção monetária nele contido.

Não fora isso, também se verifica a coisa julgada do índice de correção monetária eleito no acórdão que, reformando a sentença de improcedência do pedido formulado na ação principal, condenou a Fundação Catarinense de Educação Especial e o IPREV ao pagamento de verbas remuneratórias às autoras/exequentes, aqui agravantes.

Dispõem o art. 535, inciso III, e seus §§ 5º, 6º, 7º e 8º, do Código de Processo Civil (CPC), referentes ao cumprimento de sentença para pagamento de quantia certa pela Fazenda Pública, quanto à inexecuibilidade do título executivo judicial inconstitucional ou inexigibilidade da obrigação:

“Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

“[...]”

“III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

“[...]”

“§ 5º. Para efeito do disposto no inciso III do ‘caput’ deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

“§ 6º. No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

“§ 7º. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

“§ 8º. Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.” (grifou-se)

NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, ao comentarem referidos dispositivos processuais, em especial à regra instituída pelo § 7º do art. 535 do CPC, ensinam:

“O texto normativo refere-se à declaração do STF tanto em sede de controle abstrato (ADIn, ADC ou ADPF), em razão da eficácia *erga omnes* do acórdão da Suprema Corte, como quando a declaração tiver emanado do caso concreto, quando os efeitos não se propagam para todos, pois se dão apenas *inter partes*. [...] A aplicação do CPC 535 § 5.º (decisão do STF é anterior ao trânsito em julgado da sentença que aparelha o cumprimento) dar-se-á tanto no caso de a declaração de inconstitucionalidade pelo STF ter sido proferida em sede de ADIn, de ADC ou de ADPF, quanto na hipótese de o STF proclamar a inconstitucionalidade em sede de controle concreto (v.g. no RE). [...]

“[...]”

“Coisa julgada anterior e declaração posterior de inconstitucionalidade pelo STF (1). Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela coisa julgada. Esse título judicial goza de proteção constitucional, que emana diretamente do Estado Democrático de Direito (CF 1.º *caput*), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5.º XXXVI). Decisão posterior, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial que aparelha o cumprimento de sentença. A decisão do STF que declara inconstitucional lei ou ato normativo tem eficácia retroativa *ex tunc*, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a coisa julgada (Canotilho. Dir. Constitucional, pp. 1013/1014). Não pode alcançar, portanto, as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a *auctoritas rei iudicatae*, manifestação do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso). [...] Em boa hora o texto normativo comentado veio corrigir as disposições anteriores, revogadas, do CPC/1973 475-L § 1.º e 741 par. Ún., que não faziam a ressalva constante do CPC 535 § 7.º. Já apontávamos essa inconstitucionalidade existente no sistema do CPC/1973, agora corrigida pelo texto comentado” (Código de Processo Civil comentado. 17ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1513 a 1516).

Como se conclui dessas disposições, para que a tese definida pela Suprema Corte para o Tema n. 810 possa ser aplicável, **é necessário que a decisão que a fixou tenha sido proferida antes do trânsito em julgado da sentença exequenda** (§ 7º do art. 535 do CPC).

Na hipótese, o título judicial exequendo transitou em julgado na data de 28/01/2013 (p. 426, autos principais), motivo pelo qual, adianta-se, não poderá ela ser readequada ao que foi definido pelo Tema 810/STF, que conta com julgamento posterior ao trânsito em julgado da decisão que deu origem ao título judicial.

Para bem situar a questão, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs n.ºs. 4357/DF e 4425/DF, declarou a inconstitucionalidade da parte do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, que determinava a aplicação da TR para correção monetária dos débitos da Fazenda Pública. Tal julgamento ocorreu em data de 14.03.2013 e o acórdão respectivo foi considerado publicado no DJe em 26.09.2014.

No entanto, como se demonstrará a seguir, o julgamento das ADIs n.ºs. 4357/DF e 4425/DF reputou inconstitucional somente a fixação dos juros moratórios com base na TR quanto aos débitos estatais de natureza tributária, não declarando por completo a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/09.

Daí porque, devido ao grande número de controvérsias emanadas de diversos Tribunais Pátrios sobre o alcance dos efeitos do julgamento das referidas ADIs sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, foi que o Supremo Tribunal Federal entendeu, por necessidade da segurança jurídica e para definir orientação segura para o julgamento das ações que envolvam tal questão, manifestar-se pela existência de repercussão geral sobre a seguinte questão:

Tema 810/STF: A validade jurídico-constitucional da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

A propósito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao manifestar-se pela existência de repercussão geral sobre a questão que envolve o presente caso, no RE 870.947/SE, cuja relatoria ficou na incumbência do Ministro Luiz Fux, definindo a questão acima referida (Tema 810), teceu as seguintes considerações:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09.

1. Reveste-se de repercussão geral o debate quanto à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidente sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

2. Tendo em vista a recente conclusão do julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, ocorrida em 25 de março de 2015, revela-se oportuno que o Supremo Tribunal Federal reitere, em sede de repercussão geral, as razões que orientaram aquele pronunciamento da Corte, o que, a um só tempo, contribuirá para orientar os tribunais locais quanto à aplicação do decidido pelo STF, bem como evitará que casos idênticos cheguem a esta Suprema Corte.

3. Manifestação pela existência da repercussão geral.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com fundamento no artigo 102, III, alínea a, da Constituição da República contra acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, mantendo concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido, assentou que não cabe a aplicação da Lei nº 11.960/09 quanto aos juros e à correção monetária, uma vez que o Supremo Tribunal federal, no julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, reconheceu, por arrastamento, a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.960/09, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97.

(...)

Há repercussão geral do ponto de vista jurídico, uma vez que o acolhimento da tese do deferimento da incidência de juros de mora e de correção monetária em desacordo com o contido no artigo 5º da Lei nº 11.960/09, uma vez que não restou declarado inconstitucional todo o artigo 5º da Lei 11.960/09, na

presente demanda poderia implicar precedente ao acolhimento de sua aplicação a todos os casos similares. Outrossim, a pretendida aplicação da incidência de juros de mora e de correção monetária em desacordo com o contido no artigo 5º da Lei 11.960/09, uma vez que não restou declarado inconstitucional todo o artigo 5º da Lei nº 11.960/09, consiste em tese que destoa da doutrina e da jurisprudência brasileira consolidada sobre a aplicação da lei, pelo que o acolhimento da pretensão resultaria em prejuízo à conceituação da questão relativa à fixação dos juros moratórios e da correção monetária, nos termos do que preceitua o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, em todas as esferas jurídicas, com o nítido prejuízo a esses cânones de suma importância em nosso ordenamento.

Também se constata que há repercussão geral do ponto de vista econômico, porque o INSS teria de elevar os valores para pagamento em milhares de ações referentes a benefícios previdenciários, com o pagamento de juros de mora e de correção monetária em desacordo com o contido no artigo 5º da Lei nº 11.960/09, o que consistiria em enorme dispêndio dos recursos necessários à manutenção dos sistema de Previdência Social brasileiro.

Do ponto de vista político, há repercussão geral porque a adoção da tese em referência causaria dificuldades intratáveis na manutenção dos pagamentos dos benefícios, uma vez que o Estado brasileiro sempre dispôs, quanto à Previdência Social, proteção à saúde do trabalhador, observada a respectiva nocividade do agente e a correspondente fonte de custeio do sistema.

Sob o ponto de vista social, cabe ressaltar que a previsão, expressa na Constituição, do direito à previdência social como direito social (art. 6º) e do sistema de Previdência como componente da Ordem Social (Título VIII, Capítulo II, Seção III) implica existência do requisito da repercussão social nos recursos extraordinários interpostos pelo INSS, entidade que, na ordem social brasileira, tem a finalidade específica de prestar a previdência pública, finalidade esta que será prejudicada se deferida a pretensão deduzida em demandas como esta.

No mérito, o INSS aponta violação ao art. 102, caput e alínea I, e art. 195, § 5º, todos da Constituição da República, alegando, verbis (fls. 172-173 grifos no original):

A decisão, ora recorrida, do TRF da 5ª Região, entendeu pela inaplicabilidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.690/09, afirmando que houve declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º deste diploma legal, quando do julgamento da ADI nº 4357 e ADI nº 4425, ocorrido em 14/03/13.

Data venia, não pode o INSS se conformar com o r. acórdão, vez que o mesmo, ao entender pela inconstitucionalidade total do artigo 5º da Lei 11.960/09, findou por violar decisão do STF (art. 102, caput, e alínea I), bem como a necessidade da indicação da prévia fonte de custeio (art. 195, §5º). Por fim, como se não bastasse, o acórdão terminou por violar o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, ao afastar a sua aplicação, ensejando, com isto, o recurso a essa via extraordinária.

[...]

Convém aduzir que a taxa aplicável dos juros de mora e da correção monetária sofreu relevante alteração com o advento da Lei 11.960/2009, que modificou a redação do artigo 1º-F, da Lei 9.494/97, independentemente da natureza da demanda contra o Poder Público.

Ocorre, todavia, que o STF declarou parcialmente a inconstitucionalidade da norma, tendo sido mantida a taxa de juros de 0,5% estabelecida no artigo I -F, da Lei 9.494/97. Portanto, a decisão recorrida embargada (sic) merece ser reformada para que seja respeitada a fixação dos juros moratórios, nos termos do que preceitua o art. 1º -F, da Lei nº 9.494/97, vale dizer, no percentual de 0,5% ao mês. Nesse norte, importante tecer considerações acerca do informativo de número 698 do STF, uma vez que não restou declarado inconstitucional todo o artigo 5º da Lei 11.960/09.

[...]

PLENÁRIO

Precatório: regime especial e EC 62/2009- 20 Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou parcialmente procedente pedido formulado em ações diretas, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Indústria - CNI, para declarar a inconstitucionalidade: a) da expressão “na data de expedição do precatório, contida no 2º do art. 100 da CF; b) dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF; c) da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100 da CF, do inciso 11 do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT; d) do fraseado “independentemente de sua natureza”, inserido no § 12 do art. 100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; e) por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009; e f) do § 15 do art. 100 da CF e de todo o art. 97 do ADCT (especificamente o caput e os §§ 1º, 2º, 4º, 6º, 8º, 9º, 14 e 15, sedo os demais por arrastamento ou reverberação normativa) - v. Informativos 631, 643 e 697. (g.n.)

Apesar de, numa primeira leitura, parecer claro que o artigo 5º da Lei 11.960/09 foi declarado inconstitucional na sua totalidade, uma leitura mais atenta do informativo indica o contrário. Veja- diz o artigo 5º da Lei 11.960/09 que: Art. 5º O art. 1º-F da Lei nº .9.494, de 10 de setembro de 1997, introduzido pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2. 180-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.”

Este dispositivo regula as seguintes matérias sobre as condenações impostas à Fazenda Pública:

- a) se é aplicável a todas as condenações ou a apenas a alguma modalidade específica;
- b) que ela se refere à atualização monetária, à remuneração do capital e à compensação da mora;
- c) a quantidade de vezes que o índice estabelecido deve incidir; e
- d) informa que serão adotados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança para atingir este mister. Portanto, o texto aqui discutido trata, ao menos, de 4 assuntos diferentes. Feito esse apontamento, volte-se ao trecho do informativo sobre as alíneas anteriores à declaração por arrastamento do artigo 5º da Lei 11 .960:

“... para declarar a inconstitucionalidade:

- a) da expressão “na data de expedição do precatório”, contida no § 2º do art. 100 da CF;
- b) dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF;
- c) da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100 da CF, do inciso 11 do § 1º e do § 16, ambos do art. 97 do ADCT; d) do fraseado “independentemente de sua natureza”, inserido no § 12 do art. 100 da CF, para que aos precatórios de natureza tributária se apliquem os mesmos juros de mora incidentes sobre o crédito tributário; e) por arrastamento, do art. 5º da Lei 11.960/2009;... Comparando-se as alíneas citadas no informativo com o artigo 5º da Lei 11.960/09 verifica-se que elas só trataram de dois dos quatro assuntos regulados pelo citado dispositivo da Lei. Ora, assim o sendo, qual seria, então, a lógica declarar-se a inconstitucionalidade de todo o artigo da Lei? Nenhuma, já que as partes restantes têm conteúdo normativo suficiente para ser aplicadas sozinhas.

(...) todas as partes não citadas ao artigo permanecem constitucionais, principalmente a parte referente

aos juros, texto que não foi declarado inconstitucional, devendo valer, em relação a este, as disposições da própria Lei 11.960/09 (Lei 9.494/97), que se aplicam a benefícios previdenciários já que trata de condenações impostas à Fazenda Pública. Pede então que o recurso seja conhecido e provido para reformar a decisão proferida pelo Egrégio TRF da 5ª Região na presente ação, declarando indevida a fixação de juros de mora e de correção monetária em desacordo com o contido no artigo 5º da Lei 11.960/09, uma vez que não restou declarado inconstitucional todo o artigo 5º da Lei 11.960/09, adequando-a, assim, aos parâmetros ditados pela Constituição Federal.

O recurso foi admitido na origem (fls. 179).

É o relatório. A questão jurídico-constitucional versada nestes autos diz respeito à validade da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.

Tendo em vista a recente conclusão do julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, ocorrida em 25 de março de 2015, revela-se oportuno que o Supremo Tribunal Federal reitere, agora em sede de repercussão geral, as razões que orientaram aquele pronunciamento da Corte, o que, a um só tempo, contribuirá para orientar os tribunais locais quanto à aplicação do decidido pelo STF, bem como evitará que casos idênticos cheguem a esta Suprema Corte.

Tendo em vista, porém, algumas sutilezas formais adiante explicadas, sobretudo na hipótese da correção monetária, acredito que não seja caso de reafirmação de jurisprudência pelo Plenário Virtual, devendo a questão ser apreciada pela Corte em julgamento presencial

Primeira Questão:

Regime de juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública

No julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a fixação dos juros moratórios com base na TR apenas quanto aos débitos estatais de natureza tributária. Foi o que restou consignado na ementa daquele julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). (...)

6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão independentemente de sua natureza, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. (sem grifos no original)

Destarte, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi clara no sentido de que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, não foi declarado inconstitucional por completo. Especificamente quanto ao regime dos juros moratórios incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública, a orientação firmada pela Corte foi a seguinte:

Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídico-tributária, devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário;

Quanto aos juros moratórios incidentes sobre condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, devem ser observados os critérios fixados pela legislação infraconstitucional, notadamente os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, conforme dispõe o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09.

A decisão recorrida nestes autos, porém, elasteceu o escopo do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, afastando a aplicação da legislação infraconstitucional com suposto fundamento nas ADIs nº 4.357 e 4.425. Não se trata de caso isolado. Em outros recursos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, esta mesma circunstância estava presente. Cito, a título ilustrativo, o RE nº 837.729 e o RE nº 859.973.

Revela-se, por isso, necessário e urgente que o Supremo Tribunal Federal reitere, em sede de repercussão geral, a tese jurídica fixada nas ADIs nº 4.357 e 4.425, orientando a atuação dos tribunais locais aplicação dos entendimentos formados por esta Suprema Corte. Segunda Questão:

Regime de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública

Já quanto ao regime de atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública a questão reveste-se de sutilezas formais. Explico.

Diferentemente dos juros moratórios, que só incidem uma única vez até o efetivo pagamento, a atualização monetária da condenação imposta à Fazenda Pública ocorre em dois momentos distintos.

O primeiro se dá ao final da fase de conhecimento com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Esta correção inicial compreende o período de tempo entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública. A atualização é estabelecida pelo próprio juízo prolator da decisão condenatória no exercício de atividade jurisdicional.

O primeiro se dá ao final da fase de conhecimento com o trânsito em julgado da decisão condenatória. Esta correção inicial compreende o período de tempo entre o dano efetivo (ou o ajuizamento da demanda) e a imputação de responsabilidade à Administração Pública. A atualização é estabelecida pelo próprio juízo prolator da decisão condenatória no exercício de atividade jurisdicional.

O segundo momento ocorre já na fase executiva, quando o valor devido é efetivamente entregue ao credor. Esta última correção monetária cobre o lapso temporal entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Seu cálculo é realizado no exercício de função administrativa pela Presidência do Tribunal a que vinculado o juízo prolator da decisão condenatória.

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade da correção monetária pela TR apenas quanto ao segundo período, isto é, quanto ao intervalo de tempo compreendido entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento. Isso porque a norma constitucional impugnada nas ADIs (art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09) referia-se apenas à atualização do precatório e não à atualização da condenação ao concluir-se a fase de conhecimento

Essa limitação do objeto das ADIs consta expressamente das respectivas ementas, as quais, idênticas, registram o seguinte:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE

PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. (...) IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. (...)

(...) 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período).

(...) 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.

(ADI 4357, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-188 DIVULG 25-09-2014 PUBLIC 26-09-2014 sem grifos no original)

A redação do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, tal como fixada pela Lei nº 11.960/09, é, porém, mais ampla, englobando tanto a atualização de requisitórios quanto a atualização da própria condenação. Confira-se:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

As expressões uma única vez e até o efetivo pagamento dão conta de que a intenção do legislador ordinário foi reger a atualização monetária dos débitos fazendários tanto na fase de conhecimento quanto na fase de execução. Daí por que o STF, ao julgar as ADIs nº 4.357 e 4.425, teve de declarar a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97. Essa declaração, porém, teve alcance limitado e abarcou apenas a parte em que o texto legal estava logicamente vinculado no art. 100, §12, da CRFB, incluído pela EC nº 62/09, o qual se refere tão somente à atualização de valores de requisitórios.

Na parte em que rege a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório (i.e., entre o dano efetivo/ajuizamento da demanda e a condenação), o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 ainda não foi objeto de pronunciamento expresso do Supremo Tribunal Federal quanto à sua constitucionalidade e, portanto, continua em pleno vigor

Ressalto, por oportuno, que este debate não se colocou nas ADIs nº 4.357 e 4.425, uma vez que, naquelas demandas do controle concentrado, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 não foi impugnado originariamente e, assim, a decisão por arrastamento foi limitada à pertinência lógica entre o art. 100, §12, da CRFB e o aludido dispositivo infraconstitucional.

Essa limitação, porém, não existe no debate dos juros moratórios, uma vez que, segundo a jurisprudência pacífica do STF, não incidem juros moratórios sobre precatórios (no prazo constitucional entre a sua expedição e o pagamento efetivo), de sorte que o arrastamento decidido pelo STF nas ADIs nº 4.357 e 4.425 refere-se, tal como fazia o art. 100, § 12 da CRFB, aos juros moratórios fixados na data da condenação.

Não obstante isso, diversos tribunais locais vêm estendendo a decisão do Supremo Tribunal Federal nas

ADIs nº 4.357 e 4.425 de modo a abarcar também a atualização das condenações (e não apenas a dos precatórios). Foi o que fez o TRF da 4ª Região no presente recurso extraordinário. Aponto ainda outros tribunais que têm endossado essa compreensão:

Superior Tribunal de Justiça

A declaração de inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do artigo 5º da Lei n. 11.960/09 (ADI n. 4.425/DF) impõe que se fixe o INPC como índice de correção específica nas demandas que tratam de benefícios previdenciários diante de previsão específica no art. 41-A da Lei n. 8.213/91.

(Trecho de acórdão mencionado no RE nº 855.447)

Tribunal Regional Federal da 5ª Região

No que se refere à incidência de juros de mora e correção monetária, diante do julgamento do STF na ADI 4.357/DF, que considerou inconstitucional o art. 5º, da Lei nº 11.960/2009, mantém-se a sentença no que concerne à aplicação de juros de 1% ao mês a partir da citação, acrescido de correção monetária.

(Trecho do acórdão recorrido no RE nº 855.447)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

O Supremo Tribunal Federal via controle concentrado declarou a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.960/2009, que alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, que normatizava a incidência dos consectários legais aplicáveis sobre as condenações da Fazenda Pública (ADI 4425/DF). In concreto, não houve a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, sendo de rigor reconhecer que atingem a todos, bem como retroagem à data em que a lei entrou em vigor, vinculando, ainda, os demais órgãos do Poder Judiciário.

(Trecho do acórdão recorrido no RE nº 848.285)

Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul

A correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei nº 11.960/09, deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada no período

(Trecho do acórdão impugnado no RE nº 863.423)

Essa controvérsia também está presente em diversos casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal. A título ilustrativo, cito os seguintes precedentes: RE 851.079, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 4/12/2014; RE 848.718, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 3/12/2014; RE 839.046, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 20/10/2014; RE 825.258, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 2/2/2015; e RE 848.145, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 25/11/2014.

Ainda que haja coerência, sob a perspectiva material, em aplicar o mesmo índice para corrigir precatórios e condenações judiciais da Fazenda Pública, é certo que o julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, sob a perspectiva formal, teve escopo reduzido. Daí a necessidade e urgência em o Supremo Tribunal Federal pronunciar-se especificamente sobre a questão e pacificar, vez por todas, a controvérsia judicial que vem movimentando os tribunais inferiores e avolumando esta própria Corte com grande quantidade de processos.

Manifesto-me pela existência da repercussão geral da seguinte questão constitucional:

A validade jurídico-constitucional da correção monetária e dos juros moratórios incidentes sobre condenações impostas à Fazenda Pública segundo os índices oficiais de remuneração básica da caderneta de poupança (Taxa Referencial - TR), conforme determina o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09. (STF - RE 870947 RG, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 16/04/2015, DJe-077 DIVULG 24-04-2015 PUBLIC 27-04-2015).

Com base nessas considerações, conclui-se que, como o julgamento das ADIs nº 4.357 e 4.425, na questão que trata da atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública até a expedição do requisitório, sob o aspecto formal, não se pronunciou quanto à constitucionalidade do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, não poderá servir ele de marco para aplicação do disposto no § 7º do art. 535 do CPC.

Nessa senda, para o presente caso, que trata acerca da definição do índice de correção monetária a aplicar nas condenações impostas à Fazenda Pública Estadual até a expedição do requisitório, deve-se adotar, portanto, a data do julgamento do RE 870.947/SE, que define a questão (Tema 810).

Sendo assim, no caso em concreto, em que o título executivo judicial transitou em julgado na data de 28/01/2013 (p. 426, autos principais), nos termos do § 7º do art. 535 do CPC, não há como ser aplicada a tese definida sobre o Tema 810/STF, na medida em que a decisão acerca deste foi proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda.

A propósito, cabe registrar que, na sessão de julgamento do dia 03/10/2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar e rejeitar, por maioria de votos, os embargos declatórios opostos contra o acórdão que estabeleceu a tese do Tema 810, decidiu por aplicar o IPCA-E como fator de correção monetária desde 2009, nos exatos termos definidos no acórdão embargado (fonte: <https://www.conjur.com.br/2019-out-03/stf-decide-aplicar-ipca-correcao-monetaria-2009>; acesso em 03/10/2019). Daqui para diante, então, não haverá mais entraves para a aplicação do Tema 810, desde que o título judicial exequendo decorra de sentença transitada em julgado posteriormente ao referido julgamento (art. 535, § 7º, CPC).

Portanto, pela segurança jurídica, há que se manter os índices definidos no título judicial para fins de atualização da obrigação, porquanto, no caso em concreto, o título judicial está duplamente acobertado pelo instituto da coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI, CF/88).

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Apelação Cível n. 0301719-73.2018.8.24.0064, de São José

Relator: Desembargador Ronei Danielli

SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSORA CONTRATADA EM CARÁTER TEMPORÁRIO PELA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. DEMISSÃO POR SUPOSTO COMPORTAMENTO INADEQUADO. ILEGALIDADE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR NULO. JUÍZO DE LEGALIDADE. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE E IMPRECISA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DOS ATOS TIDOS POR INDEVIDOS. PREJUÍZO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE DO PAD EVIDENCIADA. PLEITO PARA CONDENAÇÃO DO ENTE PÚBLICO EM DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABALO MORAL QUE NÃO É PRESUMIDO NESTAS HIPÓTESES, CONSOANTE DECIDIDO EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS DESTE TRIBUNAL (TEMA N. 9). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0301719-73.2018.8.24.0064, da comarca de São José Vara da Fazenda Pública em que é Apelante Fernanda de Melo e Apelado Município de São José.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso 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, 23 de junho de 2020.

Desembargador Ronei Danielli

Relator

RELATÓRIO

Fernanda de Melo ajuizou, perante a Vara da Fazenda Pública da comarca de São José, ação declaratória c/c condenatória em face do Município de São José, requerendo a anulação do processo administrativo que culminou na sua demissão do serviço público, bem como a condenação do réu ao pagamento de danos extrapatrimoniais.

Informou ter sido contratada de forma temporária para exercer o cargo de professora da rede de educação infantil em 2016, tendo sido demitida da função em dezembro de 2017, após a instauração do Processo Administrativo n. 11.348/2017, por suposto mau comportamento e desempenho insuficiente.

Sustentou ser ilegal o ato de demissão, haja vista não ter restado comprovado no PAD a sua má conduta reiterada, sendo frágeis os depoimentos testemunhais coletados pela autoridade processante.

Destacou que outros professores e colegas reconheceram, por meio de cartas e testemunhos pessoais, o bom trabalho desenvolvido, anotando também a existência de animosidades entre os servidores e a diretora de escola que requereu a instauração do PAD.

Pontuou, ainda, a deficiência probatória do processo disciplinar, ponderando o seu rápido tempo de tramitação em contraposição aos diversos fatos e circunstâncias envolvidas.

Alegou, ao final, a ocorrência de danos extrapatrimoniais com a sua demissão, a qual também acarretou na proibição de realizar novos concursos de professora temporária pelo prazo de 3 (três) anos, razão pela qual requereu a condenação do ente público ao ressarcimento da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em contestação, o Município de São José defendeu a legalidade do ato questionado, indicando que a punição embasou-se na Lei Municipal n. 4.670/2008, a qual permitiria a demissão do contratado temporário em caso de desempenho insuficiente.

Dissertou sobre a ocorrência de diversos fatos que desabonariam a conduta da autora perante seus colegas. Aduziu, por fim, não haver provas do dano moral experimentado.

Ofertada réplica e realizada audiência, com oitiva de testemunhas, na sentença, proferida em 31.07.2019, o magistrado Otávio José Minatto julgou improcedentes os pedidos exordiais, condenando a demandante ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), suspensa sua exigibilidade em razão da concessão da gratuidade da justiça.

Inconformada, a vencida apelou, revisitando as teses aventadas na inicial.

Apresentadas contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, vindo conclusos em 24.01.2020.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Fernanda de Melo da sentença que, na ação declaratória *c/c* condenatória ajuizada em face do Município de São José, julgou improcedentes os pleitos objetivando (i) anular o Processo Administrativo n. 11.348/2017, que culminou na demissão da recorrente do quadro de servidores temporários do ente público; e (ii) condenar o réu ao pagamento dos danos morais daí decorrentes.

Compulsando detidamente os autos do PAD em questão, verifica-se, de fato, a existência de ilegalidades insanáveis no procedimento, as quais ensejam a declaração de sua nulidade.

Inicialmente, verifica-se que a autora foi cientificada em 28.11.2017 para responder processo disciplinar em decorrência do seu possível mau comportamento, pois teria desacatado e coagido a diretora da escola onde trabalhava, além de apresentar suposto comportamento de insubordinação (fls. 13 e 15).

Nesse passo, a portaria de instauração do PAD destacou como seu fundamento legal a Lei Ordinária n. 2.761/1995 (Estatuto do Magistério Público Municipal de São José), especialmente o seu art. 179, acerca dos deveres dos professores para com a disciplina e boa convivência (fl. 14).

Assim, realizada a instrução probatória do feito, com o oferecimento de defesa escrita, oitiva de testemunhas e juntada de relatos escritos, a comissão processante exarou sua manifestação definitiva opinando pela demissão de Fernanda.

A imposição da penalidade foi justificada a partir dos relatos de mau comportamento e dificuldade no convívio com alguns colegas e com a diretora da escola onde estava lotada, concluindo a comissão que “*a professora Fernanda não atende as atribuições necessárias para a docência da Rede Municipal de Ensino de São José*” (fls. 84/85)

A esse respeito, apesar do relato fático delineado, verifica-se que o parecer não indicou quais foram os deveres funcionais violados e quais os dispositivos legais que fundamentariam a aplicação da penalidade de demissão no caso concreto, a qual, como sabido, é a punição mais gravosa aplicável ao agente público.

Além disso, o parecer conclusivo não examina ou aponta qual o enquadramento legal das condutas narradas dentro daquelas passíveis com demissão ou outra penalidade menos grave à luz do estatuto funcional dos servidores públicos do Município de São José, sejam eles temporários ou efetivos.

Igualmente, não há análise fundamentada das eventuais circunstâncias atenuantes ou agravantes da interessada, pois a menção da comissão sobre o relato de outras ocorrências negativas envolvendo a autora, quando trabalhou no CEI Flor de Nápolis em 2014, não encontram qualquer suporte probatório, sequer sendo possível identificar se realmente foi instaurado procedimento administrativo sobre o tema.

Nesse viés, imperioso destacar que o enquadramento das condutas relatadas no PAD às hipóteses de faltas funcionais estabelecidas na legislação própria é fundamental para avaliar o cabimento da punição no caso concreto e justificar/motivar a gradação da penalidade.

Esta compreensão busca concretizar os postulados da legalidade, do devido processo legal e da ampla defesa, pois não há justificativa, dentro do regime estrito do direito público, para aplicação de sanções disciplinares sem a indicação precisa de quais os deveres legais ou funcionais transgredidos.

Aqui, não há margem de discricionariedade para a Administração escolher quais são as condutas que podem resultar em demissão do servidor público; é necessário, à luz do princípio da legalidade, o enquadramento da conduta nos tipos legais passíveis de demissão estabelecidos na legislação disciplinar específica.

Sobre o tema, colhe-se do julgado do Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal no Mandado de Segurança n. 4013922-07.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, em 23.10.2017:

ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO, QUE CULMINOU NA CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. ANÁLISE DO PODER JUDICIÁRIO ADSTRITA À LEGALIDADE DO ATO. **AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO ENTRE A CONDUTA, A TIPIFICAÇÃO E A SANÇÃO IMPOSTA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE CONSTATADA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DEMONSTRADO. ORDEM CONCEDIDA.** (sem grifo no original).

Assim, não sendo possível identificar qual o enquadramento legal das condutas praticadas pela recorrente – **até porque sequer foi indicada qual a legislação regedora da situação em comento** – é nulo o parecer conclusivo da comissão processante.

Outrossim, o parecer exarado pela Assessora Jurídica da Secretaria Municipal (fls. 86/87) também não se presta a justificar a legalidade do ato demissório.

Referido ato enunciativo aponta que o fundamento da demissão seria o art. 10, VII, da Lei n. 4.670/2008, tratando das hipóteses de contratação de temporários para o serviço municipal de educação de São José, *in verbis*:

Art. 10 O contrato firmado nos termos desta lei extinguir-se-á:

[...]

VII - quando constatado, através do processo de avaliação de desempenho instituído pela Secretaria Municipal de Educação, que o professor não atende os requisitos da função;

A leitura do caderno administrativo sub judice demonstra não se tratar a hipótese de “avaliação de desempenho” instituído pela Secretaria de Educação, mas sim de procedimento com cunho eminentemente disciplinar, consoante versado não só na portaria de instauração do processo, que traz como fundamento da investigação a possível violação de deveres funcionais do magistério (fl. 15), como também no relato da superior hierárquica da apelante, denunciando o seu possível mau comportamento.

Nesse viés, em momento algum o parecer conclusivo da comissão processante (fls. 84/85) menciona que se está diante de uma avaliação de desempenho, ponderando em quais termos ele se processa, quais os critérios avaliados e seus respectivos fundamentos legais e a gradação das atividades e condutas avaliadas.

Ademais, o próprio texto constitucional, ao tratar das hipóteses de demissão do servidor

público no seu art. 41, aponta a diferença entre o “processo administrativo disciplinar” (inciso II do art. 41) e a “avaliação periódica de desempenho” (inciso III do art. 41), a qual, como cediço, deve ser instaurada por meio de legislação e métodos próprios.

Não se desconhece o princípio do formalismo mitigado que rege o processo administrativo; contudo, os confusos enquadramentos legais e justificativas apresentadas pelas autoridades competentes no bojo do Processo Administrativo n. 11.348/2017 impossibilitam o real conhecimento dos motivos e fundamentos da demissão questionada.

Conforme decidido por esta Corte, em casos envolvendo o enquadramento das condutas disciplinares que acarretam em demissão, *“não há falar em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, argumentando-se que a intervenção do Poder Judiciário restringir-se-ia à análise dos aspectos formais do processo disciplinar. Na verdade, em tais circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório, pois trata-se de providência necessária à correta observância dos aludidos postulados”* (Apelação Cível n. 2012.077236-6, de Gaspar, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, julgada em 7.10.2014).

Desta forma, o recurso comporta acatamento para ser declarada a nulidade do Processo Administrativo n. 11.348/2017, bem como afastar a penalidade de proibição de realizar concurso público para servidor temporário por 3 (três) anos aplicada à autora.

De outro lado, reputo inviável a condenação da Municipalidade no pagamento de danos extrapatrimoniais em decorrência da demissão ilegal.

Isso porque não há provas do abalo anímico experimentado pela demandante, inexistindo a comprovação das circunstâncias nos quais haveria o dano ao cotidiano diário e vida pessoal da interessada, ônus a seu encargo, nos termos do art. 373, I do CPC.

Nesse aspecto, ressalta-se que o cargo era de natureza temporária, o qual pressupõe termo final expresso, a diminuir a percepção do impacto da exoneração na esfera extrapatrimonial da servidora, com o apontamento concreto, por exemplo, da influência na sua subsistência econômica.

Consoante ensinamento doutrinário, *“a ocorrência de um dano moral exige a efetiva lesão de direitos e interesses ligados à esfera íntima do indivíduo, sem natureza patrimonial, especialmente, com os direitos de personalidade. Os simples transtornos e aborrecidos da vida social, embora desagradáveis, não têm relevância suficiente, por si sós, para caracterizarem um dano moral. Deve-se avaliar, no caso concreto, a extensão do fato e suas consequências para a pessoa, para que se possa verificar a ocorrência efetiva de um dano moral”* (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 228).

Ademais, esta Corte fixou posicionamento, em sede de demandas repetitivas, de que **a simples anulação de ato demissório do servidor público não acarreta em dano moral presumido** (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0001624-56.2013.8.24.0076/50000 (Tema 9), rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Grupo de Câmaras de Direito Público, julgado em 26.06.2019).

Na mesma direção, o julgado desta Câmara, na Apelação Cível n. 0002937-04.2007.8.24.0063, de São Joaquim, de minha relatoria, Terceira Câmara de Direito Público, julgado em 01.10.2019:

INDENIZATÓRIA. SERVIDOR EXONERADO APÓS APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO AO CARGO DETERMINADA POR DECISÃO JUDICIAL. DANO MORAL NÃO PRESUMIDO, CONFORME TESE FIXADA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS N. 0001624-56.2013.8.24.0076/50000 (TEMA 9). AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DO ABALO ANÍMICO AVENTADO. ÔNUS QUE INCUMBIA AO AUTOR, POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 333, I, DO CPC/1973, VIGENTE À ÉPOCA. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS QUE NÃO SE PRESTARAM A COMPROVAR A PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. PLEITO DE FIXAÇÃO DE ALUGUEL PELO USO EM SERVIÇO DE EQUIPAMENTO PRÓPRIO (TEODOLITO) INSUBSISTENTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “Nas hipóteses de declaração judicial da ilegalidade da exoneração ou demissão de servidor público, o dano moral não é presumido” (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0001624-56.2013.8.24.0076/50000 (Tema 9), rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Grupo de Câmaras de Direito Público, julgado em 26.06.2019).

Feitas essas considerações, o recurso é conhecido e parcialmente provido, nos termos da fundamentação.

Ante a sucumbência parcial em grau recursal, imperiosa a redistribuição dos honorários advocatícios e das custas processuais, a serem suportados em 70% pela Municipalidade e 30% pela apelante, suspensa a exigibilidade em relação à autora em decorrência da concessão da gratuidade da justiça.

Esse é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo Interno n. 0910212-39.2016.8.24.0038/50000, de Joinville

Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho

AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL EXTINTA NA ORIGEM (ART. 485, VI, DO CPC). DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO (ART. 932, VIII, DO CPC C/C ART. 132, XV, DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE). INSURGÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA. ÓBITO DO EXECUTADO QUE ANTECEDE A CITAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. REDIRECIONAMENTO AO ESPÓLIO/SUCESORES. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL. DESCABIMENTO. SÚMULA N. 392 DO STJ. PRECEDENTES.

1. "Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente é possível o redirecionamento da execução fiscal em face do espólio quando o falecimento do contribuinte ocorrer após ele ter sido devidamente citado nos autos da execução [...]" (Recurso Especial n. 1.832.608/PR, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 19-9-2019)

2. Resta igualmente vedada a substituição do sujeito passivo do processo executivo, a teor da Súmula n. 392 do Superior Tribunal de Justiça e tese firmada no julgamento do Recurso Especial representativo de controvérsia n. 1.045.472/BA (Tema n. 166).

PREQUESTIONAMENTO. IMPERTINÊNCIA.

É desnecessária a manifestação expressa deste Tribunal acerca de dispositivos legais invocados com a finalidade de atender a pleito de prequestionamento, mormente quando o fundamento adotado para decidir encontra-se claramente exposto no *decisum*.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0910212-39.2016.8.24.0038/50000, da comarca de Joinville 3ª Vara da Fazenda Pública em que é Agravante Município de Joinville e Agravado Paulo João da Luz.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 27 de fevereiro de 2020, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodolfo Tridapalli, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Odson Cardoso Filho

Relator

RELATÓRIO

Adoto o relatório de fls. 49-50 do principal, por ser exato e fiel ao conteúdo dos autos, e adiciono que, irresignado com a decisão monocrática que desproveu o recurso, nos termos do art. 932, VIII, do Código de Processo Civil e art. 132, XV, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, o Município de Joinville manejou agravo interno.

Em suas razões, sustenta, em síntese, a possibilidade de inclusão do espólio/sucessores no polo passivo da execução fiscal, uma vez que o município pretende a cobrança de créditos de IPTU dos exercícios de 2013, 2014 e 2015, quando o devedor estava vivo, devendo ser considerada, para fins de redirecionamento da executiva, a data da constituição do crédito, e não a época da citação do executado. Aduz também, caso não se admita, automaticamente, a inclusão do espólio ou dos sucessores, a possibilidade de emenda da petição inicial. Pretende seja exercido juízo de retratação para dar prosseguimento à execução fiscal. Prequestiona os arts. 129 e 131, II, ambos do CTN e os arts. 6º, 9º, 10 e 110, todos do CPC (fls. 1-8).

É o breve relatório.

VOTO

De saída, registro não ter adotado a providência do art. 1.021, § 2º, do CPC, uma vez que a parte ora agravada sequer foi citada na origem, não lhe decorrendo, ademais, qualquer prejuízo em razão do julgamento do presente reclamo, conforme se demonstrará a seguir.

O agravante almeja, em sede de juízo de retratação, o prosseguimento da execução fiscal em face do espólio/sucessores do executado, tendo em vista que, ao tempo da constituição dos créditos tributários, o devedor ainda estava vivo, não se mostrando relevante a ausência de citação. Afirma, também, com fulcro em posição deste Tribunal de Justiça ao apreciar caso análogo, que, em razão do falecimento do executado, deveria ter sido oportunizada a emenda da exordial.

O recurso, adianto, não merece provimento.

Consoante já pontuei na decisão combatida, de acordo com o art. 131 do CTN, se devidamente constituído o crédito tributário em face de contribuinte que não o adimpliu e que veio a falecer no curso da execução fiscal, a Fazenda Pública tem o direito de exigir dos sucessores/espólio a satisfação da dívida.

Se, entretanto, a morte do executado foi anterior à angularização da relação jurídica processual, efeito da citação válida (art. 238 do CPC), não há que se falar em sucessão tributária, e o reconhecimento da ilegitimidade passiva do executado, com a consequente extinção do feito, pela ausência de condições da ação, é inafastável (art. 485, VI, do CPC).

Esse é o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como demonstram julgados recentes daquela Corte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. FALECIMENTO DO EXECUTADO ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO. REDIRECIONAMENTO AO ESPÓLIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 83/STJ. REEXAME PROBATÓRIO VEDADO. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. MULTA PREVISTA NO ART. 1021, §4º, DO CPC/2015 REVOGADA.

1. Ao dirimir a controvérsia, a Corte estadual ratificou a sentença de piso desta forma (fls. 88-91, e-STJ, grifou-se): “Os autos noticiam que os débitos fazendários reclamados pelo Fisco originaram-se em fatos ocorridos nos exercícios de 1999 a 2001. O título executivo foi emitido em 10.06.2003 e a execucional deflagrada em 22.09.2003 (fl. 01). Contudo o executado faleceu em 13 de janeiro de 2001 (fl. 09), ou seja, antes mesmo do ajuizamento do feito e, notadamente, nessa hipótese, não há como redirecionar a execucional ao espólio como pretende o exequente. (...) Do mesmo modo, está assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento submetido ao rito dos repetitivos, o entendimento que corrobora a impossibilidade de redirecionamento da execução nos casos em que o falecimento do executado tenha ocorrido em momento anterior a sua devida citação nos autos da execução fiscal (...)”.

2. De fato, corretamente o acórdão reiterou a sentença, pois **o STJ possui o entendimento pacífico de que o redirecionamento da execução contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal**, o que não é o caso dos autos, já que o devedor apontado faleceu antes do ajuizamento da demanda. Aplica-se a Súmula 83/STJ.

3. Outrossim, avaliar os fatos processuais dos autos e as datas de suas ocorrências - como a da constituição do tributo e a morte do devedor - implica reexame probatório vedado pela Súmula 7/STJ.

4. A imposição de multa, todavia, pelo Tribunal local é descabida, pois a parte não ingressou com recurso manifestamente protelatório, ou improcedente. De fato, como já foi realçado na admissibilidade, “a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, não é automática por não se tratar de mera decorrência lógica da rejeição do agravo interno, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação (fl. 245, e-STJ).”

5. Recurso Especial parcialmente conhecido, somente quanto ao pedido de anulação da multa processual, e, nesse ponto, dou-lhe provimento. (Recurso Especial n. 1.835.711/SC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 5-11-2019; destaquei)

Sob o mesmo viés:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXECUTADO FALECIDO NO CURSO DA EXECUÇÃO, ANTES DA CITAÇÃO. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente é possível o redirecionamento da execução fiscal em face do espólio quando o falecimento do contribuinte ocorrer após ele ter sido devidamente citado nos autos da execução, o que não ocorreu no caso dos autos.

2. Recurso especial a que se nega provimento. (Recurso Especial n. 1.832.608/PR, rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, j. 19-9-2019)

Trata-se também de entendimento largamente majoritário deste Sodalício, a despeito de isoladas decisões em sentido diverso, como o acórdão deste Órgão Fracionário, de relatoria do Exmo. Des. Paulo Ricardo Bruschi, referido pelo agravante:

EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. FALECIMENTO DO DEVEDOR APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO, MAS ANTES DE SUA CITAÇÃO. PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DO FEITO EM FACE DO ESPÓLIO. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE EXTINÇÃO, AINDA QUE SOB OUTRO FUNDAMENTO. RECURSO DESPROVIDO. “É pacífico o entendimento nesta Corte no sentido de que o redirecionamento da execução contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal”. [...] (AgIntREsp n. 1681731/PR, rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 7-11-2017) (TJSC, Apelação Cível n. 0002172-05.2008.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, **Primeira Câmara de Direito Público**, j. 9-4-2019; destaquei).

De igual modo:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ÓBITO DA PARTE EXECUTADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL INVIÁVEL, A CONSIDERAR QUE O FALECIMENTO NÃO SE DEU NO CURSO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. SENTENÇA DE EXTINÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “**o redirecionamento da Execução Fiscal contra o espólio somente pode ser levado a efeito quando o falecimento do contribuinte ocorrer após sua citação, nos autos da Execução Fiscal**, não sendo admitido, ainda, quando o óbito do devedor ocorrer em momento anterior à própria constituição do crédito tributário” (AgInt no AREsp 1280671/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 11.9.18). (TJSC, Apelação Cível n. 0900637-67.2014.8.24.0073, de Timbó, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, **Segunda Câmara de Direito Público**, j. 4-6-2019; negritei).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO TERRITORIAL URBANO (IPTU). EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. DEVEDOR FALECIDO. REDIRECIONAMENTO DO PROCESSO EM FACE DOS SUCESSORES. IMPOSSIBILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA A CAUSA CARACTERIZADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “Conforme entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, em incidente de recursos repetitivos, o redirecionamento da execução fiscal aos sucessores somente é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorre depois da efetiva citação” (TJSC, Apelação Cível n. 0038660-67.2004.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 03-07-2018). (TJSC, Apelação Cível n. 0303869-91.2015.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Júlio César Knoll, **Terceira Câmara de Direito Público**, j. 19-11-2019).

E na mesma direção:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. FALECIMENTO DO EXECUTADO ANTES DA CITAÇÃO. PRETENDIDO REDIRECIONAMENTO PARA OS SUCESSORES. INVIABILIDADE. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, POR ILEGITIMIDADE PASSIVA, COM FULCRO NO ART. 485, VI, CPC/2015. ADEQUAÇÃO. “O redirecionamento contra o espólio só é admitido quando o falecimento do contribuinte ocorrer depois de ele ter sido devidamente citado nos autos da execução fiscal, o que não é o caso dos autos [...]” (STJ, AgRg no AREsp 324.015/PB, 1ª Turma, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 03-09-2013). “[...] o redirecionamento não é mais do que a angularização do feito executivo contra terceiro: em outras palavras, é nova ação; assim tanto é que o terceiro deve ser formalmente citado, sobretudo para poder eventualmente opor-se à execução, já que não compõe o título executivo e, por conseguinte, não é rigorosamente sujeito passivo (sua inserção decorre da instauração do incidente em que se invoca o redirecionamento). [...] É dizer: [...] não convalidada a relação em face do responsável não se pode estendê-la aos credores da herança, porque não se cuida de sucessão processual, mas sim, eventualmente, de substituição” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.059332-3, de Mafra, rel. Des. Ricardo Roesler, Quarta Câmara de Direito Público, j. 27-03-2014). [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0019477-47.2003.8.24.0038, de Joinville, rela. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, **Quarta Câmara de Direito Público**, j. 28-3-2019).

Ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. FALECIMENTO DA PARTE RÉ. SENTENÇA EXTINÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 485, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CITAÇÃO INEXITOSA. IMPOSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO AOS SUCESSORES OU ESPÓLIO. SÚMULA 392 DO STJ. “O art. 131, II e III, do CTN reconhece que o sucessor é o responsável tributário pelas dívidas deixadas pelo autor da herança até a data da partilha ou adjudicação, assim como o é o espólio até a data da abertura da sucessão. Permite-se, desse modo, que a demanda seja redirecionada no curso do feito executivo. Para tal encaminhamento, entretanto, é necessário que tenha havido a citação válida do sujeito passivo original. Do contrário, deve a Fazenda Pública ajuizar nova execução sob pena de se estar admitindo a indevida modificação do sujeito passivo (Súmula 392 do STJ). Há distinção entre sucessão e mera substituição do executado. Na hipótese, frustrada a citação, não era mais possível que o espólio ou mesmo os herdeiros fossem agora os executados. A situação foi muito bem enfrentada pelo sentenciante que, extinguindo o feito, impediu que aqueles fossem convocados para integrar a relação processual. Recurso conhecido e desprovido.” (TJSC, Apelação Cível n. 0910293-72.2012.8.24.0023, da Capital, Rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. em 15.2.2018). COMUNICAÇÃO AO FISCO POR PARTE DOS SUCESSORES ACERCA DO FALECIMENTO DO DEVEDOR. FATO QUE, DE QUALQUER FORMA, NÃO PERMITIRIA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0916867-14.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Artur Jenichen Filho, **Quinta Câmara de Direito Público**, j. 14-2-2019).

Ademais: Apelação Cível n. 0015468-66.2008.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 14-2-2020; Apelação Cível n. 0018744-

81.2003.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 11-2-2020; Apelação Cível n. 0902404-13.2016.8.24.0125, de Itapema, de minha relatoria, Quarta Câmara de Direito Público, j. 3-2-2020; Apelação Cível n. 0903369-24.2017.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Vilson Fontana, Quinta Câmara de Direito Público, j. 19-2-2020 (todas decisões monocráticas).

Inclusive, em situação semelhante à presente, oriunda da comarca de Joinville e na qual também se confirmou sentença de extinção da execução fiscal por ilegitimidade passiva do executado falecido antes da citação, assim já decidiu este Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC/15). EXECUÇÃO FISCAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO. FALECIMENTO DO EXECUTADO ANTES DA PROPOSITURA DA EXPROPRIATÓRIA. APELAÇÃO CÍVEL. SUSCITADA POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO AO ESPÓLIO. INVIABILIDADE. **DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO APELO. ENTENDIMENTO QUE GUARDA CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DA CORTE.** AGRAVO DESPROVIDO COM APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1021, §4º, DO CPC. (TJSC, Agravo Interno n. 0019174-67.2002.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 19-11-2019; grifei).

Logo, desimporta ao prosseguimento do feito executivo que o executado estivesse vivo ao tempo da constituição do crédito tributário; o critério, para fins de redirecionamento da execucional ao espólio/sucessores é a realização da citação, isto é, a triangularização da relação jurídica processual.

Melhor razão não assiste ao agravante quanto à pretensão de emendar a inicial e substituir o sujeito passivo do processo executivo.

Conforme a Súmula n. 392 do Superior Tribunal de Justiça, “a Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”, teor também da tese firmada pela Corte ao julgar, pela sistemática dos recursos repetitivos, o Recurso Especial n. 1.045.472/BA (Tema n. 166), de relatoria do Min. Luiz Fux, cuja ementa, aliás, já consta, na íntegra, da decisão ora combatida.

Reforço, nesse sentido, que a CDA é espelho do termo de inscrição em dívida ativa, cujos requisitos incluem, dentre outros, a indicação do “nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros” (art. 202, I, do CTN). Se há incongruências ou equívocos na CDA em relação ao fundamento para o lançamento tributário ou a respeito do sujeito passivo, que ultrapassam, portanto, a esfera do erro material ou formal sem relevância, surge a necessidade de revisão do próprio lançamento, razão pela qual não basta a mera substituição do título executivo.

De se salientar, ainda, que o julgado da Terceira Câmara de Direito Público, de relatoria do Exmo. Des. Ronei Danielli, referido pelo agravante, distingue-se do presente feito em aspecto essencial: enquanto lá se trata de ação de cobrança movida por concessionária de serviço público

e não há, ao menos aparentemente, óbice à modificação do polo passivo da demanda por força da Súmula n. 392 do STJ, aqui se está diante de execução fiscal e a substituição do sujeito passivo da CDA encontra vedação expressa.

A posição acolhida por aquele Órgão Fracionário, ademais, não se mostra pacífica no âmbito deste Sodalício (cf. Apelação Cível n. 0087264-54.2007.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19-11-2019), o que também derrui a argumentação do recorrente.

Finalmente, no que toca ao pedido de prequestionamento (arts. 129 e 131, II e III, ambos do CTN e arts. 6º, 9º, 10 e 110, todos do CPC), este mostra-se impróprio e inadequado, dado que todas as questões relacionadas ao objeto da irresignação mereceram análise e deliberação. Desse modo, incabível o acolhimento do pleito.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Apelação Cível n. 0300743-36.2016.8.24.0032, de Itaiópolis

Relator: Desembargador Rodolfo Tridapalli

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO LEGISLATIVO. PROJETO DE LEI ENVIADO, PELO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, À CÂMARA DE VEREADORES DE ITAIÓPOLIS. PROPOSTA COM O OBJETIVO DE ALTERAR DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO DOS SERVIDORES LOCAIS. ENTIDADE SINDICAL QUE VISA ANULAR A PROPOSIÇÃO DE LEI. *WRIT* EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 485, INCISO VI, DO CPC/2015). ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO PREFEITO. APELO DA ENTIDADE SINDICAL.

QUESTÃO PRELIMINAR. NULIDADE DO *DECISUM* POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO (ART. 489 DO CPC/2015). TESE INSUBSISTENTE. MOTIVAÇÃO *PER RELATIONEM* (OU *ALIUNDE*). MENÇÃO AO PARECER MINISTERIAL QUE NÃO VICIA A SENTENÇA. POSIÇÃO MAJORITÁRIA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E NESTA CORTE. PREFACIAL AFASTADA.

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem assim a do Supremo Tribunal Federal, admitem a motivação *per relationem*, pela qual se utiliza a transcrição de trechos dos fundamentos já utilizados no âmbito do processo” (STJ, AgInt no AREsp 1.440.047/SP, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, j. 11-06-2019).

MÉRITO DO RECURSO. PROCESSO LEGISLATIVO. CONTROLE JUDICIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. PROJETO ENVIADO À CÂMARA DE VEREADORES. CONTROLE SOBRE A MATÉRIA QUE PERTENCE AO PARLAMENTO. SINDICATO, ADEMAIS, ILEGITIMADO ATIVO À PRETENSÃO. PRERROGATIVA EXCLUSIVA DOS MEMBROS DO PODER LEGISLATIVO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE.

O Prefeito do Município não possui legitimidade passiva *ad causam* à pretensão do controle da legalidade de projeto de lei enviado à Câmara de Vereadores, na medida em que a competência acerca do trâmite da matéria cabe ao Chefe do Poder Legislativo.

Nos termos da posição jurisprudencial majoritária, compete ao parlamentar, exclusivamente, a legitimidade ativa para questionar, via mandado de segurança, a desconformidade da tramitação de eventual projeto de lei ao direito posto, não se afigurando viável o manejo do *writ* por entidade sindical.

HONORÁRIOS RECURSAIS. FIXAÇÃO DESCABIDA À ESPÉCIE (ART. 25 DA LEI N. 12.016/2009).

SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300743-36.2016.8.24.0032, da comarca de Itaópolis (Vara Única), em que é Apelante Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Itaópolis e Apelado Prefeito do Município de Itaópolis.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data: Desembargador Rodolfo Tridapalli, Desembargador Odson Cardoso Filho e Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti.

Presidiu a sessão a Exma. Sra. Desembargadora Sônia Maria Schmitz.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli.

Florianópolis, 12 de março de 2020.

Desembargador **RODOLFO TRIDAPALLI**

Relator

RELATÓRIO

Da ação

Por brevidade, adota-se o relatório da sentença recorrida, em atenção aos princípios da celeridade e da economia processuais, eis que aquele retrata fielmente o desenvolver da instrução na primeira instância (fls. 112/113):

SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE ITAIÓPOLIS, nos autos qualificado, através advogada, impetrou MANDADO DE SEGURANÇA com pedido liminar contra o Sr. PREFEITO MUNICIPAL DE ITAIÓPOLIS.

Adoto relatório do Ministério Público:

“Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato dos Servidores Públicos de Itaiópolis e Região contra ato do Senhor Prefeito Municipal de Itaiópolis.

Notícia o impetrante ser o representante legal dos servidores públicos municipais, ativos e inativos, das autarquias e fundações, da Câmara de Vereadores e os regidos pela CLT.

Assevera que no dia 27 de abril do corrente ano, o chefe do Poder Executivo Municipal encaminhou à Câmara de Vereadores o Projeto de Lei Complementar n.º 004/2016, que atentaria contra os direitos individuais e coletivos dos servidores públicos municipais.

Sob o argumento de que a aprovação do referido PLC trará irreparáveis prejuízos ao funcionalismo público municipal, pretende, com o presente mandamus, determinação ao impetrado, para que suspenda a respectiva votação, pautada para o dia 09 de maio do corrente ano, e a anulação do ato administrativo que lhe deu origem.

A apreciação do pedido liminar foi postergada para após a vinda das informações (fl. 79).

O ilustre impetrado prestou as informações pertinentes, aduzindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, sustentando não ser possível a interferência do Prefeito Municipal no Poder Legislativo. No mérito, aduziu que o encaminhamento do PLC pelo chefe do Executivo Municipal à Câmara de Vereadores não configura ato ilegal, e, por conseguinte, não é passível de anulação, além de que o referido PLC não contém vícios de inconstitucionalidade e de ilegalidade, tampouco ofende direito adquirido.

Como não houve suspensão da sessão da Câmara na qual o PLC mencionado na exordial seria apreciado,

este Órgão Ministerial solicitou informações para saber se fora aprovado ou não (fl. 91).

A Câmara Municipal de Vereadores informou que o Projeto de Lei Complementar n.º 004/2016 ainda está em tramitação, tendo sido distribuído na sessão do dia 02 de maio do corrente ano, e se encontrando nas comissões competentes para análise (fls. 97-8).”

Acrescento ao relatório que o parecer Ministerial restou encartado às fls. 107/110.

É o relato.

Da sentença

O Magistrado *a quo*, Dr. GILMAR NICOLAU LANG, da Vara Única da comarca de Itaiópolis, extinguiu o feito sem resolução de mérito nos seguintes termos (fls. 115/116):

Ante o exposto, nos termos da fundamentação supra, acolho as preliminares arguidas (legitimidade passiva e possibilidade jurídica do pedido) e JULGO EXTINTO o feito, com fulcro no art. 485, VI do CPC/2015, restando prejudicado o pedido liminar.

Os honorários advocatícios são incabíveis na espécie, conforme art. 25, da Lei n. 12.016/2009.

Custas, se devidas, pelo impetrante.

Transitada em julgado, iniciar cobrança eletrônica de custas e arquivar os autos.

Da Apelação

Insatisfeito com a prestação jurisdicional entregue, o SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE ITAIÓPOLIS se insurgiu sob os seguintes argumentos: a) a título de preliminar, que a sentença seria nula por ausência de fundamentação (art. 489 do CPC/2015), haja vista ter adotado o parecer do Ministério Público enquanto razões de decidir; b) que o Prefeito é legitimado passivo à presente ação mandamental, por ter iniciado o processo legislativo que se pretende impugnar; c) e que a proposição legislativa encaminhada à Câmara de Vereadores viola o direito posto, devendo a sua tramitação ser suspensa pelo Poder Judiciário (fls. 122/130).

Das contrarrazões

O PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAIÓPOLIS apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção de sentença (fls. 134/136).

Da manifestação do Ministério Público

Lavrou parecer pela Procuradoria-Geral da Justiça o Dr. GUIDO FEUSER, opinando pelo desprovimento do recurso (fls. 173/186).

Após redistribuição, vieram-me os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

I – Do Direito Intertemporal

A sentença recorrida foi publicada sob a égide do Código de Processo Civil de 2015. Logo, o processamento deste recurso obedece aos comandos do novel diploma, consoante dispõe o Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça: “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

II – Da admissibilidade

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade e deve ser conhecido.

III – Do julgamento do recurso

a) Da preliminar de nulidade por ausência de fundamentação

Em resumo, o Impetrante afirma que a sentença teria sido exarada em ofensa do art. 489 do Código de Processo Civil de 2015, na medida em que se adotou, enquanto razões de decidir, parcela significativa do parecer do Ministério Público, implicando nulidade por ausência de fundamentação.

Adianta-se, de início, que a preliminar não merece guarida.

Como é cediço, os tribunais pátrios têm admitido, de forma majoritária, o emprego da fundamentação *aliunde* (ou *per relationem*), com vistas à otimização e racionalização da prestação jurisdicional, senão vejamos: “a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem assim a do Supremo Tribunal Federal, admitem a motivação *per relationem*, pela qual se utiliza a transcrição de trechos dos fundamentos já utilizados no âmbito do processo”, sendo, portanto, “de rigor o afastamento da suposta violação do art. 489 do CPC/2015” (STJ, AgInt no AREsp 1.440.047/SP, rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Segunda Turma, j. 11-06-2019).

No mesmo sentido, da jurisprudência catarinense, destaca-se o seguinte julgado (grifou-se):

PENSÃO POR MORTE. REVISÃO DO BENEFÍCIO VISANDO À PARIDADE. 1) ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA, NOS TERMOS DO ART. 489 DO CPC/2015. REJEIÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. 2) INSTITUIDOR FALECIDO APÓS A EC N. 41/2003. TEMA DECIDIDO PELO STF EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA N. 396). DIREITO À PARIDADE, DESDE QUE SE ENQUADRE NA REGRA DE TRANSIÇÃO DO ART. 3º DA EC N. 47/2005. CRITÉRIOS VÁLIDOS TAMBÉM PARA OS SERVIDORES MILITARES ESTADUAIS, ENQUANTO NÃO HOUVER LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA TRATANDO A MATÉRIA DE FORMA DIVERSA. TESE FIRMADA POR ESTE TRIBUNAL EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (TEMA N. 7). AUSÊNCIA DE PROVA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. RECURSO DESPROVIDO.

“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 distinta da 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).” (IRDR n. 0329745-15.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. 24-7-2019) (TJSC, Apelação Cível n. 0301998-56.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA, Primeira Câmara de Direito Público, j. 04-02-2020).

E se assim o é afasta-se a prefacial suscitada.

b) Da mérito da insurgência

Afirma o Impetrante, ora Recorrente, que o PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAIÓPOLIS seria legitimado passivo à pretensão mandamental, haja vista ter encaminhado projeto de lei à Câmara de Vereadores que, segundo aduz, afrontaria disposições legais e constitucionais.

Razão, todavia, não lhe assiste.

É consabido que, no ordenamento brasileiro, o controle jurisdicional prévio de constitucionalidade encerra medida excepcional e limitada a hipóteses bastante diminutas, nos termos da iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *in verbis* (grifou-se):

MANDADO DE SEGURANÇA – NÃO CONHECIMENTO – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE AGRAVO – PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO – CONTROLE JURISDICIONAL DE SEU “ITER” PROCEDIMENTAL – LEGITIMIDADE ATIVA, PARA ESSE EFEITO, RECONHECIDA A QUALQUER MEMBRO DAS CASAS DO CONGRESSO NACIONAL – PRECEDENTES – POSSIBILIDADE DESSA FISCALIZAÇÃO JUDICIAL, DESDE QUE EVIDENCIADA A EXISTÊNCIA DE ALGUMA DAS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ART. 60 DA LEI FUNDAMENTAL, QUE CONFIGURAM LIMITAÇÕES AO EXERCÍCIO DO PODER DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO – INADMISSIBILIDADE DE INVOCÇÃO DE LEGISLAÇÃO MERAMENTE ORDINÁRIA, COM O OBJETIVO DE ERIGI-LA À CONDIÇÃO DE PRESSUPOSTO DE OBSERVÂNCIA NECESSÁRIA PARA EFEITO DE VÁLIDA INSTAURAÇÃO DO

PROCEDIMENTO DE MODIFICAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL – DOCTRINA – PRECEDENTES – PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DESTA ESPÉCIE RECURSAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – **O processo de formação das leis ou de elaboração de emendas à Constituição revela-se suscetível de controle incidental ou difuso pelo Poder Judiciário, sempre que, havendo possibilidade de lesão à ordem jurídico-constitucional, a impugnação vier a ser suscitada por membro do próprio Congresso Nacional, pois, nesse domínio, somente ao parlamentar – que dispõe do direito público subjetivo à correta observância das cláusulas que compõem o devido processo legislativo – assiste legitimidade ativa ‘ad causam’ para provocar a fiscalização jurisdicional. – O exercício do poder reformador, embora passível de controle jurisdicional, há de considerar, unicamente, as normas de parâmetro que definem, em caráter subordinante, as limitações formais (CF, art. 60, “caput” e § 2º), as limitações circunstanciais (CF, art. 60, § 1º) e, em especial, as limitações materiais (CF, art. 60, § 4º), cuja eficácia restritiva condiciona o processo de reforma da Constituição. (STF, MS 34.722-AgrR/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, j. 20-09-2019).**

Em relação à temática em análise, leciona o professor ANDRÉ PUCCINELLI JÚNIOR (grifou-se):

O Poder Judiciário também está autorizado a realizar a fiscalização preventiva que, no plano federal, ocorre quando o STF defere mandado de segurança a fim de obstar a tramitação de um projeto de lei viciado, garantido ao parlamentar o direito público subjetivo de participar de um processo legislativo hígido, ou seja, plenamente compatível com as regras constitucionais.

É importante frisar, contudo, que o controle judicial preventivo só pode ser acionado por membro do Poder Legislativo, visto tratar-se de um controle difuso e incidental em defesa da legítima prerrogativa parlamentar de não tomar parte em deliberações normativas constitucionalmente vedadas. Daí por que não se reconhece legitimidade ativa a terceiros não integrantes do órgão legislativo para impetração de mandado de segurança com esse objetivo. Ademais, já decidiu o STF que somente a elaboração normativa lesiva à Constituição pode ser alvo de controle preventivo, mas nunca a proposta que versa sobre questões políticas discricionárias e se limita a ofender o regimento interno das respectivas casas legislativas, pois estes são problemas *interna corporis*, ou seja, questões afetas apenas aos próprios órgãos legiferantes. (PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 171).

Também no tocante à matéria, colhe-se o magistério preciso de UADI LAMMÊGO BULOS (grifou-se):

Deveras, a jurisprudência da Corte Excelsa firmou orientação no sentido de atribuir apenas aos deputados federais e aos senadores da República, e apenas a eles, com a consequente exclusão de terceiros estranhos à instituição parlamentar, a legitimidade *ad causam* para instaurar processo judicial de controle difuso do procedimento de elaboração das espécies normativas primárias do art. 59 da Carta Política (STF, RTJ, 139:783, 102:27, 112:598; RDA, 215:229).

Somente os congressistas titularizam o poder de agir em sede jurisdicional para discutir, em juízo, e tão só na via difusa, controvérsias constitucionais empreendidas ao longo do processo formativo das leis. Assim, apenas deputado federal ou o senador da República têm, como líquido e certo, o Direito Público subjetivo de ingressar em juízo para questionar a constitucionalidade do processo legislativo. Trata-se de prerrogativa indelegável, não outorgada a mais ninguém. (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 220).

No caso concreto, para além do despropósito da medida que visa sustar o exercício de prerrogativa legítima do Chefe do Executivo: o encaminhamento de projeto de lei para apreciação do Poder Legislativo – tem-se que o excepcional controle jurisdicional do procedimento, à hipótese, foi exercido em desacordo ao entendimento dos tribunais a respeito do tema: i) a uma, conforme registrado em sentença, porque o prefeito não é legitimado passivo à pretensão, a qual deveria ter sido endereçada ao Chefe do Poder Legislativo; ii) a duas, porque a entidade sindical não possui legitimidade ativa ao *mandamus*, eis que essa prerrogativa é atribuída somente aos membros do Poder Legislativo, nos termos do entendimento doutrinário e jurisprudencial delineado acima; iii) e, ao final, porque a simples discordância da Impetrante quanto ao mérito da proposição legislativa não implica mácula ao procedimento, tampouco permite a vedação da análise da matéria pela Câmara de Vereadores.

Em outras palavras, tem-se que o Prefeito não possui legitimidade passiva *ad causam* à pretensão de controle da legalidade de projeto de lei enviado à casa legislativa, na medida em que o controle acerca do trâmite da matéria compete ao Poder Legislativo.

Até porque, nos termos da posição jurisprudencial dominante, cabe ao parlamentar, exclusivamente, a legitimidade ativa para questionar, via mandado de segurança, a desconformidade da tramitação de eventual projeto de lei ao direito posto, não se afigurando viável o manejo do *writ of mandamus* por entidade sindical.

Em suma, “àqueles que não ocupam cargo eletivo, ainda que destinatários da futura lei, não detêm o direito público subjetivo de fiscalizar o processo legislativo”, cabendo ao particular tão somente “a possibilidade de questionar a constitucionalidade formal da norma após a sua promulgação e publicação” (TJSC, Mandado de Segurança n. 2011.067450-0, da Capital, rel. Des. FERNANDO CARIONI, Órgão Especial, j. 07-11-2012).

Ademais, “mostra-se consolidado o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que não há direito adquirido a regime jurídico” (STF, Suspensão de Tutela Antecipada 349-AgR/RS, rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, j. 06-12-2019) – sendo que o simples encaminhamento de projeto de lei com vistas à modificação do estatuto dos servidores públicos não viola o ordenamento jurídico, dispensando-se maiores digressões.

Por fim, registre-se descaber a fixação de honorários recursais à espécie, visto que “a majoração dos honorários advocatícios, a título de sucumbência recursal, pressupõe que tenha havido a fixação de honorários, ou seja, só é cabível nos feitos em que for admissível a condenação em honorários na instância a quo” (STJ, AgInt no REsp 1.679.832/RS, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. 07-12-2017) – providência vedada em mandado de segurança (art. 25 da Lei n. 12.016/2009).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Agravo Interno n. 0313954-06.2015.8.24.0023/50000, da Capital

Relatora: Desembargadora Sônia Maria Schmitz

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC). APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE DE MILITAR. MATÉRIA JULGADA EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (TEMA 7). POSSIBILIDADE DE DECISÃO UNIPESSOAL. DESNECESSIDADE DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DO IRDR. SUSPENSÃO DO FEITO INDEVIDA. PRECEDENTES. RECURSO INFUNDADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0313954-06.2015.8.24.0023/5000, da comarca da Capital 2ª Vara da Fazenda Pública em que é Agravante Alice Soares de Sá e Agravado IPREV Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 07 de maio de 2020, os Exmos. Srs. Des. Rodolfo Tridapalli e Odson Cardoso Filho.

Florianópolis, 08 de maio de 2020.

Sônia Maria Schmitz
Relatora e Presidente

RELATÓRIO

Alice Soares de Sá interpôs agravo previsto no artigo 1.021, §1º, do CPC, ventilando, em síntese, a impossibilidade de julgamento da lide, nos termos do art. 982, I, e §5º c/c art. 980, *caput* e §único do CPC, pugnando, nestes contornos, pela cassação da decisão monocrática e pela suspensão do processo até o trânsito em julgado do IRDR na AC n. 0329745-15.2015.8.24.0023 (Tema 7). Por fim, pugnou pelo total provimento do recurso (págs. 01-05 a.a).

Conquanto intimado, o agravado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contraminuta (pág. 08 a.a).

É o sucinto relatório.

VOTO

Nos termos do art. 1.021, *caput*, do Código de Processo Civil, “*Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal*”. Por sua vez, o §1º desse artigo estabelece que “*Na petição de agravo interno, o recorrente impugnará especificamente os fundamentos da decisão agravada*”.

Cumprido observar que, na hipótese, a sentença foi publicada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, razão pela qual a decisão recorrida teve lastro no art. 557 daquele diploma legal.

Dito isso, adianta-se que o agravo não reúne condições de prosperar.

Isso porque o recurso - interposto contra decisão monocrática de págs. 130-139, que deu provimento ao apelo do IPREV (págs. 78-96) -, não demonstrou inequivocamente que a decisão agravada é dissonante da jurisprudência predominante deste Sodalício ou dos Tribunais Superiores.

De fato, a tese de que não seria possível o julgamento unipessoal da questão, porquanto pendente trânsito em julgado de decisão paradigma, não prospera.

O ato decisório combatido teve amparo no entendimento perfilhado no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0329745-15.2015.8.24.0023 (Tema 07), analisado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte, cuja aplicabilidade independe do trânsito em julgado.

Tal intelecção pode ser inferida do posicionamento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça segundo o qual é “*desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de recurso Repetitivo ou de Repercussão geral*”. (STJ-AgInt nos EREsp 1400632/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 26.04.2017).

Ademais, consoante o art. 1.040 do Código de Processo Civil de 2015, “Publicado o acórdão paradigma”, cabe aplicação da solução aos demais casos pendentes, como ocorre na hipótese dos autos. Não fosse isso o bastante, na própria decisão do IRDR determinou-se a cessação do sobrestamento dos processos relacionados. Veja-se:

[...] Definida a tese jurídica, é conveniente determinar a cessação imediata da suspensão dos recursos e processos em andamento, a fim de se dar continuidade e solução a eles.

É verdade que, de acordo com o disposto no art. 982, § 5º, do Código de Processo Civil de 2015, a cessação da suspensão dos recursos e processos somente se daria na hipótese de não haver, contra a decisão do IRDR, a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário, que tem específico efeito suspensivo (art. 987, § 1º).

Todavia, além do fato de que, superado o prazo de um (1) ano concedido ao Tribunal para julgar o IRDR, cessa a suspensão dos processos, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (art. 980 e parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015), consta do art. 985 do mesmo Diploma, que, sob pena de reclamação (§ 1º), “julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência

do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986". E também consta do art. 1.040, do mesmo Estatuto, que "publicado o acórdão paradigma", a tese jurídica firmada pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, ou pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática de recursos repetitivos, deve ser aplicada, horizontal e verticalmente, a todos os recursos e processos.

Ou seja, nada impede que, publicado o acórdão do IRDR, a tese jurídica seja desde logo aplicada aos casos pendentes, daí porque não se justifica a permanência da suspensão.

Por isso que, na sessão de 09 de maio de 2018, o Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal "deliberou, por unanimidade, comunicar o NUGEP de que nos feitos suspensos em razão da instauração de IRDR, devem retomar seu curso normal após a publicação do acórdão do julgamento pelo Grupo, independente do trânsito em julgado."

Efetivamente, pois, além de tudo, é preciso cumprir à risca o princípio da duração razoável do processo e de dar aos jurisdicionados, o mais rápido possível, a resposta que eles esperam do Poder Judiciário, nos termos do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, e dos arts. 4º e 6º do Código de Processo Civil de 2015.

É nesse sentido, portanto, o voto deste Relator quanto ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) aqui discutido (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0329745-15.2015.8.24.0023/50000, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 24.07.2019 – grifou-se).

Vale destacar, ainda, que os embargos posteriormente opostos em face da decisão paradigma, nos quais a embargante, na ocasião, postulou a suspensão dos recursos de apelação pendentes de julgamento, foram rejeitados, *in verbis*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO QUE APLICOU A TESE FIRMADA NO TEMA 07/IRDR. "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 distinta da 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)". PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DOS RECURSOS DE APELAÇÃO ANTERIORMENTE SUSPENSOS PARA JULGAMENTO DO INCIDENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 982, I E § 5º C/C ART. 980 CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. SISTEMÁTICA QUE VISA SOLUÇÃO CÉLERE ÀS DEMANDAS. RECURSO REJEITADO. (ED n. 0329745-15.2015.8.24.0023/50002 e n. 0329745-15.2015.8.24.0023/50001, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, j. em 27.11.2019).

No mesmo sentido, vem decidindo a Corte Catarinense:

AGRAVO INTERNO - JULGAMENTO MONOCRÁTICO QUE SE VALEU DE CONCLUSÃO HAVIDA EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (TEMA 3) - TRÂNSITO EM JULGADO - DESNECESSIDADE - APLICAÇÃO IMEDIATA DA TESE.

O IRDR n. 0022064- 08.2013.8.24.0033 (Tema 3) está julgado. O voto vencedor, que guiará a jurisprudência local, está assinado nos autos. O Estado demonstra pleno conhecimento do resultado e dos seus fundamentos. Está amplamente gabaritado a combatê-los. Posicionamento firmado pelo GCDP quanto à imediata aplicação das teses encampadas independentemente do trânsito em julgado.

INDENIZAÇÃO POR LICENÇA-PRÊMIO OU LICENÇA ESPECIAL - SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS - DIREITO APESAR DO ART. 190-A DA LCE 381/2007.

[...] Recurso desprovido (AgInt. n. 0305520-23.2018.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, j. em 28.02.2019 – grifou-se).

Ainda:

ADMINISTRATIVO. BOMBEIRO MILITAR ESTADUAL APOSENTADO. INDENIZAÇÃO PELOS PERÍODOS DE LICENÇA ESPECIAL NÃO USUFRUÍDOS ANTES DA PASSAGEM PARA A INATIVIDADE.

PRELIMINAR. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TESE FIRMADA EM SEDE DE IRDR (TEMA N. 03), POR AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. IRRELEVÂNCIA. EFEITOS IMEDIATOS DA DECISÃO, EM RESPEITO À EFETIVIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES IMPOSTO PELO CPC/15. PREFACIAL AFASTADA.

A “aplicação jurisdicional das teses firmadas em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não depende de prévio trânsito em julgado”, e a “decisão proferida neste âmbito passa a produzir efeitos desde sua apreciação pelo Órgão Colegiado, em vistas à efetividade do sistema de precedentes estabelecido no diploma processual civil” (TJSC, Embargos de Declaração n. 0045657-38.2009.8.24.0023 /50000, rel. Des. Ronei Danielli, j. 27.9.18).

[...]

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM PARTE REFORMADA. APELO DO ESTADO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (AC n. 0334055- 98.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 18.06.2019 – sublinhou-se).

Nesses termos, despidendo suspender o andamento recursal para aguardar do trânsito em julgado daquele IRDR.

Diante desse cenário, inexistentes vícios formais ou materiais no *decisum* objurgado, tem-se por evidenciado que as razões do presente agravo denotam mera insatisfação com o resultado da decisão que foi desfavorável à recorrente, bem como a nítida pretensão de suspender feito.

Assim, vota-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0900039-35.2014.8.24.0002, Anchieta

Relatora: Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, COM A FINALIDADE DE IMPOR AO MUNICÍPIO DE ANCHIETA OBRIGAÇÃO DE FAZER, CONSISTENTE NA CRIAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DO IDOSO NO SEU ÂMBITO.

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

(1) INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

ALEGAÇÃO DE QUE O MUNICÍPIO TEM A OBRIGAÇÃO DE CRIAR O CONSELHO MUNICIPAL DO IDOSO, CUJA OMISSÃO DEVE SER SANADA PELO PODER JUDICIÁRIO, PORQUE INDISPENSÁVEL TAL ÓRGÃO PARA ZELAR E FAZER CUMPRIR OS DIREITOS DOS IDOSOS, ALÉM DE SER RECOMENDADA SUA CRIAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.

TESE ACOLHIDA.

OBRIGAÇÃO DE TODOS ZELAR PARA O CUMPRIMENTO DOS DIREITOS DOS IDOSOS COM ABSOLUTA PRIORIDADE, INCLUSIVE DO PODER PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DO ART. 3º DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI N. 10.741/2003).

COMPETÊNCIA DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DOS IDOSOS A FISCALIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS DOS IDOSOS (ART. 7º DO ESTATUTO DOS IDOSOS).

LEI FEDERAL N. 8.842/1994 (ARTS. 6º E 7º) QUE DISPÕE SEREM OS CONSELHOS DOS IDOSOS ÓRGÃOS PERMANENTES, PARITÁRIOS E DELIBERATIVOS, COMPETINDO-LHES A SUPERVISÃO, ACOMPANHAMENTO, FISCALIZAÇÃO E AVALIAÇÃO DOS DIREITOS DOS IDOSOS.

CRIAÇÃO DE CONSELHO DE IDOSO QUE SE IMPÕE, PARA O CUMPRIMENTO E FISCALIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS IDOSOS, NÃO PODENDO OS MUNICÍPIOS SE FURTAREM À SUA CRIAÇÃO.

COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A GARANTIA DO FUNCIONAMENTO DO CONSELHO DO IDOSO, NÃO HAVENDO MARGEM PARA DISCRICIONARIDADE, SOB PENA DE AFRONTA À LEGISLAÇÃO PERTINENTE (RESP 1702195/RJ, REL. MINISTRO HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, JULGADO EM 10/04/2018, DJE 06/03/2019).

PODER JUDICIÁRIO QUE DIANTE DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PODE DETERMINAR QUE ESTA CUMPRE AS OBRIGAÇÕES RELATIVAS AOS DIREITOS ESSENCIAIS EM RAZÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.

PRECEDENTES.

(2) REMESSA NECESSÁRIA QUE SE OPERA EM VIRTUDE DA IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, PORQUE APLICÁVEL A ESTA AÇÃO O DISPOSTO NO ART. 19 DA LEI N. 4.717/1965 (LEI DA AÇÃO POPULAR), SEGUNDO O RESP 1108542.

PREJUDICADO O REEXAME OBRIGATÓRIO.

A ANÁLISE INTEGRAL DA SENTENÇA FOI PROCEDIDA NO RECURSO VOLUNTÁRIO, PELO QUAL DEU-SE PROVIMENTO PARA REFORMAR A SENTENÇA E JULGAR A LIDE PROCEDENTE.

(A) RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL, INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS E, POR CONSEQUÊNCIA, DETERMINAR QUE O MUNICÍPIO DE ANCHIETA INSTITUA O CONSELHO MUNICIPAL DO IDOSO EM SUA ESFERA.

(B) REMESSA NECESSÁRIA PREJUDICADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0900039-35.2014.8.24.0002, da comarca de Anchieta Vara Única em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Município de Anchieta.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade: (a) conhecer do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e dar-lhe provimento para condenar o Município de Anchieta à obrigação de fazer, consistente na criação do Conselho Municipal do Idoso, conforme determinações no dispositivo desse acórdão; (b) julgar prejudicada a remessa necessária. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Hélio do Valle Pereira, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho e Exmo. Sr. Des. Vilson Fontana.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Carlos Alberto de Carvalho Rosa.

Florianópolis, 17 de abril de 2020.

Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de **apelação cível** interposto pelo **Ministério Público do Estado de Santa Catarina**, contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da **ação civil pública n. 0900039-35.2014.8.24.0002**, ajuizada contra o **Município de Anchieta**, bem como tratam os autos de **reexame necessário**.

1.1 Desenvolvimento processual

Adota-se o relatório da sentença proferida pela magistrada singular Marta Regina Jahnel (fls. 77-81):

“O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA ajuizou ação civil pública de obrigação de fazer contra o MUNICÍPIO DE ANCHIETA aduzindo, em suma, que o presente procedimento deveria ter tramitação prioritária por envolver interesse dos idosos; que o Município réu não contaria com o Conselho Municipal do Idoso CMI, conforme apurado no Inquérito Civil n. 06.2016.00008768-6; que teria buscado por diversas vezes, na esfera extrajudicial, uma solução consensual com a parte ré, para instituir o Conselho do Idoso, porém as tentativas não teriam tido êxito; que a parte requerida não teria tomado nenhuma providência ou medida concreta para a criação do CMI; que o Município demandado teria se recusado a firmar o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC); que a parte ré estaria recusando suprir tal omissão, com evidente descaso aos direitos dos idosos do Município; que não haveria outra medida a ser tomada senão o ajuizamento da presente demanda; que a presente questão teria por escopo a tutela dos direitos dos idosos; que ao Poder Judiciário seria dada legitimidade para intervenção no Poder Executivo omissivo; que devido a inexistência do CMI não se saberia se efetivamente as pessoas idosas estariam amparadas; que sem o controle social não haveria garantia do tratamento prioritário aos interesses dos idosos; que seria obrigatória a criação do Conselho no âmbito Municipal; que a ausência do Conselho traduziria no descumprimento do princípio da participação democrática na formulação de políticas públicas destinadas às pessoas idosas; que a tutela de urgência deveria ser deferida; e, que os pedidos formulados na petição inicial deveriam ser acolhidos e a demanda julgada procedente para obrigar o Município a criar o CMI (p. 1-11). Os documentos, dentre eles o Inquérito Civil, foram juntados às p. 12-42.

A análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi postergada para depois do contraditório (p. 43).

Citado, o Município de Anchieta não apresentou resposta (p. 54).

Por envolver direitos indisponíveis e relativos às políticas públicas, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido. E ao Município réu não foram aplicados os efeitos da revelia (p. 55-61).

As partes não manifestaram interesse na produção de outras provas.

O Ministério Público apresentou alegações finais às p. 66-69 e documentos às p. 71-76.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório. Decido”.

A causa foi valorada em R\$ 1.000,00 (um mil reais), quando do ajuizamento da ação, em 18-11-2014.

1.2 Sentença

A MM. Juíza Marta Regina Jahnel (fls. 77-81) declarou a improcedência dos pedidos formulados na inicial, consubstanciado no fundamento de que a legislação não impõe a obrigação de criação do Conselho Municipal do Idoso, não podendo o Poder Judiciário obrigar o Município a criar referido órgão, porque se adentraria à esfera da discricionariedade, mormente porque a instituição de tal conselho iria depender de recursos financeiros que se mostram parcos para a municipalidade no momento e, que ademais, não foi verificada nenhuma violação aos direitos dos idosos naquele Município, cujo dispositivo foi lavrado nos seguintes termos:

“Em face do exposto, e nos termos da fundamentação, julgo o processo com apreciação do mérito, com

fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, rejeitando os pedidos da parte autora, por entendê-los improcedentes.

Sem custas e honorários, nos termos do artigo 88 e parágrafo único do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos”.

1.3 Apelação Cível interposta pelo requerente (Ministério Público do Estado de Santa Catarina) (fls. 86-97)

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, no qual alegou, em síntese, que houve omissão por parte do Município de Anchieta na criação do Conselho Municipal do Idoso, a qual deve ser sanada pelo Poder Judiciário “a via judicial, no exercício legítimo da função jurisdicional nos termos que fundamentam sua existência no sistema de freios e contrapesos impostos pelo princípio da separação de poderes explícito no art. 2º da Constituição Federal de 1988” (fl. 88).

Sustentou que foram inúmeros esforços na esfera extrajudicial para que o Município cumprisse a determinação legal de instituição do Conselho do Idoso, mas ineficazes.

Aduziu, também, que “sem a atuação do Conselho Municipal do Idoso exercendo o controle social de forma independente, através da supervisão, do acompanhamento, da fiscalização e da avaliação da política municipal do idoso, não se sabe se efetivamente as pessoas idosas estão devidamente amparadas, com absoluta prioridade, em seus direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar” (fl. 91).

Afirmou que a criação do Conselho Municipal do Idoso também foi recomendada pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, por meio da Resolução n. TC77/2016/TCE-SC.

Pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso para reformar a sentença e julgar a lide procedente.

1.4 Contrarrazões

Contrarrazões foram ofertadas às fls. 104-107.

1.5 Reexame necessário

Sabe-se que é obrigatória a remessa obrigatória da sentença de improcedência da ação civil pública, em razão de ser aplicável a esta ação o disposto no art. 19 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), segundo o REsp 1108542.

1.6 Manifestação do Ministério Público

Nesta Instância, o Procurador-Geral de Justiça Alexandre Herculano Abreu opinou “pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença vergastada para dar procedência a ação para reconhecer a obrigatoriedade de criação, bem como que o Município seja compelido à efetiva implantação do Conselho Municipal do Idoso” (fls. 06-13 deste recurso).

Este é o relatório.

VOTO

2.1 Apelação Cível interposta pelo requerente (Ministério Público do Estado de Santa Catarina) (fls. 86-97)

2.1.1 Admissibilidade

Porque preenchidos os requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.1.2 Mérito

Alegação de que o Município de Anchieta tem a obrigação de criar o Conselho Municipal do Idoso

O apelante arguiu, em síntese, que houve omissão por parte do Município de Anchieta na criação do Conselho Municipal do Idoso, a qual deve ser sanada pelo Poder Judiciário “a via judicial, no exercício legítimo da função jurisdicional nos termos que fundamentam sua existência no sistema de freios e contrapesos impostos pelo princípio da separação de poderes explícito no art. 2º da Constituição Federal de 1988” (fl. 88).

Sustentou que foram inúmeros esforços na esfera extrajudicial para que o Município cumprisse a determinação legal de instituição do Conselho do Idoso, mas inexitosas.

Aduziu, também, que “sem a atuação do Conselho Municipal do Idoso exercendo o controle social de forma independente, através da supervisão, do acompanhamento, da fiscalização e da avaliação da política municipal do idoso, não se sabe se efetivamente as pessoas idosas estão devidamente amparadas, com absoluta prioridade, em seus direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar” (fl. 91).

Afirmou que a criação do Conselho Municipal do Idoso também foi recomendada pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, por meio da Resolução n. TC77/2016/TCE-SC.

A argumentação do recorrente merece acolhida.

Dispõe o art. 3º do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) que é obrigação de todos zelar e cumprir os direitos do idoso, com absoluta prioridade, inclusive do Poder Público:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Estabelece ainda o art. 7º de referido Estatuto que os Conselhos dos Idosos zelarão pelos direitos dos idosos:

Art. 7º Os Conselhos Nacional, Estaduais, do Distrito Federal e Municipais do Idoso, previstos na Lei no 8.842, de 4 de janeiro de 1994, zelarão pelo cumprimento dos direitos do idoso, definidos nesta Lei.

A Lei Federal n. 8.842/1994, em seus arts. 6º e 7º dispõem que os Conselhos dos Idosos serão órgãos permanentes, paritários e deliberativos, competindo-lhes a supervisão, acompanhamento, fiscalização e avaliação dos direitos dos idosos:

Art. 6º Os conselhos nacional, estaduais, do Distrito Federal e municipais do idoso serão órgãos permanentes, paritários e deliberativos, compostos por igual número de representantes dos órgãos e entidades públicas e de organizações representativas da sociedade civil ligadas à área.

Art. 7º Compete aos Conselhos de que trata o art. 6º desta Lei a supervisão, o acompanhamento, a fiscalização e a avaliação da política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas.

Sendo assim, a ausência do Conselho de Idoso, evidentemente, prejudica a fiscalização e cumprimento dos direitos dos idosos, motivo pelo qual indispensável referido órgão na esfera municipal, não podendo os Municípios se furtarem à sua criação.

Aliás, sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. OMISSÃO ESTATAL. DIREITOS ESSENCIAIS INCLUSOS NO CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL. INSTALAÇÃO, ESTRUTURAÇÃO E APARELHAMENTO DO CONSELHO MUNICIPAL DO IDOSO.

1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra o Município de Trajano de Moraes, requerendo o Parquet seja compelida a municipalidade a providenciar a criação, implantação, implementação e funcionamento do Fundo e do Conselho Municipal do Idoso.

2. Ao dirimir a controvérsia, o Tribunal local consignou (fls. 245-246, e-STJ): “(...) não cabe ao Poder

Judiciário substituir-se ao administrador na escolha de políticas públicas, especialmente no que tange a estruturação do Conselho do Municipal do Idoso, em afronta ao princípio da separação de poderes”; e “ausente frontal violação dos direitos preceitos fundamentais a justificar a intervenção judicial, bem como diante da atuação gradativa da Administração Pública no que concerne à implementação do Conselho do Idoso, não se afigurando hipótese de omissão do administrador, não há como imiscuir-se o Poder Judiciário na alocação dos recursos públicos, por se tratar de função típica do Poder Executivo”.

3. O funcionamento efetivo do Conselho Municipal do Idoso constitui uma das diretrizes da Política Nacional do Idoso, uma vez que possibilita às pessoas de idade avançada a integração ao meio social em que vivem.

4. Sua previsão encontra guarida no art. 7º do Estatuto do Idoso, que determina expressamente a criação e o funcionamento obrigatórios do Conselho Municipal do Idoso. Assim, torna-se imperioso à Administração Pública garantir seu devido funcionamento, sem margem para discricionariedade.

5. Isso posto, a não destinação de estrutura mínima necessária ao funcionamento do Conselho Municipal do Idoso resulta em afronta aos dispositivos legais acima indicados. Não basta assegurar tão somente mera existência formal do Conselho, impossibilitado de exercer seu mister previsto em disposição legal.

6. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme e consolidado de que, na hipótese de demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social, sem que haja invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível.

Nesse sentido: AREsp 1.069.543/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 2/8/2017; REsp 1.586.142/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18.4.2016.

7. Além disso, “o controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a ‘inescusável omissão estatal’ na sua efetivação atinja direitos essenciais inclusos no conceito de mínimo existencial” (AgInt no REsp 1.304.269/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 20.10.2017).

8. Recurso Especial provido. (REsp 1702195/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 06/03/2019) (grifou-se).

De aludido aresto foi consignado que compete à Administração Pública a garantia do funcionamento do Conselho do Idoso, não havendo margem para discricionariedade, sob pena de afronta à legislação pertinente:

“O funcionamento efetivo do Conselho Municipal do Idoso constitui uma das diretrizes da Política Nacional do Idoso, uma vez que possibilita às pessoas avançadas em idade a integração ao meio social em que vivem.

Sua previsão encontra guarida no art. 7º do Estatuto do Idoso, que determina expressamente a criação e o funcionamento obrigatórios do Conselho Municipal do Idoso.

Assim, torna-se imperioso à Administração Pública garantir seu devido funcionamento, sem margem para discricionariedade.

A não destinação de estrutura mínima necessária ao funcionamento do Conselho Municipal do Idoso resulta em afronta aos dispositivos legais acima indicados.

Cabe ressaltar, ainda, que não basta assegurar tão somente mera existência formal do Conselho, impossibilitado de exercer seu mister previsto em disposição legal” (grifou-se).

Logo, não pode subsistir a fundamentação da sentença que entendeu pela ausência de obrigação de criação do Conselho Municipal, uma vez que não está na esfera da discricionariedade do Município.

Sendo assim, cumpre ao Poder Judiciário interferir para suprir a omissão da Administração Pública, para que esta cumpra com as obrigações relativas aos direitos essenciais, em razão do mínimo existencial.

A propósito, o STJ, na mesma decisão acima mencionada se manifestou sobre o tema:

“Além disso, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme e consolidado de que, na hipótese de demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social, sem que haja invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível.

Desse modo, “o controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a ‘inescusável omissão estatal’ na sua efetivação atinja direitos essenciais inclusos no conceito de mínimo existencial” (AgInt no REsp 1.304.269/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 20.10.2017).

A propósito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. OMISSÃO ESTATAL. DIREITOS ESSENCIAIS INCLUSOS NO CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. O STJ tem decidido que, ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social - principalmente nos casos em que visem resguardar a supremacia da dignidade humana sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível.

2. O controle jurisdicional de políticas públicas se legitima sempre que a “inescusável omissão estatal” na sua efetivação atinja direitos essenciais inclusos no conceito de mínimo existencial.

3. O Pretório Excelso consolidou o posicionamento de ser lícito ao Poder Judiciário “determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes”

(AI 739.151 AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe 11/6/2014, e AI 708.667 AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 10/4/2012). 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1.304.269/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 20/10/2017, grifei).

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO ABUSIVO DE ORDEM JUDICIAL. DESOCUPAÇÃO FORÇADA DE ÁREA DENOMINADA PINHEIRINHOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. CABIMENTO DE DANOS MORAIS COLETIVOS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, BEM COMO DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS.

1. Hipótese de Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em desfavor da Prefeitura Municipal de São José dos Campos, Fazenda do Estado de São Paulo e Massa Falida de Selecta Comércio e Indústria S.A., em razão do cumprimento ilegal de ordem judicial de reintegração de área denominada Pinheirinho.

2. No primeiro grau, a petição inicial foi indeferida e julgado extinto o processo sem resolução do mérito, em razão da ilegitimidade da Defensoria para a defesa dos direitos difusos; falta do interesse de agir quanto aos danos coletivos; ausência de lógica entre a narração dos fatos, causados por outrem, e a conclusão dos pedidos de condenação da massa falida, que foi mera autora da ação de reintegração de posse; e impossibilidade jurídica do pedido, sob pena de violação aos princípios da separação dos poderes. O Tribunal de origem deu provimento a apelação, para, tão somente, permitir a permanência da Defensoria no caso concreto.

3. É deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC/73 se faz de forma genérica, sem a precisa demonstração de omissão Incidência da Súmula 284/STF.

4. Ao contrário do que estabeleceu o Tribunal a quo, a jurisprudência desta Corte orienta-se pela viabilidade de condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública, assim como pela possibilidade de Documento: 77339125 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado Página 7 de 9 Superior Tribunal de Justiça intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas em casos excepcionais, sem que, com isso, haja violação do princípio da separação de poderes. Precedentes: i) AgInt no REsp 1.528.392/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/05/2017; REsp 1.487.046/MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16/05/2017; REsp 1.473.846/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 24/02/2017; EREsp 1.367.923/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 15/03/2017; AgInt no AREsp 1.004.637/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 20/02/2017; REsp 1.635.465/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/04/2017; ii) AgInt no REsp 1.553.112/CE, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 10/03/2017; REsp 1.637.827/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2016; AgRg no REsp 1.072.817/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11/03/2016; AgRg no RMS 38.966/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 17/09/2014; REsp 1.367.549/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 08/09/2014.

5. O entendimento adotado pelo julgado recorrido, de que a massa falida Selecta não pode ser responsabilizada por fatos de outros, além de dizer respeito ao mérito da demanda, não pode ensejar a precoce extinção do feito como um todo, mas, no máximo, o reconhecimento da ilegitimidade passiva daquela empresa, devendo o processo prosseguir ao menos quanto aos demais réus.

6. Agravo conhecido para conhecer em parte do recurso especial e, nesta extensão, dar-lhe provimento, determinando o retorno dos autos a origem, para regular prosseguimento do feito.

(AREsp 1.069.543/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 2/8/2017).

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRAZO PARA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA DOS SEGURADOS. FIXAÇÃO DE PRAZO

DE ATÉ 15 DIAS. RAZOABILIDADE. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO COM O SUS. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. AMPLA DIVULGAÇÃO DO PRAZO NAS DEPENDÊNCIAS POR INFORMES LEGÍVEIS E VISÍVEIS E POR DISPOSITIVOS DE INFORMAÇÃO FACILITADORES DA INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. DIREITO À INFORMAÇÃO.

1. Na origem, o Ministério Público Federal propôs ação civil pública contra o INSS para que, em síntese, a autarquia fosse condenada à realização da perícia médica dos segurados no prazo máximo de 15 (quinze) dias relativamente à Agência da Previdência Social de São Bernardo do Campo, a qual está demorando, em média, 5 (cinco) meses para o atendimento pericial.

2. O STF tem decidido que, ante a demora do Poder competente, o Poder Judiciário poderá determinar, em caráter excepcional, a implementação de políticas públicas de interesse social - principalmente nos casos que visem a resguardar a supremacia da dignidade humana -, sem que isso configure invasão da discricionariedade ou afronta à reserva do possível. Precedentes.

3. Diante da ausência de previsão legal, coaduna-se com a razoabilidade e a eficiência a fixação do prazo de até 15 (quinze) dias para que a agência realize a perícia médica dos segurados por ela atendidos. O parâmetro baseia-se na Lei 8.213/1991, a qual estabelece o prazo de 15 (quinze) dias para início do recebimento de benefícios previdenciários de aposentadoria por invalidez (art. 43) e auxílio-doença (art. 60), bem como o prazo de 15 (quinze) dias para a empresa que dispôr de serviço médico, próprio ou conveniado, realizar a perícia do empregado para fins de abono de falta (art. 60, § 4º).

4. O Decreto 8.691/2016 veio a alterar o Regulamento da Previdência Social - RPS, para prever a possibilidade de o INSS celebrar convênio com órgãos e entidades públicas integrantes do SUS para a realização de perícia médica, além de outras medidas tendentes a agilizar os trabalhos periciais.

5. Em razão do princípio da publicidade, a Administração deve dar a mais ampla divulgação possível de seus atos aos administrados, sendo o sigilo admitido em poucas situações. Ademais, o gênero direito à informação corresponde a uma garantia fundamental da pessoa humana, sendo assegurado “a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” (art. 5º, XIV, da Constituição da República).

6. A Agência da Previdência Social deverá dar publicidade e informar que a perícia médica será realizada em até 15 (quinze) dias, mediante informes com dizeres precisos, a serem fixados em suas dependências, em locais visíveis e com letras de tamanho legível, bem como por dispositivos facilitadores da informação às pessoas com deficiência, a exemplo dos deficientes visuais, nos termos da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Recurso especial do INSS improvido.

(REsp 1.586.142/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 18/04/2016).

Diante do exposto, dou provimento ao Recurso Especial, nos termos da fundamentação acima.

É como voto” (grifou-se).

A propósito, o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça seguiu a mesma direção, do qual destaca-se:

“De outro vértice, incompatível com os entendimentos apresentados acima é a compreensão de que haveria ingerência indevida, por parte do Judiciário, na autonomia de gestão do Executivo, como fundamentou o

juizador, eis que se tratando do direito fundamentais garantidos pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal exarou:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido.

Entende-se, por consecução, que o apelante trouxe argumentos capazes de ensejar a reforma da prestação jurisdicional” (grifou-se).

No mesmo sentido, colhem-se os seguintes julgados proferidos nessa Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REFORMA GERAL NA ESCOLA DE EDUCAÇÃO BÁSICA ROMILDO CZEPANHIK PARA SANAR IRREGULARIDADES APONTADAS PELO CORPO DE BOMBEIROS E VIGILÂNCIA SANITÁRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E À RESERVA DO POSSÍVEL. INSURGÊNCIA INCABÍVEL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO POR ESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE A SITUAÇÃO DE PRECARIÉDADA QUE PÕE EM RISCO A INCOLUMIDADE DE CRIANÇAS, ADOLESCENTES E DEMAIS PESSOAS QUE FREQUENTAM O EDIFÍCIO ESCOLAR MERECE INTERVENÇÃO JUDICIAL. MEDIDA ADOTADA PARA SALVAGUARDAR A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, E INVIOABILIDADE DO DIREITO À SEGURANÇA, À VIDA, E PRINCIPALMENTE PARA QUE SE GARANTE O ACESSO À EDUCAÇÃO. EXECUTIVO QUE SE MANTEVE INERTE ANTE AS DETERMINAÇÕES DOS ÓRGÃOS FISCALIZADORES COMPETENTES. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA QUE DEVE SE CONFORMAR À REALIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO, FINALIDADE ÚLTIMA DE SUA ATUAÇÃO. ESTADO QUE DEVE SER COMPELIDO A PROMOVER AS REFORMAS NECESSÁRIAS NO PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS A CONTAR DA INTIMAÇÃO DESTA DECISÃO COLEGIADA. SEQUESTRO DE VALORES, NO CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRAZO FIXADO QUE SE MOSTRA PROPORCIONAL AO CASO. PRECEDENTES DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA EM SUA INTEGRALIDADE. RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0900169-48.2015.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 31-10-2019) (grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A SOCIEDADE FRANCO BRASILEIRA E O ESTADO DE SANTA CATARINA SETOR DE EMERGÊNCIA E URGÊNCIA. TUTELA DE INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. VIABILIDADE DA DEMANDA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA ENTIDADE CONVENIADA RECONHECIDA. DESNECESSIDADE DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRELIMINARES AFASTADAS. HOSPITAL CONVENIADO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). PRECARIÉDADA DE MÉDICOS PLANTONISTAS. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS E DIRETRIZES GERAIS DOS SISTEMAS ESTADUAIS PRECONIZADOS PELO

MINISTÉRIO DA SAÚDE. TEOR DA PORTARIA N. 2.048/02. UNIDADE QUE NÃO SE ENQUADRA EM HOSPITAL DE PEQUENO PORTE. IMPOSIÇÃO DE ADEQUAÇÃO DOS PROFISSIONAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À SAÚDE. MULTA COMINATÓRIA RECHAÇADA. SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA POR SEQUESTRO OU BLOQUEIO DE VALORES. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E ACOLHIDO. APELOS DOS REQUERIDOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA MANTIDOS EM REEXAME NECESSÁRIO. **“O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure contrariedade ao princípio da separação dos Poderes”, ressaltando, ainda, que “a análise da excepcionalidade da situação em concreto, a ensejar a intervenção, ou não, do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas cabe ao Tribunal a quo”** (STF, ED em Recurso Extraordinário n. 700.227/SC, Ministra Carmem Lúcia, j. 23/4/2013). (TJSC, Apelação n. 0006591-09.2010.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 16-6-2016). (TJSC, Apelação Cível n. 0008073-62.2012.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 04-06-2019) (grifou-se).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LANÇAMENTO DE ESGOTO E EFLUENTES NO RIO CAROLINA. EXECUÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA SANITÁRIA NO LOTEAMENTO MORAR BEM I, NO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ. PRELIMINAR. DECISÃO EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. INTERLOCUTÓRIA PROFERIDA CONFORME OS CONTORNOS FÁTICOS E JURÍDICOS DELINEADOS NA PETIÇÃO INICIAL. MÉRITO. **OFENSA À SEPARAÇÃO DE PODERES. INGERÊNCIA SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA DO PODER EXECUTIVO. INSUBSISTÊNCIA. POLÍTICA PÚBLICA DE SANEAMENTO BÁSICO VINCULADA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA SAÚDE, MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. OBRIGAÇÃO DE GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL IMPOSTA PELA CONSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA A CURTO E MÉDIO PRAZOS OU IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA. OMISSÃO DA CONCESSIONÁRIA CONFIGURADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SUBSTITUIÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA POR DESCUMPRIMENTO PELO SEQUESTRO DE VALORES E ADEQUAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. “É lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes.”** (STF, AI 739.151 AgR/PI, rela. Mina. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 11.06.2014). **“No caso descrito, não pode haver discricionariedade do Poder Público na implementação das obras de saneamento básico. A não observância de tal política pública fere aos princípios da dignidade da pessoa humana, da saúde e do meio ambiente equilibrado. Mera alegação de ausência de previsão orçamentária não afasta a obrigação de garantir o mínimo existencial.”** (STJ, REsp n. 1366331/RS, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.10.2014). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4007713-56.2016.8.24.0000, de São José, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 10-04-2018) (grifou-se).

Portanto, o recurso deve ser provido para reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos iniciais, conforme requerido pelo demandante, para condenar o Município de Anchieta à obrigação de fazer, consistente na criação do Conselho Municipal do Idoso.

Para tal desiderato, determina-se o prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais), para cada dia de atraso, para a elaboração de projeto de lei, o qual deverá contemplar a maneira como se dará:

- a) a criação do Conselho;
- b) a investidura de seus membros;
- c) a duração do mandato ou investidura por tempo certo;
- d) os impedimentos e eventual remuneração pelo exercício das funções;
- e) a disponibilização de recursos humanos, materiais e financeiros necessários para o efetivo funcionamento e a capacitação dos Conselheiros.

Ainda deverá ser observado que referido órgão terá paridade de representantes do Poder Público e da sociedade civil.

Outrossim, as decisões de aludido órgão deverão ter caráter deliberativo (decisões expressivas da opinião ou voto majoritário de seus membros, ou, ainda, que todos os membros detenham igualdade de voto).

2.3 Reexame Necessário

Remessa obrigatória da sentença que se opera em virtude da improcedência da ação civil pública, proque aplicável a esta ação o disposto no art. 19 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), segundo o REsp 1108542.

Prejudicado o reexame necessário.

Conforme visto acima, a análise integral da sentença foi procedida no recurso voluntário, pelo qual deu-se provimento para reformar a sentença e julgar a lide procedente.

3.1 Dispositivo

Ante o exposto, vota-se para:

(1) conhecer do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e dar-lhe provimento para condenar o Município de Anchieta à obrigação de fazer, a qual consiste na criação do Conselho Municipal do Idoso.

Para tal desiderato, determina-se o prazo de 60 (sessenta) dias, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (um mil reais), para cada dia de atraso, para a elaboração de projeto de lei, o qual deverá contemplar a maneira como se dará:

- a) a criação do Conselho;
- b) a investidura de seus membros;
- c) a duração do mandato ou investidura por tempo certo;
- d) os impedimentos e eventual remuneração pelo exercício das funções;
- e) a disponibilização de recursos humanos, materiais e financeiros necessários para o efetivo funcionamento e a capacitação dos Conselheiros.

Ainda deverá ser observado que referido órgão terá paridade de representantes do Poder Público e da sociedade civil.

Outrossim, as decisões de aludido órgão deverão ter caráter deliberativo (decisões expressivas da opinião ou voto majoritário de seus membros, ou, ainda, que todos os membros detenham igualdade de voto).

Sem custas e honorários (art. 88 e parágrafo único da Lei n. 10.741/2003).

(2) julgar prejudicada a remessa necessária.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0000423-97.2014.8.24.0042, de Maravilha

Relator: Desembargador Wilson Fontana

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INCIDENTE OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. SUSTENTADO O DEVER DE GUARDA E VIGILÂNCIA. OBRIGAÇÃO INCONTESTE. NECESSIDADE, ENTRETANTO, DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AUTOR QUE CORREU EM DIREÇÃO AO TRANSPORTE ESCOLAR E ACABOU SENDO ATINGIDO POR BRINQUEDO (BALANÇO). DOCENTE QUE TENTOU, SEM SUCESSO, EVITAR O INFORTÚNIO ADVERTINDO-O VERBALMENTE. CAUTELAS DEVIDAMENTE TOMADAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

“Responsabilidade objetiva não é responsabilidade integral. O Estado não é um segurador anômalo com a obrigação de reparar danos porque circunstancialmente ocorreram próximos à atuação oficial. Exige-se relação causal entre a conduta administrativa e um dano, e esse vínculo não se dá puramente por que uma ofensa física se passou em repartição pública. Ainda que seja plausível sustentar que o Município responda pelos danos físicos sentidos por alunos em ambiente escolar, havendo mesmo um dever de proteção, não se pode ir ao ponto de impor o ressarcimento só por que ocorreu lesão em escola.” (TJSC, Apelação Cível n. 0309770-61.2015.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 21-11-2019 – grifou-se).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000423-97.2014.8.24.0042, da comarca de Maravilha 2ª Vara em que é Apelante Luan Vitor Stoll e Apelado Município Flor do Sertão.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. 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, 30 de janeiro de 2020.

Desembargador Wilson Fontana
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Luan Vítor Stoll representado por seus genitores Ivan Valdir Stoll e Demi Keli de Moraes, contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da

Comarca de Maravilha que julgou improcedente o pedido de indenização formulado em face do Município de Flor do Sertão.

Às razões, defende a responsabilidade civil objetiva do Município pelo incidente ocorrido no interior da Escola Municipal Pe. Luiz Muhl, no dia 27/11/2013, que lhe provocou lesão grave (trauma abdominal hepático), necessitando passar por procedimento cirúrgico de reparação e, por consequência, por internação pelo período de seis dias em Unidade de Terapia Intensiva. Em razão do ocorrido, sustenta ter sofrido danos de ordem moral e material, requerendo, também, o ressarcimento do valor despendido com eventuais cirurgias indispensáveis à correção da cicatriz presente em seu abdômen.

Contrarrazões às fls. 229/234.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer de lavra da Exma. Sra. Dra. Monika Pabst, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do reclamo, anotando-se que o demandante encontra-se dispensado do recolhimento do preparo, porquanto beneficiário da justiça gratuita (fl. 03).

A celeuma reside na (ir)responsabilidade da Administração Pública Municipal pelo incidente ocorrido nas dependências da Escola Pe. Luiz Muhl, que provocou no apelante lesão grave (trauma hepático abdominal).

O édito combatido, adianta-se, desmerece reforma.

Como regra geral, a responsabilidade civil da Administração Pública, tanto direta quanto indireta, funda-se na teoria do risco administrativo e tem natureza objetiva, dispensando, pois, a demonstração de culpa, a teor do que preceitua o art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

O mesmo regramento tem aplicação na hipótese de omissão estatal específica, isto é, quando o dano decorre diretamente da inércia da Administração Pública frente a um dever individualizado de agir.

Com efeito, é assente o entendimento deste Tribunal de Justiça de que no âmbito escolar, e mais ainda naquele que acolhe crianças, os estudantes estão sob a guarda e vigilância do Estado e de seus agentes em situação que requer uma atuação específica, de forma que a responsabilidade deve ser analisada no plano objetivo:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ACIDENTE NO PÁTIO DE ESCOLA ESTADUAL. PERDA TOTAL DA VISÃO DO OLHO ESQUERDO. ALUNO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. OMISSÃO ESPECÍFICA. NEXO CAUSAL COMPROVADO. (...). “A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares [...]” (STF - RE n. 109.615-2, Rio de Janeiro, rel. Min. Celso de Mello).” (TJSC, Apelação Cível n. 2007.042021-0, de Lages, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 16-03-2010). (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0022722-14.2012.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. 21-08-2018).

Estabelecida então a premissa, é dispensável a análise quanto ao elemento subjetivo da responsabilidade civil (dolo ou culpa). O dano, como se verá adiante, restou incontroverso nos autos, de modo que a apreciação deve recair tão somente sobre o nexo de causalidade.

Na hipótese, infere-se da prova amealhada ao caderno processual que o autor, que contava com 05 (cinco) anos de idade à época dos fatos, era estudante de instituição de ensino da rede pública e, durante o horário regular de aulas, quando assistia sentado a uma atividade na área externa de recreação da Escola Pe. Luiz Muhl, avistou a chegada do ônibus de transporte escolar e correu em direção ao automóvel, oportunidade em que foi atingido em sua barriga por um brinquedo de balanço tipo pêndulo.

A criança foi imediatamente levada ao Posto de Saúde do Município pela Diretora da Escola e, após, encaminhada pela equipe médica ao Hospital Regional Terezinha Gaio Basso, local em que foi diagnosticado com trauma abdominal hepático, necessitando passar por procedimento cirúrgico denominado “ráfia de laceração hepática” (fl. 17), razão pela qual ficou internado em unidade de terapia intensiva pelo período de 06 (seis) dias.

Embora, de fato, pertença à municipalidade, por meio de seus agentes, zelar pela proteção, guarda, segurança e integridade das crianças no ambiente escolar, para que a indenização se revele cabível deve restar demonstrado que o prejuízo suportado poderia ter sido evitado, o que não se verifica *in casu*.

Da prova coligida infere-se que a professora que orientava a turma de alunos na ocasião dos fatos e encontrava-se próxima ao recorrente, Sandra Maria Drago, solicitou ao apelante que permanecesse sentado para aguardar o término da aula. A docente, quando viu que o demandante levantou e correu em direção ao ônibus de transporte escolar, ainda o advertiu verbalmente para que não fosse, exercendo, assim, o dever de guarda e vigilância sobre a criança.

Como se vê, logo após o incidente, a Escola, por meio de seus funcionários, prestou auxílio ao demandante, evitando que dormisse e conduzindo-o de imediato ao posto de saúde, tendo, também, acionado os seus responsáveis.

Outrossim, não restou demonstrado situação excepcional que pudesse autorizar o reconhecimento na falha da prestação dos serviços, como, *v.g.*, uma relação inadequada entre o número de alunos e professor. A docente esclareceu em seu depoimento que atendia, na oportunidade, de 10 a 12 crianças, o que não pode ser considerado uma proporção inadequada.

À vista disso, não restou demonstrado o nexo de causalidade entre o ato (comissivo ou omissivo) do ente público e o dano sofrido, razão pela qual o édito de improcedência deve ser mantido.

Mutatis mutandis, este Órgão Fracionário já decidiu:

RESPONSABILIDADE CIVIL - LESÃO DE ALUNO NO AMBIENTE ESCOLAR - AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL COM A ATIVIDADE PÚBLICA - SITUAÇÃO ALEATÓRIA. **Responsabilidade objetiva não é responsabilidade integral. O Estado não é um segurador anômalo com a obrigação de reparar danos porque circunstancialmente ocorreram próximos à atuação oficial. Exige-se relação causal entre a conduta administrativa e um dano, e esse vínculo não se dá puramente por que uma ofensa física se passou em repartição pública. Ainda que seja plausível sustentar que o Município responda pelos danos físicos sentidos por alunos em ambiente escolar, havendo mesmo um dever de proteção, não se pode ir ao ponto de impor o ressarcimento só por que ocorreu lesão em escola. Adoção da mesma linha de raciocínio formada no STF a propósito do Tema 592 (responsabilidade civil do Estado quanto a danos à integridade física de pessoa presa). Na situação específica, há alegação de dano gerado por discente, mas a origem do mal é incógnita, não havendo nenhum indicativo de que o evento seja imputável à Administração.** Recurso desprovido na linha do parecer do Procurador de Justiça Jacson Corrêa. (TJSC, Apelação Cível n. 0309770-61.2015.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 21-11-2019 – grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AJUIZADA CONTRA O MUNICÍPIO. AGRESSÕES COMETIDAS À AUTORA, CRIANÇA À ÉPOCA DOS FATOS, POR UM COLEGA DE CLASSE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. TESES INSUBSISTENTES. AUSÊNCIA DE QUAISQUER DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR QUE AFASTOU TEMPORARIAMENTE O MENOR AGRESSOR, BEM COMO O ENCAMINHOU PARA TRATAMENTO JUNTO AO CONSELHO TUTELAR. AUSÊNCIA DE OMISSÃO DO MUNICÍPIO. BOLETINS ESCOLARES QUE NÃO COMPROVAM A ALEGADA QUEDA DE RENDIMENTO. SUPOSTOS DANOS SOFRIDOS QUE DECORRERAM DA AÇÃO DE UM TERCEIRO E NÃO DE UMA OMISSÃO DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. MEROS ABORRECIMENTOS E AFLIÇÕES AOS QUAIS ESTÃO SUJEITAS AS CRIANÇAS DURANTE O COTIDIANO ESCOLAR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DO MUNICÍPIO RÉU. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ALEGAÇÃO DE QUE A JUSTIÇA GRATUITA SOMENTE TERIA SIDO CONCEDIDA À AUTORA PROVISORIAMENTE E PARA FINS DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. INSUBSISTÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA TORNADA DEFINITIVA NA SENTENÇA. BENEFÍCIO QUE PODE SER CONCEDIDO A QUALQUER TEMPO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A DERRUIR A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DA DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA OU INFIRMAR OS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA AUTORA. SENTENÇA MANTIDA.

RECURSO DO MUNICÍPIO RÉU CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0002535-54.2010.8.24.0050, de Pomerode, rel. Des. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 28-11-2019).

Ante o exposto, vota-se por conhecer e negar provimento ao recurso.

Por consequência, majoram-se os honorários para o importe de 12% sobre o valor atualizado da causa, suspensa, entretanto, a exigibilidade da verba, porquanto o recorrente é agraciado com as benesses da gratuidade da justiça.

Apelação Cível n. 0303776-04.2019.8.24.0008, de Blumenau

Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira

MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – QUESTÃO JURÍDICA, SENDO OS FATOS COMPROVÁVEIS DOCUMENTALMENTE – EVENTUAL COMPLEXIDADE JURÍDICA QUE NÃO IMPEDE A VIA ESPECIAL – INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL DESCONSTITUÍDO.

1. Uma possível complexidade jurídica não impede o uso do mandado de segurança. O que interdita o procedimento especial é dúvida quanto ao fato. Daí o conceito de *direito líquido e certo*, que representa somente a convicção quanto, repete-se, ao fato, independentemente da necessidade de raciocínio jurídico mais sofisticado.
2. Não há por que tratar o mandado de segurança como uma *esquisitice legislativa* (Barbosa Moreira), um mecanismo de incidência tão angusta que permitiria a extinção sem enfrentamento do mérito ante qualquer conjecturável empecilho. Nem haveria racionalidade, visto o assunto pela ótica de administração judicial: um mandado de segurança não solucionado valerá por outra uma ação de rito comum (mais trabalhosa para o Judiciário).
3. Recurso provido para que a demanda, em tese, veiculável por mandado de segurança, tenha seguimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303776-04.2019.8.24.0008, da comarca de Blumenau – 2ª Vara da Fazenda Pública e Regional de Executivos Fiscais Estaduais em que é Apelante F&F Ortopedia S/S. e Apelado o Município de Blumenau.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Denise de Souza Luiz Francoski e Artur Jenichen Filho.

Florianópolis, 30 de junho de 2020.

Desembargador Hélio do Valle Pereira
Presidente e relator

RELATÓRIO

Ingressou mandado de segurança debatendo a incidência de ISS sob quantia fixa nas atividades da impetrante, uma sociedade empresária que presta serviços médicos.

A sentença veio antes mesmo das informações: não era caso de mandado de segurança porque pendem dúvidas quanto à natureza jurídica da sociedade, se simples ou empresária. Há previsão no

contrato social a respeito da distribuição de lucros e o pagamento de pró-labore ao administrador, o que compromete a pretensão da parte.

A impetrante recorre insistindo na viabilidade do *writ*.

Depois de contrarrazões, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento.

VOTO

1. Não há a litispendência defendida pelo Município de Blumenau em contrarrazões.

Neste mandado de segurança o pedido é para a tributação pelo ISS sob a modalidade fixa referente ao exercício de 2019 (*“seja, ao final, concedida a segurança para assegurar à Impetrante, em caráter definitivo, o direito líquido e certo de ser enquadrada no regime de tributação fixa do ISSQN, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/1968 e do art. 272, da Lei Complementar Municipal nº 632/2007 durante o ano de 2019, bem como o direito de compensar o valor pago em 02/2019 (relativo à competência 01/2019) com o ISS efetivamente devido em 2019”*).

Já no mandado de segurança referido pela Fazenda Pública (autos MS 0318243-22.2018.8.24.0008) o pedido é quanto ao ano de 2018 (*“seja, ao final, concedida a segurança para assegurar à Impetrante, em caráter definitivo, o direito líquido e certo de ser enquadrada no regime de tributação fixa do ISSQN, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei nº 406/1968 e do art. 272, da Lei Complementar Municipal nº 632/2007 durante o ano de 2018”*).

2. Houve um delicado erro de perspectiva adotado em primeiro grau.

Julgar não é solucionar estatisticamente processos. É dar a resposta justa. Há casos em que se impõe a extinção de plano dos processos. Existem erros insuperáveis, e o juiz se vê premido a proclamá-los. No mandado de segurança isso não é raro, seja por decadência, seja porque os fatos são verdadeiramente turvos – são dois exemplos.

Coisa distinta é, adotando uma *jurisprudência defensiva*, tratar o mandado de segurança como um procedimento tão repleto de sutilezas que, por conjecturáveis defeitos, possa ser encerrado sem enfrentamento do mérito.

Um desses mitos é que a possível complexidade jurídica impeça o uso do mandado de segurança. Na realidade, o que interdita o procedimento especial é dúvida quanto ao fato. Daí o conceito de direito líquido e certo, que representa somente a convicção quanto ao fato, independentemente da necessidade de raciocínio jurídico mais sofisticado.

Enfim, o mandado de segurança não é um mecanismo de incidência tão angusta que permitiria a extinção sem enfrentamento do mérito ante qualquer conjecturável empecilho; não é uma *esquisitice legislativa* (adapto ao caso a expressão de Barbosa Moreira: *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo de mandado de segurança*, Revista de Processo 72/7). Nem haveria

racionalidade nessa postura, visto o assunto pela ótica de administração judicial: um mandado de segurança não solucionado valerá por outra ação de rito comum (mais trabalhosa para o Judiciário).

3. Há ainda que se fazer outra menção.

Na segunda causa mencionada nestes autos (aquela pertinente a outro exercício fiscal) o sentenciante se utilizou de solução convergente – o indeferimento da petição inicial.

Este Tribunal de Justiça deu provimento, como era de se esperar, tendo o Desembargador Luiz Fernando Boller exposto (MS 0318243-22.2018.8.24.0008):

No caso em liça, o magistrado singular entendeu que a pretensão formulada não poderia ser objeto de mandado de segurança, tendo em vista qu “não se trata de direito líquido e certo” (fl. 211), consignando o seguinte em seu veredicto:

(...)

Ocorre que os documentos aptos a comprovar, ou não, o direito de enquadramento da impetrante no regime de tributação fixa de ISSQN foram devidamente colacionados à peça vestibular, tendo inclusive servido de substrato para a prolação do decisum, mostrando-se indevido o indeferimento, de plano, da inicial.

Assim, porquanto presentes os requisitos legais para impetração do mandamus, e porque a jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que “cabe Mandado de Segurança preventivo em matéria tributária, se houver justo receio de o Fisco exigir o tributo impugnado [...]” (STJ, AgInt no REsp 1.771.531/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 14/05/2019) impositiva é a cassação da sentença que indeferiu a petição inicial e, por via de consequência, julgou extinto o processo.

Até porque “evidenciado o propósito da autoridade administrativa concretizar a incidência tributária, prefigurada a ameaça, é cabível o Mandado de Segurança preventivo, com a finalidade de conjurar a lesão originada de exigência apregoada pelo contribuinte como ilegal, ficando esmaecida a afirmação de insurgimento contra lei em tese [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 0000155-26.2012.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 04/04/2017).

É inaplicável, porém, na hipótese, o disposto no art. 1.013, § 3º, I, do Código de Processo Civil, uma vez que a causa não se encontra madura para julgamento, considerando que a autoridade impetrada nem sequer foi notificada para prestar as informações.

4. Assim, conheço e dou provimento ao recurso para anular a sentença, voltando os autos ao primeiro grau, de maneira que, ouvidos autoridade coatora e Ministério Público, seja proferida nova decisão.

É o voto.

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 4017881-15.2019.8.24.0000, de Biguaçu

Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA (ART. 157, §2º, I E II, DO CP). SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO EM 21/09/2009. DISCUSSÃO RESTRITA À APLICAÇÃO DA PENA.

1) PEDIDO DE EXCLUSÃO DOS MAUS ANTECEDENTES CRIMINAIS, EM RAZÃO DO TRANSCURSO DE PRAZO SUPERIOR A 5 (CINCO) ANOS. SANÇÕES 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.

2) CONDUITA SOCIAL. JUSTIFICADA NA EXISTÊNCIA DE DUAS AÇÕES EM TRÂNSITO. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ENTENDIMENTO PACÍFICO DA ÉPOCA.

3) CAUSAS DE AUMENTO. ELEVAÇÃO FUNDAMENTADA NO CRITÉRIO PROGRESSIVO, TAMBÉM DOMINANTE NA ÉPOCA.

“Não obstante ser possível a redução da pena por meio de revisão criminal fundamentada no inciso III do art. 621 do CPP, o pedido revisional deve estar amparado por prova nova, não sendo viável o manejo da ação apenas para rediscutir a dosimetria da pena com base no conjunto probatório da ação originária” (Revisão Criminal n. 2011.061276-8, Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 26/10/2012).

HABEAS CORPUS DE OFÍCIO, EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA BRANCA. UTILIZAÇÃO DE FACA NA EMPREITADA CRIMINOSA COMPROVADA. CONTUDO, REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N. 13.654/2018, QUE TRAZ INOVAÇÃO LEGISLATIVA QUANTO À MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA, RETIRANDO AS ARMAS QUE NÃO SEJAM DE FOGO DO RECRUDESCIMENTO PENAL. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. EXEGESE DO ART. 5º, XL, DA CF E ART. 2º DO CP. MIGRAÇÃO, NO ENTANTO, PARA PENA-BASE. NEGATIVAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA, MANTIDA A SANÇÃO PRIMITIVA, SOB PENA DE *REFORMATIO IN PEJUS*.

REVISÃO CONHECIDA E INDEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4017881-15.2019.8.24.0000, da comarca de Biguaçu Vara Criminal em que é Requerente Alessandro Cardoso.

A Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer da revisão criminal e indeferir-lhe e, de ofício, adequar a pena, sem efeito prático. Vencidos os Desembargadores Luiz Neri Oliveira de Souza, que quer declarar voto, e Antônio Zoldan da Veiga que votam no sentido de deferir a Revisão Criminal. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 26 de fevereiro de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Rizelo, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Júlio César M. Ferreira de Melo, Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Antônio Zoldan da Veiga, Alexandre d' Ivanenko e Paulo Roberto Sartorato. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 02 de março de 2020

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Relator

RELATÓRIO

A Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina ajuizou Revisão Criminal em favor de Alessandro Cardoso, com o objetivo de revisar a pena imposta a ele na Ação Penal n. 007.08.006439-2.

Sustenta a defesa a inidoneidade do fundamento empregado para valoração negativa dos antecedentes criminais, pois com base em condenação pela prática de crime há mais de 5 anos após a extinção da pena. Também destaca não haver motivação idônea a justificar a valoração negativa da conduta social, haja vista não ter havido análise concreta sobre a vida pessoal do revisionando. Salientou, ainda, não ser possível acréscimos na reprimenda com fundamento em inquéritos ou ações penais em curso, nos termos da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, pontuou a falta de justificativa para o aumento da pena na última fase, em razão das causas de aumento do concurso de agentes e do emprego de arma.

Requeru, por fim, a procedência da revisão criminal, para se readequar a pena imposta ao requerente (p. 01-7).

Certificou-se o trânsito em julgado do acórdão para a acusação e para a defesa em 21/09/2009 (p. 28).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Rui Arno Richter, opinou pelo não conhecimento da ação revisional e, subsidiariamente, pela parcial procedência do pedido (p. 36-42).

Este é o relatório.

VOTO

O cabimento da ação de impugnação à coisa julgada restringe-se às hipóteses contidas no art. 621 do Código Processo Penal, *in verbis*:

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.**

In casu, a ação merece ser conhecida e indeferida.

Analisando-se detidamente todo o processado, verifica-se que a pretensão do revisionando nada mais é do que rediscutir a sentença transitada em julgado, sem qualquer embasamento em fatos novos que fizessem com que a deliberação judicial tomasse outro rumo.

Veja-se:

A defesa pleiteia o afastamento da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e das causas de aumento do concurso de agentes e do emprego de arma.

Na primeira etapa dosimétrica, verifica-se que o magistrado considerou como maus antecedentes a condenação referente à certidão de p. 27, com trânsito em julgado em 19/03/2001.

No ponto, cumpre ressaltar que a defesa não apresenta qualquer fato ou circunstância nova a permitir a rediscussão da matéria. Nem mesmo apresentou a certidão de antecedentes criminais.

Por outro lado, agiu com acerto o juízo sentenciante ao majorar a pena-base pelos antecedentes do requerente, em razão de condenação pretérita, a qual permite o incremento enquanto circunstância judicial atinente aos maus antecedentes.

Firmou-se o entendimento neste egrégio Tribunal de Justiça, no sentido de que, transcorrido o prazo depurador para fins de reincidência, as condenações podem servir para efeito de antecedentes criminais somente por mais 5 (cinco) anos, isto é, após 10 (dez) anos da extinção da pena do agente.

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIME COMETIDO CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA (NA PRIMEIRA FASE, PARA AFASTAR A VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR MAUS ANTECEDENTES E O RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS E, NA SEGUNDA FASE, RECONHECER A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...]

II - DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. EXTINÇÃO DA PENA HÁ MAIS DE DEZ ANOS. **Conforme o entendimento do Primeiro e Segundo Grupos de Direito Criminal desta Corte de Justiça “[...] as condenações transitadas em julgado que não se prestem à configuração da reincidência**

devem conservar seus efeitos, pra fins de maus antecedentes, por mais cinco anos, a contar da prescrição quinquenal prevista no art. 64, inc. I, do Código Penal (Revisões Criminais n. 4028135-18.2017.8.24.0000 e 0001592-46.2017.8.24.0000). Na hipótese, a condenação pretérita valorada negativamente na primeira fase da dosimetria da pena teve a pena extinta dentro do prazo de cinco anos após o esgotamento do período depurador da reincidência (art. 64, inc. I, do Código Penal). [...] (Apelação Criminal n. 0002858-59.2019.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. 01-10-2019).

Ora, como dito, o revisionando possui condenação transitada em julgado em 19/03/2001, não tendo decorrido o prazo depurador de 10 (dez) anos.

Logo, não prevalece a tese defensiva de excluir referida circunstância, em razão de já ter transcorrido prazo superior à 5 (cinco) anos do trânsito em julgado da condenação.

A defesa também pretende o afastamento do aumento decorrente da conduta social.

Aqui também não há fato novo.

De todo modo, é sabido que, a teor da Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 13-05-2010, “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Na atualidade, entende-se que processos criminais sequer são dignos de caracterizar maus antecedentes e não servem para aumentar a pena com amparo nas circunstâncias judiciais da conduta social e da personalidade.

No entanto, à época da prolação da decisão hostilizada (ano de 2009) ainda não vigia o enunciado da referida Súmula. Ao contrário, naquela época entendia-se, pacificamente, que registros criminais, ainda que por processos em curso, eram aptos a configurar má conduta social e a personalidade e, portanto, idôneos a macular a pena-base do acusado.

Confira-se alguns precedentes do ano de 2008 e 2009, entendimento que vigorou até edição da Súmula em 2010:

APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, CAPUT, DA LEI N. 10.826/03) E AMEAÇA (ART. 147 DO CP) - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PALAVRAS DA VÍTIMA CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA - CONDUTA SOCIAL MACULADA EM VIRTUDE DA EXISTÊNCIA DE PROCESSO EM ANDAMENTO - CABIMENTO - CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL QUE JUSTIFICA A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE - RECURSO NÃO PROVIDO. “Diante do disposto no art. 5º, LVII, da CF, somente condenações transitadas em julgado podem ser consideradas como maus antecedentes criminais, no entanto, a existência de processos em curso justifica a elevação da pena-base, pois, indicativo de má conduta social e personalidade deformada” (Des. Sérgio Roberto Baasch Luz) (Apelação Criminal n. 2007.026775-9, de Lages, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 23/04/2008 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO MEDIANTE CONCURSO DE PESSOAS - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS - ELENCO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO - CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE CONSIDERADAS PARCIALMENTE MACULADAS EM VIRTUDE DA EXISTÊNCIA DE PROCESSOS EM ANDAMENTO - CABIMENTO - CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL QUE JUSTIFICA A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE - RECURSO NÃO PROVIDO. **1. “Diante do disposto no art. 5º, LVII, da CF, somente condenações transitadas em julgado podem ser consideradas como maus antecedentes criminais, no entanto, a existência de processos em curso justifica a elevação da pena-base, pois, indicativo de má conduta social e personalidade deformada”** (Des. Sérgio Roberto Baasch Luz) (Apelação Criminal n. 2007.057738-2, de Içara, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 12/03/2008 – grifou-se).

DELITO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA (CP, ART. 339, “CAPUT”). RÉ QUE APRESENTA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL NOTÍCIA CRIME QUE DESCREVE CONDUTAS, EM TESE, TÍPICAS E ANTIJURÍDICAS, GERANDO INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CRIMINAL. DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO, EIS QUE A ACUSADA SABIA DA INOCÊNCIA DOS INCRIMINADOS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE CONFIGURADAS. SENTENÇA MANTIDA. **DOSIMETRIA. POSTULAÇÃO DE ABRANDAMENTO DA PENA-BASE. ANÁLISE NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL, EVIDENCIADA PELA PROFUSÃO DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO, QUE AUTORIZA O INCREMENTO. MANUTENÇÃO DO ÉDITO EM SEUS TERMOS.** RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2008.071690-1, de Campo Erê, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 25/08/2009 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR. TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. FLUÊNCIA ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE SUPERA O LAPSO FIXADO EM LEI. PRAZO QUE SE REDUZ PELA METADE POR FORÇA DA MENORIDADE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO ADVENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, NA FORMA RETROATIVA, PARA O CORRÉU NÃO APELANTE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 107, IV, 109, V, 110, § 1º, 115 E 117, I E IV, DO CP. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. **DOSIMETRIA. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. FASE INICIAL. CONSIDERADAS, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, QUASE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS COMO DESFAVORÁVEIS. RECORRENTE QUE POSSUI APENAS A CONDUTA SOCIAL DESVIRTUADA - EXISTÊNCIA DE DOIS PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO - E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE PODEM SER CONSIDERADAS COMO GRAVES - MEDIANTE CONCURSO DE PESSOAS (TEORIA DA MIGRAÇÃO) - . MITIGAÇÃO DA PENA-BASE QUE SE FAZ DEVIDA. PLEITO ATENDIDO. SEGUNDA FASE. RECONHECIDAS, PELO JUÍZO A QUO, AS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DEVIDAMENTE SOPESADA. PATAMAR DE MINORAÇÃO MANTIDO. PEDIDO AFASTADO. REQUERIMENTO PELA SUBSTITUIÇÃO DO SEQUESTRO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONCESSÃO QUE SE IMPÕE. PLEITO ACOLHIDO. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. ADVENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA MODALIDADE RETROATIVA. LAPSO PRESCRICIONAL DECORRIDO ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. DECLARAÇÃO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO APELANTE. (Apelação Criminal n. 2009.034545-1, de Pomerode, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Terceira Câmara Criminal, j. 18-08-2009).**

Logo, embora se trate de novel entendimento jurisprudencial em benefício do acusado, inadequada a retroação em sede de revisão criminal, por imperar a coisa julgada.

Em situação análoga, já deliberou esta Corte de Justiça, em unanimidade de votos:

REVISÃO CRIMINAL. ACUSADO CONDENADO POR CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/03). AVENTADA A NULIDADE DO FEITO POR AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NÃO OCORRÊNCIA. RÉU DEVIDAMENTE ASSISTIDO POR DEFENSOR CONSTITUÍDO DURANTE TODO O FEITO. NÃO EVIDENCIADO PREJUÍZO AO REQUERENTE. PRETENDIDA REFORMA DA DOSIMETRIA. MEDIDA EXCEPCIONAL EM SEDE DE REVISÃO. POSSIBILIDADE APENAS EM CASO DE ERRO TÉCNICO OU FLAGRANTE INJUSTIÇA. EQUÍVOCOS QUE MERECEM CORREÇÃO. EXCLUSÃO, NA PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA, DA VALORAÇÃO RELATIVA AOS MOTIVOS DO CRIME. AUMENTO BASEADO EM SITUAÇÃO FUTURA. VALORAÇÃO REFERENTE À PERSONALIDADE IGUALMENTE EXCLUÍDA. ELEMENTO SOPESADO DE FORMA GENÉRICA, SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. **CONDUTA SOCIAL VALORADA EM AÇÃO PENAL EM CURSO. SENTENÇA ANTERIOR À PUBLICAÇÃO DA SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E ESCORADA EM ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SEDIMENTADO À ÉPOCA. POSSIBILIDADE.** PEDIDO REVISIONAL DEFERIDO EM PARTE. 1. Não prospera a tese de ausência de defesa técnica se o requerente foi assistido por advogado durante todo o feito e se referido causídico, profissional habilitado, com amparo em seus conhecimentos técnicos, atuou da forma que lhe pareceu oportuna, sempre à luz da estratégia de defesa adotada, sobre a qual não cabe ao Poder Judiciário tecer juízo de valor. 2. A reforma do cálculo de pena em sede de revisão criminal apresenta-se como medida absolutamente excepcional, somente sendo cabível “quando comprovado o erro técnico ou a ocorrência de injustiça explícita do julgado, circunstâncias que caracterizam a violação do texto e/ou a vontade da lei”. (TJSC - Revisão Criminal n. 2012.039402-1, de Caçador, Rel. Des. Torres Marques, j. em 29/08/2012). 3. É inviável o aumento de pena pela motivação do crime quando tal circunstância foi baseada na eventual utilização da arma para cometimento de mais delitos, situação futura que, sem dúvida, por se tratar de acontecimento incerto e meramente hipotético, não comporta ponderação pelo julgador. 4. “É vedado o aumento da reprimenda sob as alegações de que a personalidade do agente é “desvirtuada” e sua conduta social “não é das melhores”, sem exposição das premissas que amparam tais conclusões ou se inexistentes elementos probatórios que justifiquem tais assertivas”. (TJSC - Revisão Criminal n. 2014.081794-1, de Criciúma, Rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 25/03/2015). 5. **Não se mostra adequada a minoração da pena sob o fundamento contido na Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça, quando se constata que, à época da prolação, a decisão se encontrava em consonância com o entendimento dominante** (Revisão Criminal n. 4001513-33.2016.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 14/12/2016 – grifou-se).

Ainda:

REVISÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO POR FURTO QUALIFICADO (CP, ART. 155, § 4º, I E IV) - DOSIMETRIA - PRIMEIRA FASE - CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE SOPESADAS NEGATIVAMENTE DIANTE DA EXISTÊNCIA DE INÚMERAS AÇÕES PENALIS EM CURSO E DA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS - MANUTENÇÃO - DECISÃO CONFORME O ENTENDIMENTO À ÉPOCA - ATOS INFRACIONAIS, ADEMAIS, QUE PODEM SER CONSIDERADOS PARA SOPESAR

A PERSONALIDADE DO AGENTE - NEGATIVAÇÃO MANTIDA. Não cabe alteração da pena em sede de revisão criminal quando na sentença e no acórdão, proferidos anteriormente ao enunciado n. 444 da súmula do STJ, leva-se em conta ação penal em curso, pois este era o entendimento vigente à época. “O envolvimento em atos infracionais durante a adolescência demonstra a ‘personalidade voltada para o mundo do crime’ e inclinação para a prática delitiva, o que é suficiente para justificar o aumento de pena procedido na primeira etapa da dosimetria” (STJ, Min. Jorge Mussi). [...] (Revisão Criminal n. 4000755-54.2016.8.24.0000, de Xanxerê, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 27/07/2016 – grifou-se).

E do Superior Tribunal de Justiça colhem-se as recentes deliberações:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. REVISÃO CRIMINAL. EXASPERAÇÃO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULA 443 STJ. JURISPRUDÊNCIA CONTROVERTIDA À ÉPOCA. DESCABIMENTO DE REVISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

Entende este Superior Tribunal de Justiça que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de Revisão Criminal.

Agravo regimental não provido (AgRg no HC 395.162/SC, Rel. Min. Félix Fischer, j. 12/09/2017 – grifou-se).

AGRAVOS REGIMENTAIS. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. REVISÃO CRIMINAL. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULAS 444/STJ E 443/STJ. JURISPRUDÊNCIA CONTROVERTIDA. DESCABIMENTO DA REVISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal.

2. Agravos regimentais impróvidos (AgInt no HC 373.928/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 02/02/2017 – grifou-se).

Sobre o tema, oportuno ainda pontuar que na Seção Criminal (todas as Câmaras Criminais reunidas) este Relator tinha e sempre teve posição fixa para irretroatividade da Súmula n. 444 do STJ, porque não se trata de Lei e não tem ela o alcance pretendido pela parte. Após vários debates houve modificação de posicionamento, devido às discussões. Agora, com a cisão da Seção em Grupos, foi firmada a antiga posição, da qual nunca me desfiliei.

Por último, a defesa questiona o aumento em razão das duas causas de aumento, afirmando não ter havido a devida justificativa.

Contudo, extrai-se da sentença que a razão do aumento justificou-se pelo critério progressivo, em razão da presença de duas causas de aumento, também segundo entendimento da época, o qual, inclusive, foi registrado na sentença. Veja-se:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES (CP, ART. 157, § 2º, I e II) - ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU - APELO MINISTERIAL - PRETENDIDA CONDENAÇÃO - VIABILIDADE - PRISÃO EM FLAGRANTE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA E CONDIZENTE COM A REALIDADE DOS AUTOS - APREENSÃO DA RES FURTIVA EM PODER DO RÉU - ÁLIBI NÃO DEMONSTRADO - EMPREGO DE ARMA DE FOGO - PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO DO ARTEFATO - CIRCUNSTÂNCIA COMPROVADA POR OUTROS MEIOS - CONCURSO DE AGENTES - NÃO IDENTIFICAÇÃO DO COAUTOR - IRRELEVÂNCIA - DOSIMETRIA - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (CP, ART. 59) - FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - ACUSADO REINCIDENTE - MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA - APLICAÇÃO DAS CAUSAS DE ESPECIAL AUMENTO - CÁLCULO PROGRESSIVO - ACRÉSCIMO EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) - PRECEDENTES.

[...] **Consoante entendimento desta corte, a majoração da pena decorrente do crime de roubo circunstanciado deve observar o critério progressivo, no sentido de majorar a reprimenda de acordo com o número de causas de especial aumento existentes no delito. Nesse sentido, presentes duas destas causas (CP, art. 157, § 2º, I e II), o acréscimo deverá ocorrer na fração de 3/8 (três oitavos).** (TJSC, Apelação Criminal n. 2008.076434-2, de Joinville, rel. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 28-04-2009) (grifou-se).

Por outro lado, embora devidamente comprovada a utilização da arma branca, a respectiva circunstanciadora deve ser afastada, de ofício.

Isso porque, em 24 de abril de 2018, passou a vigorar a Lei n. 13.654, que revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, substituindo-o pelo novo § 2º-A do mesmo diploma legal. Veja-se a redação conferida ao artigo:

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

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro.

§ 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: I - **(revogado)**; II - se há o concurso de duas ou mais pessoas; III - se a vítima está em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância; IV - se a subtração for de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior; V - se o agente mantém a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade; VI - se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

§ 2º-A **A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; II - se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.**

§ 3º Se da violência resulta: I - lesão corporal grave, a pena é de reclusão de 7 (sete) a 18 (dezoito) anos, e multa; II - morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa” (grifou-se).

Como se vê, dentre outras inovações sobre o crime de roubo, houve alteração no que diz respeito à causa de aumento de pena do emprego de arma, haja vista que o legislador acrescentou ao dispositivo a elementar “fogo”, retirando os demais tipos de armas do recrudescimento penal.

Dessa forma, considerando que a inovação é mais benéfica ao revisionando – já que não mais permite a consideração da causa de aumento de pena em relação à arma branca –, deve ser conferida retroatividade da Lei n. 13.654/2018, em obediência ao princípio da *novatio legis in mellius*, grafado no art. 5º, XL da Constituição Federal e do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Sobre o tema, colhe-se trecho de decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça:

[...] Foi sancionada no último dia 23 de abril de 2018 a Lei n. 13.654, que altera o Decreto-Lei n. 2.848/40 (Código Penal), para dispor, além de outras questões, sobre os crimes de furto e roubo qualificado pelo emprego de arma de fogo.

O legislador, ao revogar o inciso I do § 2º, do art. 157 do Código Penal, substituindo-o pelo novo § 2º-A do mesmo diploma legal, inovou a respeito da majorante do emprego de arma, acrescentando a elementar “fogo” no dispositivo, o que leva ao entendimento de que, nas demais situações, em que há uso de armas diversas que não as de “fogo”, se criou modalidade de *novatio legis in mellius* quanto à incidência da causa de aumento, nos termos do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Esta Corte já tem orientação no sentido da aplicação do princípio da *novatio legis in mellius*, insculpido no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, de Ofício, cito precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE NEGATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. MAJORANTE. LEI NOVA MAIS BENÉFICA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Verifica-se a ocorrência da *novatio legis in mellius*, uma vez que, em razão do novo tratamento legal conferido ao agente que comete o delito de associação criminosa armada ou em concurso de criança ou adolescente - como ocorre na hipótese -, a pena deve ser aumentada até a 1/2 (metade), nos termos do que determina a Lei n. 12.850/2013.

2. Agravo regimental improvido, mas concedido habeas corpus de ofício apenas para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que profira novo julgamento, sob a égide da novel redação do parágrafo único do art. 288 do Código Penal (AgRg no AREsp 604.779/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 13/09/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LEI N. 12.015/09. CONDUTAS PRATICADAS NO MESMO CONTEXTO CONTRA A MESMA VÍTIMA. CRIME ÚNICO. VALORAÇÃO DAS DIVERSAS OCORRÊNCIAS NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Os documentos carreados aos autos demonstram que as condutas típicas que ensejaram as condenações por estupro e atentado violento ao pudor foram praticados contra a mesma vítima no mesmo contexto fático.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica de que os crimes previstos nos arts. 213 e 214 do Código Penal, após a redação dada pela Lei n. 12.015/09, configuram crime único. Todavia, devem as diversas condutas praticadas serem valoradas na primeira fase do cálculo da pena, ficando estabelecido como limite máximo para a nova sanção, a totalidade da pena anteriormente aplicada ao estupro e ao atentado violento ao pudor, de forma a se evitar a *reformatio in pejus*.

4. Por se tratar de inovação benéfica, *novatio legis in melius*, a Lei n. 12.015/09 alcança todos os fatos ocorridos anteriormente à sua vigência. Na hipótese dos autos, considerando que a vítima foi submetida a conjunção carnal e atos libidinosos diversos, no mesmo contexto fático, deve ser concedida a ordem para reconhecer a ocorrência de crime único.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo das Execuções que refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente (HC 378.046/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 10/02/2017).

Desse modo, considerando que o emprego de arma branca não mais configura causa de aumento de pena específica do delito de roubo, redimensiono, de ofício, a reprimenda do agravante [...] (Agravamento em Recurso Especial n. 1.095.332, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 24-5-2018, grifou-se).

No mesmo sentido, extrai-se desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA (CANIVETE) E CONCURSO DE PESSOAS, NA MODALIDADE TENTADA (ART. 157, §2º, I E II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. [...] **DE OFÍCIO, REDUZIDAS AS PENAS EM RAZÃO NOVATIO LEGIS IN MELLIUS.**

[...] 5. Como é possível depreender da leitura da nova redação do art. 157 do CP, o roubo com emprego de arma que não seja de fogo deixou de ser uma hipótese de roubo circunstanciado. A Lei, portanto, deixou de punir com maior rigor casos como o presente, cometido com o uso de arma branca. Tratando-se, assim, de hipótese de *novatio legis in melius*, deve a lei retroagir para atingir o roubo ora em julgamento, o que, na hipótese, tendo em vista o aumento em 3/8 na terceira fase das dosimetrias em razão da existência de duas majorantes, acarreta a modificação da exasperação para o mínimo [...] (Apelação Criminal n. 0005474-18.2017.8.24.0064, de São José, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Primeira Câmara Criminal, j. 24-05-2018, grifou-se).

Diante disso, é necessário excluir a causa de aumento da pena do emprego de arma previsto no revogado inciso I do parágrafo segundo do artigo 157 do Código Penal.

Contudo, esta Corte de Justiça tem se manifestado pela migração da causa de aumento para as circunstâncias do delito, prevista no art. 59 do Código Penal, a fim de valorar o emprego de arma na ação. Colhe-se o seguinte precedente em tal sentido:

REVISÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, § 2º, I). DOSIMETRIA - I. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE - ACOLHIMENTO - REVOGAÇÃO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 PELO ART. 4º DA LEI N. 13.654/18 - NOVATIO LEGIS IN MELLIUS - APLICAÇÃO RETROATIVA - INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XL, DA CF E DO ART. 2º DO CP - II. MIGRAÇÃO DO EMPREGO DE ARMA IMPRÓPRIA PARA PRIMEIRA ETAPA, SOB FORMA DE CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME - CARACTERÍSTICA DE ELEVADA GRAVIDADE.

A reanálise da dosimetria em sede de revisão criminal somente é possível excepcionalmente, nos casos de evidente contrariedade à lei, à prova dos autos ou de teratologia.

“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (CF, art. 5º, XL). “Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (CP, art. 2º).

Com o afastamento da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, é possível que o emprego da arma imprópria seja valorado na etapa dosimétrica inicial, sob a forma de circunstância do crime sempre que denotar maior gravidade da conduta. [...] (Revisão Criminal n. 4011566-68.2019.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 31-07-2019) (grifou-se).

Dessa forma, afasta-se a causa de aumento de pena do emprego de arma e migra-se a circunstanciadora para a primeira fase da dosimetria, valorando-a de forma desfavorável como circunstância do crime.

Passa-se, pois, à adequação da pena.

Na primeira fase, mantida a valoração negativa dos maus antecedentes, bem como da conduta social, e reconhecida a das circunstâncias do delito, fixa-se a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na segunda fase, em virtude da confissão reconhecida na sentença, diminui-se a pena para 5 (cinco) anos de reclusão.

Na derradeira etapa, ausente causa de diminuição de pena, mas presente a causa de aumento do concurso de pessoas, acresce-se à pena a fração de 1/3 (um terço), diante da migração operada, resultando 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, e, para não ocorrência de *reformatio in pejus*, mantem-se a reprimenda fixada em primeiro grau, ou seja, **6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.**

Revista a pena imposta, mantém-se as demais cominações da sentença, inclusive o regime inicial para o cumprimento da pena (fechado).

Diante de todo o exposto, vota-se pelo conhecimento do pedido revisional e por seu indeferimento e, de ofício, para adequar a reprimenda, sem efeito prático.

Este é o voto.

Revisão Criminal n. 4017881-15.2019.8.24.0000

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza

Máxima vênia, ousei divergir parcialmente da maioria, que decidiu “*de ofício, adequar a pena, sem efeito prático.*”

Isso porque, a Quinta Câmara Criminal, da qual integro e também o Exmo. Des. Antonio Zoldan da Veiga, firmou posicionamento no sentido de que a migração operada de ofício na dosimetria da pena, ainda que não acarrete efetivamente em *reformatio in pejus*, viola a coisa julgada, especialmente quando não altera a reprimenda fixada ao réu.

Portanto, ao meu ver, a providência mais adequada seria tão somente o afastamento da majorante do emprego de arma branca, com a efetiva redução da pena, considerando que o reexame da coisa julgada, neste ponto, deve necessariamente ser admitido em benefício do recorrente.

Acerca do conceito de coisa julgada, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves:

Em todo processo, independentemente de sua natureza, haverá a prolação de uma sentença (ou acórdão nas ações de competência originária dos tribunais), que em determinado momento torna-se imutável e indiscutível dentro do processo em que foi proferida. Para tanto, basta que não seja interposto o recurso cabível ou ainda que todos os recursos cabíveis já tenham sido interpostos e decididos (Manual de Direito Processual Civil, 11ª ed., Ed. JusPODIVM, 2019, P. 859).

Aury Lopes Jr. ainda adverte que a coisa julgada é “*sempre um artifício a serviço do cidadão, evitando que seja novamente processado pelo mesmo fato em outro processo, ou seja, reexaminado no mesmo processo. [...] Daí por que, no processo penal, somente se permite a revisão criminal quando favorável ao réu, logo, o reexame relativizador da coisa julgada somente se opera pro reo.*” (Direito Processual Penal, 15ª ed., Ed. Saraiva, 2018 p. 916-917).

Sobre o tema, em casos similares, a Quinta Câmara Criminal julgou:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DOS RÉUS. [...] ALMEJADO AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CP. ALEGADA AUSÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DE ARMA BRANCA (FACA). MAJORANTE AFASTADA, SOB FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA. REVOGAÇÃO DO ART. 157, § 2º, I, DO CP PELA LEI N. 13.654/2018. EMPREGO DE ARMA BRANCA QUE DEIXOU DE CARACTERIZAR CIRCUNSTÂNCIA MAJORANTE. *NOVATIO LEGIS IN MELLIIUS*. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, XL, DA CF E ART. 2º DO CP. IMPOSSIBILIDADE DE MIGRAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PARA A PRIMEIRA

FASE DO CÁLCULO. POSICIONAMENTO ADOTADO POR ESTA COLENDIA CÂMARA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. *REFORMATIO IN PEJUS*. VEDAÇÃO. [...] RECURSO DO RÉU ELEANDRO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE. RECURSO DO RÉU ROBERTO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (Apelação Criminal n. 0011431-41.2017.8.24.0018, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 20-02-2020).

E:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL (LEI 7.210/1984, ART. 197). CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA, DENTRE OUTROS, DO CRIME DE ROUBO, MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA. DECISÃO QUE, EM DECORRÊNCIA DA SUPERVENIÊNCIA DA LEI 13.654/2018, MIGROU A ANTERIOR CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO DA PENA DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL PARA A VALORAÇÃO NEGATIVA QUANDO DA ESTIPULAÇÃO DA SANÇÃO BASILAR. INSURGIMENTO DO REEDUCANDO. ALMEJADA REVOGAÇÃO DO INCREMENTO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, NO QUE CONCERNE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PERTINÊNCIA. ART. 66, I, DA LEP E SÚMULA 611 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE PERMITEM QUE MAGISTRADOS DA EXECUÇÃO PENAL INTERFIRAM NO CÁLCULO DA SANÇÃO APENAS PARA APLICAR, AO AGENTE, A LEI PENAL MAIS BENÉFICA. DESLOCAMENTO QUE CARACTERIZA REAPRECIÇÃO DO JUÍZO DE VALOR DO SENTENCIANTE DA CAUSA QUANTO À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E AFRONTA AO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DA *REFORMATIO IN PEJUS*. POSIÇÃO ADOTADA POR ESTA QUINTA CÂMARA CRIMINAL. PRECEDENTES. PRONUNCIAMENTO PARCIALMENTE REFORMADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravo de Execução Penal n. 0006138-22.2019.8.24.0018, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. 12-12-2019).

Mais:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. ACÓRDÃO QUE AFASTOU A MAJORANTE DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL, EM FUNÇÃO DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 13.654/2018 E READEQUOU A PENA. APONTADA OMISSÃO EM DECORRÊNCIA DA POSSIBILIDADE DE MIGRAÇÃO DO EMPREGO DE ARMA BRANCA PARA A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. INOVAÇÃO RECURSAL E MERO INCONFORMISMO. ALTERAÇÃO QUE AFRONTARIA O PRINCÍPIO *NON REFORMATIO IN PEJUS*. HIPÓTESES DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO ATENDIDAS. ACLARATÓRIOS REJEITADOS. (Embargos de Declaração n. 0001010-03.2017.8.24.0079, deste relator, Quinta Câmara Criminal, j. 08-11-2018).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer da revisão criminal e dar-lhe provimento parcial apenas para afastar a majorante do emprego de arma branca e, conseqüentemente, reajustar a reprimenda.

Estas são as razões da minha divergência.

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000344-40.2020.8.24.0000, Maravilha

Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. EXPOSIÇÃO À VENDA DE PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL SEM ROTULAGEM, INSPEÇÃO E PROCEDÊNCIA, E PRODUTOS COM PRAZO DE VALIDADE EXPIRADOS (ART. 7º, INC. IX, DA LEI N. 8.137/90, C/C O ART. 18, § 6º, INCS. I E II, PARTE FINAL, DO CDC). PRETENDIDA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE ABSOLVIA O ACUSADO POR AUSÊNCIA DE PROVA TÉCNICA PARA A COMPROVAÇÃO DA NOCIVIDADE DOS PRODUTOS EXPOSTOS À VENDA. LAUDO PERICIAL PRESCINDÍVEL *IN CASU*.

“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)” (TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 4009173-78.2016.8.24.0000, de Armazém, Relª. Desig. Desª. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Seção Criminal, j. 13-05-2020).

CONDENAÇÃO MANTIDA. EMBARGOS REJEITADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000344-40.2020.8.24.0000, da comarca de Maravilha 2ª Vara em que é Embargante Sidnei Facco e Embargado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por unanimidade, rejeitar os embargos infringentes. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de junho de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, com voto, e dele participaram os Exmos Srs. Des. Paulo Roberto Sartorato, Des. Sérgio Rizelo, Des. José Everaldo Silva, Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Des. Norival Acácio Engel, Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo, Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho e Des. Antônio Zoldan da Veiga. Funcionou, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese.

Florianópolis, 25 de junho de 2020.

Alexandre d'Ivanenko
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos Infringentes interposto por Sidnei Facco contra a decisão da Segunda Câmara Criminal, da relatoria do eminente Des. Norival Acácio Engel, que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso de apelação do Ministério Público, para condenar o acusado à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e multa, pela prática do delito tipificado no art. 7º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90.

Requer o embargante que prevaleça o voto vencido proferido pela eminente Desa. Salete Silva Sommariva, que se manifestou no sentido de manter a sua absolvição por entender “imprescindível a prova de que os produtos expostos à venda sejam nocivos à saúde da coletividade, o que somente pode ser atestado por meio de perícia técnica”.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Genivaldo da Silva, opinou pelo desprovimento dos embargos infringentes (fls. 16-20).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, os embargos devem ser conhecidos.

Registra-se que os embargos infringentes são restritos à matéria controvertida, *in casu*, se é necessária ou não realização de perícia nos produtos apreendidos no estabelecimento comercial do recorrente.

O recorrente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 7º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90, em razão dos seguintes fatos (fls. 116-117):

[...] No dia 13 de agosto de 2015, no estabelecimento comercial SIDNEI FACCO ME, localizado na Rua C, n. 10, Novo Bairro, SIDNEI FACCO expôs à venda, grande quantidade de mercadoria, em condições impróprias para o consumo, relacionadas na notificação preliminar administrativa de fl. 16/17.

Em vistoria para renovação de Alvará Sanitário junto à empresa, cuja direção é comandada pelo denunciado, a Vigilância Sanitária deparou-se com a prática delitativa, já que o denunciado expôs à venda produtos de origem animal sem rotulagem, inspeção e procedência e produtos com prazo de validade expirados (fl. 12/13).

O denunciado, portanto, expôs à venda, mercadorias em condições impróprias ao consumo [...].

Considerando que a prova presente nos autos, conforme consta do voto vencedor, demonstram que os fatos praticados pelo embargante se subsomem às condutas descritas no art. 7º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90 e nos incs. I e II (parte final) do § 6º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, em que pese o entendimento esposado pela eminente Desa. Salete Silva Sommariva, entendo que deve prevalecer a decisão proferida pela maioria.

O acusado foi denunciado e condenado pela prática da conduta tipificada no art. 7º, inc. IX, da Lei n. 8.137/90, *in verbis*:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

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 (grifado).

O crime previsto no inc. IX do art. 7º da Lei n. 8.137/90 possui natureza formal, sendo necessária, para se verificar a prescindibilidade do laudo pericial, se é de perigo concreto ou abstrato, pois, sendo de um ou de outro tipo, a perícia será imprescindível ou desnecessária, respectivamente.

O aludido dispositivo prevê como criminosa a conduta de “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”.

Não diz, porém, em que condições se dá a referida impropriedade ao consumo e, por essa razão, trata-se de norma penal em branco, cujo complemento é dado pelo § 6º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor – não havendo qualquer impeditivo legal para tanto:

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.

Desse dispositivo legal, extraem-se quatro categorias de impropriedade ao uso e consumo: a primeira, daqueles produtos cujos prazos de validade estejam vencidos; a segunda, dos produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde e perigosos; a terceira, daquelas mercadorias que estejam em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; e a última, das mercadorias que, por qualquer motivo, revelem-se inadequadas ao fim a que se destinam.

Dessas quatro categorias, salta aos olhos que a segunda e a quarta exigem, para a comprovação da impropriedade do produto, a realização de laudo pericial e, dessa forma, o crime daí decorrente deve ser classificado como sendo formal e de perigo concreto.

Nas demais categorias – sendo a primeira e terceira o caso dos autos –, a impropriedade ao uso e consumo decorre do mero desrespeito a normas vigentes, ou seja, para que o produto seja considerado impróprio, basta que ele desatenda determinada(s) norma(s) e, então, a perícia técnica torna-se desnecessária.

Igualmente, conforme consignado no voto vencedor, “verifica-se que as provas contidas nos autos são suficientes para a apuração da materialidade e autoria, acrescentando, como dito acima, o art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, c/c art. 18, § 6º, inciso I e II, parte final, são crimes de perigo abstrato ou presumido, tornando desnecessária a realização de exame pericial para comprovar a impropriedade dos bens consumíveis de origem animal ou com prazo de validade expirados, bastando, para tanto, estarem os alimentos impróprios para consumo humano, por desrespeito as normas regulamentadoras”.

Aliás, a matéria foi submetida recentemente à Seção Criminal, tendo sido fixado, por maioria de votos, a seguinte tese jurídica no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 4009173-78.2016.8.24.0000: “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)”.

O julgado está assim ementado:

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. Desig Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Seção Criminal, j. 13-05-2020).

Por essas razões, entendo que os embargos infringentes devem ser rejeitados.

Este é o voto.

Representação P/ Perda da Graduação n. 8000104-17.2017.8.24.0000, da Capital – Eduardo Luz

Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DA GRADUAÇÃO. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE PECULATO, PREVISTO NO ART. 303, § 2º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PENA APLICADA DE TRÊS ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO OBJETIVO PREENCHIDO, EM RELAÇÃO A AMBOS OS REPRESENTADOS, DE ACORDO COM A REDAÇÃO DO ART. 102 DO CÓDIGO PENAL MILITAR.

REQUISITO SUBJETIVO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO ART. 29 DA LEI N. 6.218/83 (ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SANTA CATARINA).

NO QUE CONCERNE AO SEGUNDO REPRESENTADO, EMBORA REPROVÁVEL A CONDUTA PERPETRADA, DENOTA-SE QUE FOI UM FATO ISOLADO NA CARREIRA DO POLICIAL, QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE MACULAR A IMAGEM DA CORPORAÇÃO. INFORMAÇÕES FUNCIONAIS QUE DEMONSTRAM O COMPORTAMENTO RESSOCIALIZADOR, BEM COMO O COMPROMETIMENTO DO REPRESENTADO COM OS VALORES ÉTICOS DA POLÍCIA MILITAR. REPRESENTAÇÃO IMPROCEDENTE.

“[...] A perda de graduação da praça não é consequência automática da condenação penal, estando sujeita à presença de dois requisitos cumulativos - um objetivo, que prevê a exigência de fixação de pena privativa de liberdade superior a 02 (dois) anos, e outro de natureza subjetiva, que diz respeito à verificação da conduta do militar, se indigna e incompatível com a função exercida -, de modo que, ausente um dos pressupostos, não deve ser declarada a imposição de referido gravame. (TJSC, Representação p/ Perda da Graduação n. 8000274-68.2018.8.24.0900, da Capital, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 27-11-2019).

TODAVIA, NO QUE DIZ RESPEITO AO PRIMEIRO REPRESENTADO, A SOLUÇÃO ENSEJA OUTRA DIRETRIZ. CERTIDÃO FORNECIDA PELA CORREGEDORIA-GERAL DA POLÍCIA MILITAR QUE APRESENTA OCORRÊNCIAS POSTERIORES E DESABONADORAS. ALÉM DISSO, CONSTATADA CONDENAÇÃO PELO DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 315 C/C ART. 311, AMBOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR), DEMONSTRAM QUE A REPRIMENDA APLICADA NA AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA DESTA REPRESENTAÇÃO, NÃO SE MOSTROU SUFICIENTE E CARACTERIZA A INCOMPATIBILIDADE PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA DE POLICIAL MILITAR. CONDUTA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA COMO FATO ISOLADO. PECULIARIDADES DO CASO QUE EXPRESSAM VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS ÉTICOS E INSTITUCIONAIS NECESSÁRIOS PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE.

A sociedade espera de um policial militar, acima de tudo, responsabilidade para com os seus atos, para que possa servir de exemplo aos seus pares, estimulando-os a ter uma vida honesta, dedicada à proteção da vida, do patrimônio das pessoas, enfim, à segurança pública, em geral.

“A prática do crime de peculato-furto, valendo-se da condição de policial militar, pelo qual foi condenado à pena privativa de liberdade de três anos de reclusão, é conduta que não se coaduna com o cargo desempenhado, caracterizando ofensa ao decoro da classe e à honra militar, que autorizam a decretação da indignidade e consequente perda da graduação.” (TJMT, Representação para perda da graduação n. 0130941-36.2015.8.11.0000, , ORLANDO DE ALMEIDA PERRI, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 28/07/2016, Publicado no DJE 03/08/2016)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação P/ Perda da Graduação n. 8000104-17.2017.8.24.0000, da comarca da Capital – Eduardo Luz Vara de Direito Militar em que é Requerente Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Requerido Vítor Hugo.

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por unanimidade: **a)** julgar improcedente a representação por Perda de Graduação em relação ao representado Vinícius Moreno Rosa; **b)** acolher a Representação para a Perda de Graduação para determinar a exclusão de Vítor Hugo Batista dos quadros da Polícia Militar de Santa Catarina.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Rizelo, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Antônio Zoldan da Veiga, Alexandre d'Ivanenko, Paulo Roberto Sartorato, José Everaldo Silva, Leopoldo Augusto Brüggemann, Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel e Júlio César M. Ferreira de Melo.

Funcionou como representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Paulo Antônio Gunther.

Florianópolis, 27 de maio de 2020.

Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Representação para Perda de Graduação ajuizada pelo Ministério Público contra os policiais militares Vítor Hugo Batista e Vinicius Moreno Rosa, em razão das condenações definitivas à pena privativa de liberdade de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, como incursos nas sanções do art. 303, § 2º, do Código Penal Militar.

Infere-se dos autos que os policiais haviam sido absolvidos pelo Juízo da Vara da Justiça Militar da comarca da Capital (fls. 710-720) e o Ministério Público interpôs recurso de apelação.

Destarte, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por votação unânime, deu provimento ao apelo e condenou os policiais militares ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime aberto, pela prática do delito previsto no art. 303, § 2º do Código Penal Militar, nos seguintes termos:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME MILITAR. PECULATO (ART. 303, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. MÉRITO. ACUSADOS QUE, APROVEITANDO-SE DA DA QUALIDADE DE POLICIAIS MILITARES, SUBTRAEM BENS QUE GUARNECIAM IMÓVEL DE PROPRIEDADE PARTICULAR. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS

SOBEJAMENTE EVIDENCIADAS PELOS ELEMENTOS COLHIDOS NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL, SOBRETUDO PELOS TESTEMUNHOS COERENTES E HARMÔNICOS DOS VIZINHOS E DOS FISCAIS DE SEGURANÇA PRIVADA DO LOCAL, BEM COMO PELAS IMAGENS DAS CÂMERAS DE SEGURANÇA, QUE FLAGRARAM OS ACUSADOS SAINDO DA RESIDÊNCIA COM A RES FURTIVA ESCONDIDA SOB O FARDAMENTO. SENTENÇA REFORMADA. CONDENAÇÃO IMPERATIVA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ADEQUAÇÃO, DE OFÍCIO, DA DEFINIÇÃO JURÍDICA DA CONDUTA DOS ACUSADOS, PARA AQUELA PREVISTA NO ART. 303, § 2º, DO CPM (PECULATO-FURTO), CONSOANTE DESCRIÇÃO FÁTICA TRAZIDA NA PEÇA ACUSATÓRIA. POSSIBILIDADE DA EMENDATIO LIBELLI. EXEGESE DOS ARTS. 383 E 617 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. (TJSC, Apelação Criminal n. 2012.058697-8, da Capital, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 16-04-2013).

Insatisfeitos, o condenados opuseram embargos de declaração que foram parcialmente acolhidos para afastar a agravante prevista no art. 9º, II, “c” do Código Penal Militar reduzindo a pena dos embargantes para 3 (três) anos de reclusão, mantidas as demais cominações do *decisum*. Nesse aspecto, colaciona-se a ementa:

EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ALEGADA CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. DECISÃO COLEGIADA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NAS PROVAS AMEALHADAS AOS AUTOS. PROPÓSITO DE REDISCUSSÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO. DOSIMETRIA. POSTULADO O AFASTAMENTO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 70, II, ‘T’, DO CPM. VIABILIDADE. PECULATO-FURTO. CRIME MILITAR IMPRÓPRIO. NATUREZA MILITAR DA INFRAÇÃO, EM RAZÃO DA CONDIÇÃO DE OS AGENTES ESTAREM EM SERVIÇO (ART. 9, II, ‘C’, DO CPM). INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE QUE CONFIGURARIA BIS IN IDEM. EXCLUSÃO QUE SE FAZ DEVIDA. PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA ATENUANTE ESTABELECIDADA NO ART. 72, II, DO CPM, EM RAZÃO DE OS EMBARGANTES POSSUÍREM BOM COMPORTAMENTO MERITÓRIO. TESE RECHAÇADA. AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO À EXISTÊNCIA DE CONDUTAS EXCEPCIONAIS FORA DOS PADRÕES ROTINEIROS DA ATIVIDADE POLICIAL. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. (TJSC, Embargos de Declaração em Apelação Criminal n. 2012.058697-8, da Capital, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 28-05-2013).

Destarte, os condenados interpuseram Recurso Especial e o STJ negou provimento ao recurso (fls. 450-462).

Assim, a decisão condenatória transitou em julgado para ambas as partes em 22 de agosto de 2016 (fl. 469).

Doravante, o representante do Ministério Público ingressou com a presente Representação para Perda da Graduação da Praça, com os seguintes requerimentos:

- a) o recebimento da presente inicial e seu processamento na forma e rito legais;
- b) a citação dos representados para, no prazo de 10 (dez) dias, apresentarem defesa (artigo 113 do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar); e

c) o acolhimento da presente representação, declarando-se ao final a perda da graduação da praça representada perante a Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, bem como a sua exclusão do respectivo quadro de pessoal da Corporação Militar, com as respectivas consequências legal.

Assim, os representados foram regularmente citados (fls. 750-751).

Em vista disso, o representado Vinícius Moreno Rosa, por meio de advogado constituído (fl. 533), apresentou contestação às fls. 502-532 e alegou preliminarmente a inépcia da representação por falta de clareza na demonstração do requisito subjetivo para a perda de graduação. No mérito, argumentou que os requisitos subjetivos não foram satisfatoriamente comprovados, porquanto o seu histórico profissional atesta o cumprimento dos preceitos éticos previstos no Estatuto da Polícia Militar.

Destarte, o representado Vítor Hugo Batista, aduziu prefacialmente que a representação deve ser arquivada sumariamente, pois não está presente o requisito subjetivo. No mérito, sustentou que o julgamento realizado pelo Conselho de Justiça que o absolveu do crime de peculato, bem como estabeleceu a não exclusão da corporação administrativamente, são fatores que embasam sua conduta moral e ética, razão pela qual não estão preenchidos os requisitos subjetivos para a exclusão da corporação. (fls. 758-764)

Destarte, lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o excelentíssimo Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos, Dr. Aurino Alves de Souza opinou pela procedência do pedido inicial, com consequente decretação da perda de graduação de Vítor Hugo Batista e Vinicius Moreno Rosa, bem como pela cassação dos proventos percebidos a título de inatividade. (fls. 772-782).

Conforme despacho de fl. 789, esta relatora determinou a expedição de ofício ao Comando Geral da Polícia Militar de Santa Catarina, solicitando a ficha funcional completa e atualizada dos representados, no prazo de 5 (cinco) dias, bem como a intimação das partes acerca da documentação juntada.

Com efeito, a solicitação foi atendida às fls. 791-822.

Outrossim, no despacho de fl. 826 foi determinado que a Corregedoria-Geral da Polícia Militar de Santa Catarina apresentasse certidão negativa atualizada dos representados e intimação das partes para manifestação.

Ato contínuo, a documentação foi apresentada às fls. 831-832.

O representado Vinícius Moreno Rosa manifestou-se às fls. 835-844 e apresentou documentos às fls. 845-850.

Posteriormente, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça que, por meio de parecer da lavra do Subprocurador-Geral de Justiça Dr. Fábio de Souza Trajano manifestou-se às fls. 853-855 reiterando os pedidos constantes na exordial e às fls. 772-782, requerendo ao

final a procedência dos pedidos, com a declaração da perda da graduação de Vítor Hugo Batista e Vinícius Moreno Rosa, com a consequente cassação dos proventos atualmente percebidos pelos representados, inclusive a título de inatividade, se for o caso.

Conforme certidão de fl. 858, o representado Vítor Hugo Batista, embora devidamente intimado, deixou transcorrer o prazo, sem apresentar manifestação sobre as documentações juntadas.

Este é o relatório.

VOTO

As preliminares arguidas por ambos os representados confundem-se com o mérito e serão abordadas concomitante com este, porquanto referem-se ao requisito subjetivo para a perda de graduação.

Vítor Hugo Batista e Vinícius Moreno Rosa foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 303 e 319, c/c art. 53, todos do Código Penal Militar.

Após regular trâmite do processo, foram absolvidos pelo Juízo da Vara da Justiça Militar da comarca da Capital (fls. 710-720) e o Ministério Público interpôs recurso de apelação.

Doravante, no julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público, a Segunda Câmara Criminal, por meio de acórdão de lavra do Des. Volnei Celso Tomazini, conheceu do recurso e deu-lhe provimento para condenar os representados, respectivamente, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, por infração ao art. 303, § 2º, do Código Penal Militar.

A seguir, o condenados opuseram embargos de declaração que foram parcialmente acolhidos para afastar a agravante prevista no art. 9º, II, “c” do Código Penal Militar reduzindo a pena dos ora representados para 3 (três) anos de reclusão, mantidas as demais cominações do *decisum*. (fls. 340-341)

Pois bem.

O cerne da controvérsia reside em relação à condenação pelo crime previsto no artigo 303, § 2º, do Código Penal Militar, que assim preconiza:

Peculato

Art. 303. Apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo ou comissão, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - reclusão, de três a quinze anos.

[...]

Peculato-furto

§ 2º Aplica-se a mesma pena a quem, embora não tendo a posse ou detenção do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou contribui para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de militar ou de funcionário.

Sobre a perda da patente, a Constituição Federal estabelece:

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:

[...]

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

[...].

E o artigo 112, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar preceitua:

Art. 112. Transitada em julgado a sentença da Justiça comum ou militar que haja condenado o Oficial das Forças Armadas à pena privativa de liberdade superior a dois anos, o Procurador-Geral da Justiça Militar formulará Representação para que o Tribunal julgue se o representado é indigno ou incompatível para com o oficialato.

Sobre a competência para julgamento dos crimes militares, o art. 125, § 4º, da Constituição Federal estabelece:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Doravante para a decretação da perda da graduação da praça é necessário o preenchimento de dois requisitos objetivos e subjetivos, sendo o primeiro de caráter objetivo (relativo ao tempo de condenação) e o segundo (referente ao mérito do militar, dignidade e compatibilidade para exercer a função policial).

Em relação ao requisito objetivo, o Código Penal Militar estabelece no art. 102, que "A condenação da praça à pena privativa de liberdade, por tempo superior a dois anos, importa sua exclusão das Forças Armadas."

Portanto, nessa baila, tal requisito encontra-se preenchido, porquanto os representados foram condenados ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, por infração ao art. 303, § 2º, do Código Penal Militar.

Doravante, o segundo requisito (subjetivo) refere-se à conduta moral e ílibada do profissional da segurança, observando-se os preceitos éticos previstos no artigo 29 da Lei n. 6.218/83 (Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina).

Art. 29. O sentimento do dever, o pundonor policial-militar e decoro da classe impõe a cada um dos integrantes da Polícia Militar, conduta moral e profissional irrepreensível, com a observância dos seguintes preceitos de ética policial-militar:

- I - amar a verdade e a responsabilidade com fundamento da dignidade pessoal;
- II - exercer, com autoridade, eficiência e probidade às funções que lhe couberem em decorrência do cargo;
- III - respeitar a dignidade da pessoa humana;
- IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;
- V - ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação do mérito dos subordinados;
- VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico, bem como pelos dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum;
- VII - empregar as suas energias em benefício do serviço;
- VIII - praticar a camaradagem e desenvolver, permanentemente, o espírito de cooperação;
- IX - ser discreto em suas atitudes maneiras e em sua linguagem escrita e falada;
- X - abster-se de tratar, fora do âmbito apropriado, de matéria sigilosa de qualquer natureza;
- XI - acatar as autoridades civis;
- XII - cumprir seus deveres de cidadão;

XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular;

XIV - observar as normas da boa educação;

XV - garantir assistência moral e material ao seu lar e conduzir-se como chefe de família modelar;

XVI - conduzir-se, mesmo fora do serviço ou na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e o decoro policial-militar;

XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;

XVIII - abster-se o policial-militar na inatividade do uso das designações hierárquicas quando:

a) em atividades político-partidárias;

b) em atividades comerciais;

c) em atividades industriais;

d) discutir ou provocar discussões pela imprensa a respeito de assuntos políticos ou policiais-militares, excetuando-se os de natureza exclusivamente técnica, se devidamente autorizados;

e) no exercício de cargo ou função de natureza civil mesmo que seja da Administração Pública.

XIX - zelar pelo bom nome da Polícia Militar e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos de ética policial-militar.

In casu, ressei da análise dos autos que os representados subtraíram um aparelho Playstation III e respectivos acessórios e conforme delineado no bojo do voto prolatado na apelação criminal n. 2012.058697-8:

“Diante de todo o exposto, ficou suficientemente comprovada a prática do crime de peculato-furto pelos, acusados, na medida em que estes, em comunhão de vontades, aproveitando-se da facilidade que lhes proporcionou suas condições de policiais militares, facilidade esta consubstanciada no acesso privilegiado que tinham à casa em que os bens se encontravam, em razão de seu cargo, subtraíram para si um video game playstation 3 e respectivos acessórios, pertencentes a Laerte Joao Zavatini.”

Nesse contexto, embora o Ministério Público considere que a infração penal praticada pelos representados “revestiu-se de gravidade substancial”, é imperioso observar todo contexto fático apresentado e, para a análise do requisito subjetivo, deve-se levar em consideração a personalidade dos policiais militares e a conduta funcional antes e depois do fato.

Seguindo essa linha de raciocínio, passa-se à análise do requisito subjetivo em relação aos representados, individualmente:

a) Policial Militar Vinícius Moreno Rosa

No tocante ao representado Vinícius Moreno Rosa, extrai-se da ficha funcional atualizada (fls. 810-822), que ele tomou posse como policial militar em 16-1-2006 e possui 17 (dezessete) elogios por serviços prestados. Consta ainda a última promoção na carreira como “Cabo”, no dia 31-1-2020.

Além disso, de acordo com a certidão emitida pela Corregedoria-Geral da Polícia Militar (fl. 831), o referido policial está lotado atualmente no 16º BPM, possui conceito 4,00 na graduação – conceito máximo e está classificado no “BOM” comportamento. Ademais, consta que Vinícius Moreno Rosa “não respondeu a nenhuma Sindicância, IPM ou PAD nos últimos 05 (cinco) anos. E com relação aos assuntos pertinentes ao Departamento de Processos Administrativos, nada consta em desfavor do Cabo PM Matrícula 927410-3 – Vinícius Moreno Rosa.

Ademais, não obstante tenha falhado em sua conduta ao cometer o ilícito, observa-se que desde a ocorrência dos fatos (19-1-2009), não há notícias de posteriores transgressões praticadas pelo representado, ou seja, não constam elementos que apontem que a personalidade de Vinícius Moreno Rosa está voltada à prática de crimes, de modo a ensejar a pena acessória de perda de graduação.

Registre-se que a reprimenda aplicada por ocasião do julgamento da apelação criminal n. 2012.058697-8 mostra-se adequada, suficiente e razoável como resposta estatal ao ilícito praticado, que representa um ato isolado na vida profissional do agente público.

A propósito, esta Colenda Corte já decidiu:

REPRESENTAÇÃO PELA PERDA DE GRADUAÇÃO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR CONDENADO PELA PRÁTICA DE PECULATO. REQUISITO OBJETIVO PREENCHIDO. CONDENAÇÃO DEFINITIVA A PENA DE TRÊS ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO SUBJETIVO AUSENTE. FATO ISOLADO NA VIDA DO REPRESENTADO. CONDUTA REPROVÁVEL MAS QUE NÃO REVELA GRAVIDADE TAMANHA A DENOTAR INCOMPATIBILIDADE MORAL COM O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA. REPRESENTAÇÃO NÃO ACOLHIDA. (TJSC, Representação p/ Perda da Graduação n. 8000158-12.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 27-11-2019).

REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DE GRADUAÇÃO DA PRAÇA. POLICIAL MILITAR CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO DE PECULATO (ART. 303, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR). REQUISITO OBJETIVO PREENCHIDO. REPRIMENDA IMPOSTA SUPERIOR A 02 (DOIS) ANOS. REQUISITO SUBJETIVO NÃO CUMPRIDO. VIDA PROFISSIONAL PREGRESSA QUE DEMONSTRA O CARÁTER ISOLADO DA CONDUTA. REPRESENTAÇÃO IMPROCEDENTE. A perda de graduação da praça não é consequência automática da condenação penal, estando sujeita à presença de dois requisitos cumulativos - um objetivo, que prevê a exigência de fixação de pena privativa de liberdade superior a 02 (dois) anos, e outro de natureza subjetiva, que diz respeito à verificação da conduta do militar, se indigna e incompatível com a função exercida -, de modo que, ausente um dos pressupostos, não deve ser declarada a imposição de referido gravame. (TJSC, Representação p/ Perda da Graduação n. 8000274-68.2018.8.24.0900, da Capital, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 27-11-2019).

PERDA DE GRADUAÇÃO. ALMEJADA INQUIRIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. PROCEDIMENTO QUE NÃO COMPORTA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PREFACIAL REJEITADA. MÉRITO. SARGENTO DA POLÍCIA MILITAR CONDENADO PELA PRÁTICA DE PECULATO. CONDENAÇÃO A PENA SUPERIOR A DOIS ANOS DE RECLUSÃO TRANSITADA EM JULGADO. REQUISITO OBJETIVO PREENCHIDO. FATO ISOLADO NA VIDA DO FARDADO. CONDUITA QUE, EMBORA REPROVÁVEL, NÃO PODE SER CONSIDERADA GRAVÍSSIMA. AUSÊNCIA DE PROVA DA INCOMPATIBILIDADE MORAL COM O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PÚBLICA. HISTÓRICO FUNCIONAL QUE RECOMENDA A MANUTENÇÃO DO SEU POSTO. REPRESENTAÇÃO IMPROCEDENTE. (TJSC, Perda de Graduação n. 2011.021565-0, da Capital, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Seção Criminal, j. 24-04-2013).

Outrossim, a permanência do representado na corporação após o fato delituoso, sem a ocorrência de evento posterior, inclusive com a concessão da última promoção, em janeiro do corrente ano, demonstra comprometimento do representado no desempenho de suas funções como policial militar.

Com efeito, considera-se desproporcional aplicar a medida de perda de graduação da praça, por entender ser suficiente o cumprimento da pena imposta na ocasião de sua condenação, em processo criminal já transitado em julgado, bem como em razão do comportamento ressocializador do representado Vinicius Moreno Rosa, o que demonstra a possibilidade de sua manutenção nos quadros da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

b) Policial Militar Vítor Hugo Batista

No que diz respeito ao representado Vítor Hugo Batista, extrai-se da ficha funcional atualizada (fls. 792-809), que ele tomou posse como policial militar em 16-1-2006 e possui diversos elogios por serviços prestados.

Outrossim, de acordo com a certidão apresentada pelo Corregedor-Geral da Polícia Militar (fl. 832), verifica-se que o representado está atualmente lotado na CRE Florianópolis, possui conceito 3,94 na graduação, cujo conceito máximo seria 4,00 e está atualmente classificado no “BOM” comportamento.

Ademais, extrai-se da referida certidão:

Realizado levantamento a respeito de procedimentos judiciais envolvendo o Sd PM 927360-3 VITOR HUGO BATISTA, verifica-se que este respondeu ao IPM N°133/IPM/PMSC/2015, conforme consulta em Sistema de Controle de Processos SCP desta Corregedoria Geral.

- IPM n° 133/IPM/PMSC/2015

Histórico: a fim de apurar a divulgação de imagens de documentos e comentários nas redes sociais (facebook) em relação a pessoa do Sd PM Matr. 928685-3 LUIZ PAULO MOTA BRENTANO, do 8º BPM, consoante Comunicação Interna n.º 07/Correg/8º BPM/15 em 04/02/2015, subscrita pelo Comando do 8º Batalhão de Polícia Militar.

Solução: INDÍCIOS DE CRIME MILITAR E TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES.

Com relação aos assuntos pertinentes ao Departamento de Processos Administrativos, (Conselho de Disciplina, Conselho de Justificação ou PAD), informo que em consulta ao SCP consta em desfavor do Sd PM 927360-3 VITOR HUGO BATISTA:

- PAD Nº 344/PAD/PMSC/2020 - Histórico: Para apurar possíveis transtornos administrativos quando de sua falta em audiência, no dia 14.02.20, na Comarca de Palhoça/SC, onde figurava como testemunha dos autos nº 0001263-93.2017.8.24.0045.

Solução: EM ANDAMENTO.

- PAD Nº 361/PMSC/2015 - Histórico: Por faltar ao serviço no dia 23 para 24 de janeiro de 2015. Solução: ARQUIVAMENTO.

- PAD Nº 1875/PMSC/2015 - Histórico: Por provocar e ofender outro PM que resultou no IPM N 133/PMSC/2015. Solução: REPREENSÃO.

Não bastasse isso, em consulta ao SAJ/SG denota-se que Vítor Hugo Batista foi denunciado na ação penal n. 0027609-89.2013.8.24.0023, por suposta infração aos artigos 301 e 315, c/c art. 311, todos do Código Penal Militar, pela ocorrência dos seguintes fatos:

Conforme consta no incluso inquérito policial militar, deliberadamente deixou o acusado de comparecer à audiência designada nesta Auditoria Militar para o dia 04 de março de 2013, às 14h00min, isso não obstante devidamente cientificado pelo comando imediato acerca da requisição expedida.

Ato contínuo, e uma vez ciente do curso de procedimento administrativo instaurado a fim de investigar a real razão do descumprimento à ordem legal emanada pela Autoridade Militar, fez o denunciado, a fim de esquivar-se à eventual responsabilização disciplinar, usou de uma declaração de comparecimento a posto de saúde materialmente alterada no que tange à data de emissão, apresentando-a no dia 19 de março de 2013 ao 1º Tenente PM Anderson Sthanke.

Cumprir salientar que a falsidade do documento público do qual fez uso o denunciado não está cingida tão somente ao seu conteúdo intelectual, isto é, às informações que nele constam. Trata-se, outrossim, de documento cuja mácula reside em uma alteração material, de sua forma, a partir de uma rasura.

Assim, verificou-se que deixou o acusado de cumprir ordem legal emanada pela Autoridade Militar à qual é subordinado, bem como, em seguida, fez uso de um documento objeto material de anterior crime de falsificação, cujo verbo nuclear não se pode, pela dúvida, ao acusado ser imputado.

Encerrada a instrução, o Conselho de Sentença julgou procedente a denúncia para condenar Vítor Hugo Batista ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, pela infração ao art. 315 c/c art. 311, ambos do Código Penal Militar e ao cumprimento de 30 (trinta) dias de detenção, pela infração ao art. 301, todos do Código Penal Militar.

Irresignado, o referido policial interpôs recurso de apelação que foi parcialmente provido tão

somente para absolver o acusado da imputação do crime de desobediência, nos termos a seguir vertidos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES MILITARES. DESOBEDIÊNCIA E USO DE DOCUMENTO FALSO (CPM, ART. 301 E ART. 315 C/C ART. 311). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA TÉCNICA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA CONSIDERADA IRRELEVANTE PARA O DESLINDE DO FEITO. PRERROGATIVA DO JUIZ, COMO DESTINATÁRIO DA PROVA. MÉRITO. CRIME USO DE DOCUMENTO FALSO. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR QUE O ACUSADO SE VALEU DE DECLARAÇÃO DE COMPARECIMENTO COM DATA ALTERADA COMO FORMA DE JUSTIFICAR SUA AUSÊNCIA EM AUDIÊNCIA PERANTE A AUDITORIA MILITAR. FALSIFICAÇÃO APTA A ENGANAR O HOMEM MÉDIO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 332 DO CPM. INVIABILIDADE. ELEMENTARES DO ART. 315 DO CPM CONFIGURADAS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ACUSADO QUE DEIXOU DE COMPARECER EM AUDIÊNCIA REFERENTE A AÇÃO PENAL EM QUE ERA RÉU. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. AUSÊNCIA QUE ESTÁ SUJEITA A CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS E ADMINISTRATIVAS MAS NÃO É APTA A CONFIGURAR ILÍCITO PENAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. - O juiz é o destinatário da prova, o que lhe confere a prerrogativa de indeferir, de forma fundamentada, aquelas consideradas desnecessárias para o deslinde do feito. - Na hipótese em que a falsidade do documento apresentado pelo recorrente pode ser aferida por diversos elementos do conjunto probatório, não se mostra relevante para o deslinde do feito, a realização de perícia técnica para estabelecer se foi ele quem realmente promoveu a alteração material no documento. - Comete o crime do art. 315 c/c art. 311, ambos do CPM, o agente que apresenta declaração de comparecimento em Posto de Saúde com data alterada, a fim de justificar sua ausência em audiência designada perante a Auditoria Militar. - Não caracteriza o crime de desobediência previsto no art. 301 do CPM a conduta de não comparecer em audiência referente a ação penal diversa na qual o ora acusado também figurava como réu. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovemento do recurso. - Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJSC, Apelação Criminal n. 0027609-89.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 16-02-2017).

Intimado acerca do teor do acórdão, Vítor Hugo interpôs Recurso Especial (1.714.855 – SC) e por meio de consulta ao sítio da Corte Superior, o STJ, através de decisão monocrática de lavra do Ministro Jorge Mussi, negou provimento ao recurso.

Não contente, o policial interpôs agravo regimental, ao qual também foi negado provimento. Em razão disso, foram opostos embargos de declaração, que também foram rejeitados. A decisão transitou em julgado em 2-4-2019 e na mesma data foi determinado o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Reputo a necessidade de mencionar tais informações, porquanto os fatos apurados na respectiva ação penal (0027609-89.2013.8.24.0023) foram praticados **posteriormente à conduta delituosa objeto da presente Representação por Perda de Graduação**, e causa estranheza que a aludida condenação não tenha sido mencionada na certidão emitida pela Corregedoria-Geral da Polícia Militar (fl. 832).

Portanto, diante do conteúdo das informações constantes da certidão de fl. 832, somado à condenação nos autos n. 0027609-89.2013.8.24.0023, não se pode conferir ao representado Vítor Hugo Batista a mesma solução aplicada em relação ao policial Vinícius Moreno Rosa.

Nesse aspecto, é forçoso registrar que os elogios constantes na ficha funcional não têm o condão de ofuscar a reprovabilidade da conduta do representado, pois a reprimenda aplicada na ação penal originária desta Representação por Perda de Graduação não se mostrou suficiente, tendo em vista os atos ilícitos posteriormente praticados, o que caracteriza a incompatibilidade para o exercício de função pública tão nobre, qual seja, de Policial Militar.

Sobre a temática e contextualização das circunstâncias que envolvem a conduta do policial militar, colaciona-se os seguintes julgados desta Corte:

REPRESENTAÇÃO. PERDA DA GRADUAÇÃO DA PRAÇA. POLICIAL MILITAR. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE TORTURA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DO ESTADO. DECLARAÇÃO QUE ATINGE APENAS OS EFEITOS PRINCIPAIS DA PENA. PREFACIAL AFASTADA. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PREENCHIDOS PARA A PERDA DA GRADUAÇÃO. PENALIDADE IMPOSTA SUPERIOR A DOIS ANOS. COMPORTAMENTO INCOMPATÍVEL COM OS PRINCÍPIOS DA CORPORACÃO. FATO QUE NÃO FOI ISOLADO. CONDENAÇÃO POSTERIOR DO REPRESENTADO TAMBÉM PELA PRÁTICA DO DELITO DE TORTURA. FICHA FUNCIONAL QUE APRESENTA OCORRÊNCIA DESABONADORA. PARTICULARIDADES DO CASO QUE DEMONSTRAM VIOLAÇÃO AOS PRECEITOS ÉTICOS E INSTITUCIONAIS EXIGIDOS PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO. DECRETAÇÃO DA PERDA DA GRADUAÇÃO QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA, SEM REPERCUTIR, NO ENTANTO, NA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO CONCEDIDA. OBEDIÊNCIA À PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE. ACOLHIMENTO PARCIAL DO PEDIDO FORMULADO NA REPRESENTAÇÃO. (TJSC, Representação p/ Perda da Graduação n. 0136961-80.2015.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Seção Criminal, j. 26-07-2017).

Do corpo do referido acórdão, importante transcrever o excerto:

“[...] as promoções após a condenação (de soldado para cabo e, posteriormente para sargento) não têm o condão de derribar o entendimento aqui adotado.

Isso porque não se tratou de fato isolado na carreira militar de M. H. de O., tendo em vista que também foi condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática do crime outro crime de tortura (artigo 1º, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 9.455/97) (Apelação Criminal n. 2010.083630-3), fato ocorrido em 2007, após, portanto, o cometimento do delito que motivou o ajuizamento da presente representação.

[...] em que pese o requerido ter registrado 15 elogios e obtido 3 condecorações em ficha de conduta, como alegado, no mesmo documento em que tais registros são apontados constam ‘históricos’ de Justiça e Disciplina e “Situações Diversas”, referindo vinte ocorrências desabonadoras, entre repreensões, detenções, prisões e advertências, bem como alguns processos em que o ora representado figura ou

figurou como réu; estando em tramitação, ainda, contra ele, o feito criminal n. 039.10.007500-0, que tem, como 'assunto', Falsificação de Documento Público (fls. 22-23)." (grifou-se)

PERDA DE GRADUAÇÃO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR CONDENADO PELA PRÁTICA DE TORTURA. PENA IMPUTADA SUPERIOR A 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. EVIDENCIADA A GRAVIDADE DO DELITO, QUE, INCLUSIVE, É EQUIPARADO A HEDIONDO. FICHA FUNCIONAL DA PRAÇA QUE APRESENTA DIVERSAS OUTRAS PUNIÇÕES, BEM COMO CERTIDÃO DANDO CONTA DE DIVERSAS APURAÇÕES CRIMINAIS. INDIGNIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE DE POLICIAL MILITAR. REQUISITO SUBJETIVO SATISFEITO. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE. REQUERIMENTO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR NOMEADO PARA A APRESENTAÇÃO DE DEFESA POR ESCRITO. FIXAÇÃO DE 20 (VINTE) URHS, CONFORME ESTABELECE A LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/97. (TJSC, Perda de Graduação n. 2009.025279-2, de Ibirama, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Seção Criminal, j. 25-02-2010).

Do acórdão, extrai-se:

"[...] Contudo, a ficha funcional do soldado A. S. do N., em que pese apresentar diversos elogios, não demonstra ter sido, a prática do delito de tortura, fato isolado em sua carreira junto à Polícia Militar de Santa Catarina (de aproximadamente onze anos).

Dentre as punições existentes, já excluídas as que são referentes ao fato que deu origem a esta Representação, tem-se 3 (três) detenções, por trabalhar mal em diligências diversas, sendo que uma dela chegou a lesionar um civil; 1 (uma) prisão, por abandonar serviço, sem motivo justificável; e 1 (uma) repreensão por escrito, por ter agredido um cidadão (fls. 382 e 387).

Além do mais, consta da certidão de fl. 164 apurações em que o representado está sendo processado por diversos delitos, alguns de natureza semelhante, tais como lesões corporais, abuso de autoridade e vias de fato.

Assim, diante da infração cometida e da ficha funcional apresentada, constata-se que o representado A. S. do N. não possui qualquer preparação para o exercício da função pública que lhe foi atribuída, pois sua conduta está longe da moralidade exigida de um policial militar. [...]" (grifou-se)

REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DE GRADUAÇÃO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE PRESCRIÇÃO COM BASE NO ART. 14 DA LEI N. 5.209/76 - INAPLICABILIDADE - DISPOSITIVO APLICADO SOMENTE NA ESFERA ADMINISTRATIVA - CONSELHO DISCIPLINAR NÃO DETÉM COMPETÊNCIA PARA DECRETAR, EM CARÁTER ACESSÓRIO, PERDA DE GRADUAÇÃO DECORRENTE DE CRIME MILITAR - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ART. 125, § 4º, DA CF - TESE AFASTADA. PRETENDIDA SUSPENSÃO DO FEITO, EM RAZÃO DE PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA RESERVA REMUNERADA A SER ANALISADO PELA PMSC - INADMISSIBILIDADE - FATO QUE NÃO POSSUI RELEVÂNCIA PARA O JULGAMENTO DA REPRESENTAÇÃO POR ESTA CORTE. SARGENTO DA POLÍCIA MILITAR CONDENADO POR INFRAÇÃO AO ART. 305 DO CPM À PENA DE 2 (DOIS) ANOS E 4 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO - REQUISITO OBJETIVO CARACTERIZADO - INDIGNIDADE E INCOMPATIBILIDADE COM OS

DEVERES FUNCIONAIS DOS POLICIAIS MILITARES - DELITO QUE DEMONSTRA INEFICIÊNCIA E IMPROBIDADE NA FUNÇÃO QUE LHE FOI ATRIBUÍDA - REQUISITO SUBJETIVO COMPROVADO - EXEGESE DO ART. 142, § 3º, VI e VIII, DA CF. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE. (TJSC, Perda de Graduação n. 2008.010385-0, da Capital, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, Seção Criminal, j. 30-04-2009).

Da fundamentação, destaca-se:

“[...] Acrescente-se ainda, a ficha funcional (fls. 100/134) do representado está longe da moralidade exigida a um policial militar. Note-se:

O representado possui punição administrativa, por desrespeitar regras de trânsito e condenação pelo crime militar de concussão, previsto no art. 305, caput, CPM c/c art. 71 do CP. (fls. 100,107 e 108).

Além disso, sofreu repreensão por diversas vezes, por comentários desairosos a decisões do capitão do Batalhão (fl. 127); desobediência aos seus superiores (fl. 127/128, chegadas tardias (fl. 128); ausência ao serviço e perturbação sonora em bar de sua propriedade (fl. 129).

Não sendo suficiente, foi detido em várias ocasiões, em virtude de transitar no pátio do batalhão em velocidade acima da permitida (fl. 127); ingerir bebida alcoólica no alojamento dos Sargentos (fl. 128); utilizar viatura da polícia sem permissão (fl. 128); jogar sinuca e faltar com a verdade enquanto estava a disposição da polícia militar (fl. 128); transitar com veículo próprio, com placas falsas (fl. 128); deixar de cumprir ordens (fl. 129) e disparar arma de fogo acidentalmente, em sua residência (fl. 129).

Por fim, ainda depreende-se de sua ficha funcional que foi preso disciplinarmente por duas vezes, por embriagues, desordem e desrespeito as regras de trânsito, sem contar as inúmeras advertências e anotações por mau comportamento (fls. 128/130/131).

Desse modo, diante da infração cometida, bem como ficha funcional apresentada, constata-se que o representado não possui qualquer preparação para o exercício da função pública que lhe foi atribuída, pois sua conduta revela-se antiética e incompatível com os deveres funcionais dos policiais militares. [...].” (grifou-se)

Acrescenta-se entendimento do Superior Tribunal Militar:

REPRESENTAÇÃO PARA DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/INCOMPATIBILIDADE PARA O OFICIALATO. OFICIAL CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE ESTELIONATO EM DETRIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. CONDUTA ATENTATÓRIA AOS PRECEITOS BASILARES DA ÉTICA MILITAR E, EM ÚLTIMA ANÁLISE, AO PUNIDOR E AO DECORO DA CLASSE. ACOLHIMENTO DA REPRESENTAÇÃO, DECLARANDO O MILITAR INDIGNO PARA O OFICIALATO E DETERMINANDO A PERDA DE SEU POSTO E DE SUA PATENTE. O pressuposto, inclusive de raiz constitucional, para que o Oficial seja submetido a julgamento de indignidade/incompatibilidade para o oficialato é o de que tenha sido condenado à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado (Constituição Federal, artigo 142, incisos VI e VII). Hipótese em que o militar foi condenado pela prática do crime de Estelionato, em detrimento da Administração, à pena privativa de liberdade superior a dois anos, o que impõe a sua submissão ao julgamento pelo Superior

Tribunal Militar para que se avalie se, em razão dessa condenação, permanece ou não reunindo as condições indispensáveis para perseverar ostentando o posto e a patente de Oficial do Exército Brasileiro. Caso em que o proceder do Representado não pode ser visto senão como significativamente atentatório aos preceitos basilares da ética militar, notadamente dos que lhe impunham amar a verdade e a responsabilidade como fundamento da dignidade pessoal, exercer com probidade e honestidade as suas funções, cumprir as leis e os regulamentos militares, proceder de maneira ilibada no exercício de sua chefia e abster-se de fazer uso de seu posto para obter indevidas vantagens pessoais, restando, destarte, feridos os preceitos elencados nos itens I, II, IV, XIII, XVI e XVII do art. 28 da Lei nº 6.880/80 e, em última análise, o pundonor e o decoro da classe. Acolhimento da Representação, declarando o militar indigno para o oficialato e determinando a perda de seu posto e de sua patente, nos termos do artigo 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição Federal. Unânime. (Superior Tribunal Militar. Representação p/ Declaração de Indignidade/Incompatibilidade nº 0000151-80.2017.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) LUIS CARLOS GOMES MATTOS. Data de Julgamento: 28/08/2018, Data de Publicação: 13/09/2018)

E ainda, do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo:

POLICIAL MILITAR – REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DE GRADUAÇÃO – CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO CRIME DE PECULATO-FURTO - ENTENDIMENTO EXTERNADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A RESPEITO DA PARTE FINAL DO ART. 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – JULGAMENTO QUE SE ATÉM À APRECIÇÃO DO CRIME PRATICADO PERMITIR OU NÃO A MANUTENÇÃO DA GRADUAÇÃO DO REPRESENTADO – DECISÃO CONDENATÓRIA POR DELITO CUJA NATUREZA REVELA CONDUTA DESONROSA E OFENSIVA AO DECORO PROFISSIONAL - RECONHECIMENTO DA INDIGNIDADE E DA INCOMPATIBILIDADE COM A MANUTENÇÃO DA GRADUAÇÃO DE PRAÇA – REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE – PRECEDENTE EXPULSÃO DO REPRESENTADO – DECISÃO DE PERDA DA GRADUAÇÃO QUE DEVE TER SUA EXECUÇÃO SUSPensa COM O DEVIDO REGISTRO PELA ADMINISTRAÇÃO. O fato de o representado não possuir antecedentes que o desabonem não tem o condão de elidir a gravidade da conduta. A prática de crime de peculato-furto é conduta desonrosa e ofensiva ao decoro profissional que torna incompatível a manutenção da graduação de seu autor. A precedente expulsão do representado implica a suspensão da decisão que julga procedente a representação para perda da graduação, cabendo à Administração tão somente os respectivos registros para resguardo de futuro interesse público. PERDA DE GRADUACAO DE PRACA Nº 001789/2018 (Feito nº 071884/2014 1a AUDITORIA), Relator: FERNANDO PEREIRA, Órgão Julgador: Pleno, julgado em 6-2-2019, TJMSP)

POLICIAL MILITAR – CONDENAÇÃO – PECULATO - REPRESENTAÇÃO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PARA EVENTUAL DECRETAÇÃO DA PERDA DE GRADUAÇÃO DO REPRESENTADO E SUA EXCLUSÃO DOS QUADROS DA POLÍCIA MILITAR – ALEGAÇÃO DEFENSIVA DE PRIMARIEDADE E VIDA FUNCIONAL EXEMPLAR NÃO MACULOU O PUNDONOR MILITAR – REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE Policial militar condenado pela prática do crime de peculato (art. 303, § 1º CPM) teve a condenação transitada em julgado. O D. Procurador de Justiça, nos termos do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, e art. 81, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo, propôs a instauração do feito para a devida análise da repercussão da condenação criminal no âmbito do pundonor militar. A higeidez do feito principal evidenciou que a grave conduta do representado maculou o decoro militar, objeto desta representação e, diante da impossibilidade de se reexaminar o mérito da condenação criminal precedente, decreta-se a perda

de sua graduação e a cassação de eventuais medalhas, láureas e condecorações outorgadas, com o devido registro nos seus assentamentos individuais. (REPRESENTAÇÃO P/ PERDA DA GRADUAÇÃO Nº 0900329-13.2017.9.26.0000, Relator:PAULO ADIB CASSEB, Órgão Julgador: Pleno, julgado em 11-7-2018)

Do Tribunal Penal Militar do Estado do Rio Grande do Sul, colaciona-se:

REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DA REPRESENTAÇÃO. CONDENAÇÃO. ESTELIONATO. ARTIGO 251 CÓDIGO PENAL MILITAR. TENTATIVA. ART. 30, II, CÓDIGO PENAL MILITAR. COAUTORIA, ART. 53, CAPUT. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ARTIGO 312 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. POLICIAL MILITAR DEFINITIVAMENTE CONDENADO À PENA DE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. As disposições do artigo 125 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar/RS estão em perfeita harmonia com os preceitos insertos na Constituição da República Federativa do Brasil, e, ainda, com a uníssona jurisprudência desta Corte Militar e do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual sucumbe a tese defensiva de sua inconstitucionalidade, e, conseqüentemente, ao fazê-lo, pelos mesmos fundamentos estão afastados os argumentos de afronta ao artigo 22 da Constituição Federal, de necessidade de regulamentação do artigo 124, § 4º, do Diploma Maior, e, ao fim, de ilegitimidade ativa do Ministério Público. MÉRITO. REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DA GRADUAÇÃO ACOLHIDA. CONSEQUENTE EXCLUSÃO DA CORPORACÃO. A representação para perda da graduação das praças da Brigada Militar trata-se de um processo especial instaurado após o trânsito em julgado de uma condenação criminal na Justiça Militar estadual à pena restritiva de liberdade superior a dois anos, destinado a aferir a conveniência ou não da aplicação da pena assessória, prevista nos artigos 98, inc. IV, e 102, ambos do Código Penal Militar. Essa pena assessória, antes automática, passou, em decorrência do disposto no art. 125, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, a depender de uma decisão deste Tribunal. Vale dizer, a natureza do presente procedimento não comporta reexame da matéria fática, cuja análise foi esgotada ou transcorreu em branco no julgamento da apelação criminal. O exame do pedido da representação para perda da graduação deve observar o eventual comprometimento ético do miliciano e suas condições de permanecer nas fileiras da Brigada Militar. Caso concreto em que a conduta do representado e o seu desonroso proceder afeta irremediavelmente o decoro da classe. Na espécie, o representado violou os preceitos da ética e os deveres policiais militares, estatutariamente assumidos, desmerecendo a confiança do Estado e da sociedade, sendo imperioso, pois, o seu desligamento da Corporação. PRELIMINARES REJEITADAS À UNANIMIDADE. REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DA GRADUAÇÃO ACOLHIDA. MAIORIA. (TJM/RS. REPRESENTAÇÃO DA PERDA DA GRADUAÇÃO 1000165/2017 RELATOR: JUIZ-MILITAR SERGIO ANTONIO BERNI DE BRUM. DATA DE JULGAMENTO: 27/09/2017).

CONDENAÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A DOIS ANOS. PERDA DA GRADUAÇÃO – REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DEFERIDA. 1. Os crimes pelos quais o representado foi definitivamente condenado, somados à grave traição aos princípios éticos e aos deveres impostos pelo regime jurídico que vincula os agentes aos órgãos do sistema constitucional de segurança pública impõe o deferimento da representação. O representado na condição de policial militar do serviço ativo da Brigada Militar, com as condutas pelas quais foi condenado, violou o dever geral de probidade, os preceitos da ética policial militar previstos no artigo 25, incisos II, V, VIII, XIII e XVII, e os deveres policiais militares previstos no artigo 29, inciso III e V, ambos da Lei Complementar nº 10.990/1997. 2. Com efeito, sabidamente, o trânsito em julgado da ação criminal é condição de procedibilidade da representação para a perda da graduação. Ocorre que, no caso dos autos, inexistente qualquer elemento que oponha as certidões de trânsito em julgado de ambas as condenações do representado. 3. Representação

julgada precedente, para declarar a perda da graduação do representado, com a conseqüente exclusão da Brigada Militar, prejudicada em razão da decisão do Conselho de Disciplina. 4. Decisão unânime. (TJM/RS Representação p/ Perda da Graduação - 1001922/2015, Relator: Juiz Militar Antonio Carlos Maciel Rodrigues, Data de Julgamento 30-3-2016)

E do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia:

Representação pela perda da graduação. Policial militar. Crime militar. Peculato. Requisitos objetivo e subjetivo preenchidos. Condenação superior a dois anos. Desrespeito aos deveres morais. Aplica-se a pena de perda da graduação ao militar condenado pela prática de crime militar de peculato, ante o preenchimento do requisito objetivo, haja vista a condenação à pena privativa de liberdade superior a dois anos e do requisito subjetivo, pois o fato imputado ao representado é grave e maculou a imagem da instituição. Representação p/Perda da Graduação, Processo nº 0005863-21.2018.822.0000, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 1ª Câmara Criminal, Relator(a) do Acórdão: Des. Valter de Oliveira, Data de julgamento: 14/03/2019

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso já decidiu:

REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DA GRADUAÇÃO – PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR – CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE PECULATO-FURTO – RECONHECIMENTO DA INDIGNIDADE PARA O EXERCÍCIO DO CARGO DE POLICIAL MILITAR – REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE.

A prática do crime de peculato-furto, valendo-se da condição de policial militar, pelo qual foi condenado à pena privativa de liberdade de três anos de reclusão, é conduta que não se coaduna com o cargo desempenhado, caracterizando ofensa ao decoro da classe e à honra militar, que autorizam a decretação da indignidade e conseqüente perda da graduação . Precedentes.

(TJMT, Representação para perda da graduação n. 0130941-36.2015.8.11.0000, , ORLANDO DE ALMEIDA PERRI, TRIBUNAL PLENO, Julgado em 28/07/2016, Publicado no DJE 03/08/2016)

Cumprе assinalar ainda que a sociedade espera de um policial militar, acima de tudo, responsabilidade para com os seus atos, para que possa servir de exemplo aos seus pares, estimulando-os a ter uma vida honesta, dedicada à proteção da vida, do patrimônio das pessoas, enfim, à segurança pública, em geral.

Nesse viés, como bem ressaltou o Subprocurador de Justiça (fl. 774):

Não há dúvidas, pois, que o militar que comete crime de peculato previsto no Código Penal Militar (artigo 303, § 2º), não possui as qualidades morais e éticas necessárias para o exercício da atividade militar, sendo indigno de pertencer à instituição, porquanto descumprе os valores, a ética e os deveres funcionais previstos nos artigos 28 e 29 do Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina.

Desse modo, diante da conduta delituosa e circunstâncias acima elencadas, entende-se imperioso o acolhimento da Representação para a Perda de Graduação para determinar a exclusão de Vítor Hugo Batista dos quadros da Polícia Militar de Santa Catarina.

Ante o exposto, voto no sentido de: **a)** julgar improcedente a representação por Perda de Graduação em relação ao representado Vinícius Moreno Rosa; **b)** acolher a Representação para a Perda de Graduação para determinar a exclusão de Vítor Hugo Batista dos quadros da Polícia Militar de Santa Catarina.

Este é o voto.

Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 0000331-41.2020.8.24.0000, de Tubarão

Relator: Des. Luiz Cesar Schweitzer

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (LEI 11.343/2006, ART. 33, *CAPUT*, COMBINADO COM § 4º). SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESACOLHIMENTO DE PRETÉRITO INCONFORMISMO. MANUTENÇÃO DO MODO SEMIABERTO PARA RESGATE INICIAL DA SANÇÃO E DA IMPOSSIBILIDADE DE SUA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS EM JULGADO NÃO UNÂNIME.

OBJETIVADA PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO MINORITÁRIO PELO ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E PERMUTA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR REPRIMENDAS ALTERNATIVAS. DESCABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DO TÓXICO APREENDIDO QUE OBSTAM O ACOLHIMENTO DO PLEITO. RÉU PRIMÁRIO, DETENTOR DE BONS ANTECEDENTES E PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. MODO SEMIABERTO, CONTUDO, QUE MELHOR SE ADEQUA À ESPÉCIE. SUBSTITUIÇÃO DO CASTIGO CORPORAL QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

“- É possível negar a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos quando, a despeito da utilização da quantidade e natureza das drogas apenas para a modulação do tráfico privilegiado, estiverem presentes circunstâncias fáticas a demonstrar maior periculosidade da conduta, de modo a não traduzir o regime mais brando e o benefício do art. 44 do Código Penal medidas socialmente recomendáveis, nos termos do verbete 719 da súmula de jurisprudência do STF e art. 33, § 3º, do Código Penal” (TJSC, Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 0001430-51.2017.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 28-2-2018).

EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 0000331-41.2020.8.24.0000, da comarca de Tubarão (1ª Vara Criminal), em que é embargante Lucas Bandeira de Jesus e embargado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

O Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos embargos infringentes e, por maioria de votos, rejeitá-los, vencida a Exma. Sra. Des. Salete Silva Sommariva, que os acolhia. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de junho de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Getúlio Corrêa, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Salete Silva Sommariva, Carlos Alberto Civinski, Ernani Guetten de Almeida, Sidney Eloy Dalabrida, Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva e Luiz Antônio Zanini Fornerolli.

Representou o Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Ernani Dutra.

Florianópolis, 25 de junho de 2020.

Luiz Cesar Schweitzer

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes opostos por Lucas Bandeira de Jesus em face de acórdão lavrado na Apelação Criminal n. 0000331-41.2020.8.24.0000, da relatoria do eminente Desembargador Norival Acácio Engel, julgada em 3-3-2020, oportunidade em que a colenda Segunda Câmara Criminal da Corte, por votação unânime, conheceu do recurso pelo próprio interposto, corrigiu, de ofício, erro material na parte dispositiva da sentença, bem como afastou a elevação da pena na primeira etapa do dimensionamento, e, por maioria de votos, negou-lhe provimento, vencida a Desembargadora Salete Silva Sommariva, que lhe dava parcial provimento para abrandar o regime inicial de resgate da reprimenda corporal e substituí-la por restritivas de direitos.

Sustenta o embargante que merece prevalecer a posição minoritária, uma vez que os requisitos para a fixação do modo inicialmente aberto para cumprimento do castigo corporal e para a sua permuta por sanções alternativas se encontram devidamente preenchidos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça Rogério Antônio da Luz Bertoncini, opinou pelo conhecimento e rejeição do reclamo.

É o relatório.

VOTO

Presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, conhece-se do inconformismo e passa-se à análise do seu objeto.

Inicialmente, cumpre ressaltar que os embargos infringentes têm cabimento contra decisões não unânimes proferidas pelos Tribunais quando do julgamento de apelações e recursos em sentido estrito, incluso, para alguns, o controvertido agravo em execução, nos termos do art. 609, parágrafo único, do CPP, *in verbis*:

Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se

embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

De igual forma, prescreve o Regimento Interno da Corte: “Art. 305. Interpostos embargos infringentes e de nulidade, o recurso será autuado e distribuído a novo relator entre os integrantes de um dos grupos de direito criminal, sempre que possível para desembargador que não participou do julgamento anterior”.

A respeito do assunto, André Nicolitt esclarece:

Trata-se de recurso exclusivo da defesa, só podendo ser interposto em favor do acusado, pois o princípio processual que o impulsiona é o do *favor rei*. Fala-se em *embargos infringentes* quando surgem em razão de divergência sobre o mérito [...].

Os embargos infringentes são cabíveis contra acórdãos proferidos em julgamento de apelações e recurso em sentido estrito e, para alguns, contra os acórdãos proferidos nos agravos da execução. [...].

O pressuposto para a admissão dos embargos infringentes é a divergência em favor da defesa, ou seja, é cabível contra acórdãos não unânimes em que o voto vencido favorecia o réu. A divergência pode se dar em relação a qualquer aspecto da decisão, seja a totalidade ou parte da questão de mérito, seja em razão de questões processuais. [...] (*Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 953-954).

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, discorre sobre a sua conceituação:

3. Conceito de embargos infringentes e de nulidade: trata-se de recurso privativo da defesa, voltado a garantir uma segunda análise da matéria decidida pela turma julgadora, por ter havido maioria de votos e não unanimidade, ampliando-se o *quorum* do julgamento. Assim, o recurso obriga que a câmara seja chamada a decidir por completo e não apenas com os votos dos magistrados que compuseram a turma julgadora. [...]. A segunda chance conferida ao acusado é salutar, uma vez que se trata de interesse individual, ligado à ampla defesa, com todos os recursos a ela inerentes. [...] (*Código de processo penal comentado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1.338).

Feito o registro, infere-se que Lucas Bandeira de Jesus foi denunciado como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, combinado com art. 40, III, ambos da Lei 11.343/2006, pela prática do fato delituoso assim narrado:

No dia 09 de novembro de 2016, aproximadamente às 18 horas, o denunciado **Lucas Bandeira de Jesus**, com vontade livre e consciente, e ânimo de guardar, trazer consigo, expor à venda e vender a consumo alheio substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física e/ou psíquica, estava deixando

sua residência, na Rua Paulo Luiz Gomes, n. 2570, bairro Oficinas, Tubarão/SC, com o intuito de fazer a distribuição de entorpecentes sintéticos.

Neste momento, abordado pela Autoridade Policial, em revista no veículo utilizado pelo denunciado - GM/Astra de cor prata e placas MNT 5403 - , foram localizadas no banco do carona três embalagens plásticas, as quais continham um total de 55 (cinquenta e cinco) comprimidos semelhantes a ecstasy, com a inscrição “Gold” em cada um, que o denunciado **Lucas Bandeira de Jesus** transportava sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Diante disso, a Polícia Militar realizou buscas na residência daquele, onde foram encontrados mais 111 (cento e onze) comprimidos semelhantes aos localizados no automóvel, acondicionados em dois envólucros, um de cor azul contendo 11 (onze) porções da droga, e outro transparente com as demais 100 (cem) frações de entorpecentes, que o denunciado **Lucas Bandeira de Jesus** guardava em sua residência sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Além disso, restou apurado pela Agência de Inteligência do 5º Batalhão da Polícia Militar de Tubarão que o denunciado **Lucas Bandeira de Jesus** realizava a narcotraficância, preponderantemente, por meio de encomendas de drogas recebidas por aplicativos de mensagens instantâneas em seu celular, realizando a distribuição da mesma em festas e eventos realizados na região, especialmente em diversões envolvendo a execução de música eletrônica, fazendo uso de seu veículo GM/Astra de cor prata e placas MNT 5403.

Evidente, pois, que o denunciado **Lucas Bandeira de Jesus** guardava, transportava, expunha à venda, e vendia a consumo alheio, substâncias entorpecentes capazes de causar dependência física e/ou psíquica em seus usuários, isto, em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Registre-se, por fim, que as substâncias apreendidas são consideradas substâncias tóxicas entorpecentes capazes de causar dependência física e/ou psíquica, proibidas em todo o Território Nacional, por disposição da Portaria n. 344, de 12.05.1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, atualizada pela RDC n. 63, de 27.09.2007, estando enquadrada na Lista F1 (Lista das Substâncias Entorpecentes de uso proscrito no Brasil), da mesma Portaria (*sic*, fls. 101-102 da apelação criminal).

Encerrada a instrução, o Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido formulado na inicial acusatória para condená-lo às penas de dois anos de reclusão, a ser resgatada em regime inicialmente semiaberto, e pagamento de trezentos dias-multa, individualmente arbitrados à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato, por infração ao preceito do art. 33, *caput*, combinado com o respectivo § 4º, da Lei de Drogas.

Contudo, após recurso interposto pelo acusado, “a Segunda Câmara Criminal decidiu, por maioria, conhecer do recurso, negar-lhe provimento e, de ofício, corrigir erro material constante do Dispositivo, bem como afastar a exasperação na primeira etapa do cálculo dosimétrico, readequando a reprimenda nos termos da fundamentação, vencida em parte a Excelentíssima Desembargadora Salete Silva Sommariva que dava parcial provimento ao recurso” (*sic*, fls. 270 da apelação criminal).

Extrai-se do respectivo acórdão, constante a fls. 269-277 do processo principal:

Não obstante a irresignação defensiva, tem-se que os elementos trazidos aos autos recomendam a manutenção do regime inicial semiaberto, sobretudo em razão da expressiva quantidade de estupefacientes

apreendida com o Recorrente.

Mutatis mutandis, colhe-se posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no AgRg no Habeas Corpus n. 547.049/SP, de Relatoria do Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), julgado em 11/02/2020:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. [...] REGIME DIVERSO DO FECHADO. DESCABIMENTO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS UTILIZADA COMO FUNDAMENTO PARA FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] III - Quanto ao regime prisional, a **quantidade de entorpecentes apreendidos, foi utilizada como fundamento a ensejar a aplicação do regime mais danoso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte**, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/06. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 547.049/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (grifou-se))

Pelos mesmos fundamentos, não se mostra recomendável a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, uma vez que a elevada quantidade de entorpecente apreendida demonstra ser insuficiente à reprovação da conduta criminosa.

Acerca do assunto, tem-se do Superior Tribunal de Justiça o HC 420.553/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/04/2018, DJe 30/04/2018.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO, PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E NOCIDIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO ESCOLHIDA. REPRIMENDA MANTIDA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. FRAÇÃO REDUTORA INTERMEDIÁRIA, TENDO EM VISTA A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NOCIDIDADE DA DROGA. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] Na espécie, porém, embora adimplido o requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP, a nocividade e quantidade dos entorpecentes apreendidos não recomendam a substituição da pena, nos termos do inciso III do art. 44 do CP, circunstância que foi ressaltada pelo Tribunal a quo. Precedentes. Habeas corpus não conhecido. (grifou-se)

Ainda, deve ser mantido o valor individual dos dias-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos (*sic*, fls. 275-276).

O voto vencido, outrossim, aborda enfoque diverso acerca da questão, entendendo pelo preenchimento dos requisitos necessários à fixação do regime inicialmente aberto para resgate da reprimenda privativa de liberdade e a sua substituição por restritivas de direitos. Destacou, naquela oportunidade:

Dissenti em parte da douta maioria quanto ao regime e à possibilidade de substituição da reprimenda.

Isso porque a primeira fase da dosimetria da pena foi toda favorável, o acusado tem também a seu favor as atenuantes preponderantes da confissão e da menoridade, que de nada lhe serviram, ante a Súmula n. 231, e recebeu a benesse atinente ao tráfico privilegiado.

Deixá-lo no regime semiaberto, com uma pena de 2 anos e 6 meses, ou mesmo negar-lhe a substituição não me parece razoável. Conquanto a quantidade de drogas não seja pequena (200 comprimidos de ecstasy), ela também não é absurda. E a quantidade já serviu para dosar a fração do tráfico privilegiado. Levando-se em conta tais fatores, e porque seria contraproducente deixar o acusado no regime semiaberto por tão pouco tempo, servindo esse íterim apenas para dar a ele contato com outros criminosos mais perigosos, é que me parece que a medida socialmente mais recomendável seria a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena.

Diante desse quadro, votei no sentido de abrandar o regime inicial e possibilitar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta em seu menor patamar (*sic*, fls. 278 da apelação criminal).

Posteriormente, o acusado opôs embargos de declaração, sustentando a impossibilidade, na hipótese vertente, de ajuste de ofício quanto ao dimensionamento da reprimenda, em observância ao princípio da *non reformatio in pejus*, os quais restaram acolhidos, conduzindo a sanção corporal ao patamar de dois anos de reclusão, tal como estabelecido em primeiro grau.

Constata-se, pois, que a divergência reside na possibilidade de abrandamento do modo inicial de cumprimento do castigo corporal e a sua permuta por sanções alternativas.

Todavia, razão não lhe assiste.

Inicialmente, destaca-se que o Magistrado singular fundamentou a fixação do regime semiaberto para resgate inicial da sanção privativa de liberdade e a impossibilidade de substituí-la nos seguintes termos:

Na fixação de regime, atendo-me a circunstancia preponderante da quantidade do art. 42. Fixo o regime semiaberto para o cumprimento da pena, em que pese o quantum aplicado. Dia-multa no mínimo legal. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito ou 'sursis' em razão da circunstancia do crime, porque foram apreendidos muitos comprimidos de ecstasy, a lesividade da ação é extensa, atinge quase duas centenas de usuários, se consumidos individualmente os comprimidos, a demonstrar a periculosidade da conduta (sic, fls. 199).

Entretanto, consoante relatado, o pronunciamento colegiado afastou, de ofício, o sopesamento desfavorável da quantidade da droga, dada a ocorrência de *bis in idem*, porquanto utilizada a mesma circunstância para modular o patamar de incidência da causa de especial diminuição prevista no § 4º do apontado art. 33.

Nada obstante, restou mantido o modo inicial de cumprimento da pena, tal qual foi conservada a sentença de primeiro grau no tocante à inviabilidade de aplicação de sanções alternativas.

Destaca-se que o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes com a referida causa de especial diminuição da pena, no que se refere ao regime prisional, submete-se às regras do Código Penal, nos seguintes termos:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: [...]

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código [...] (*sic*).

Na situação em apreço, a despeito de a pena haver sido dimensionada em patamar inferior a quatro anos, o que, se considerado de maneira isolada, autorizaria a estipulação do regime inicialmente aberto, e muito embora tenha sido afastada na decisão objurgada a valoração negativa da quantidade do tóxico capturado, em razão da configuração de vedado *bis in idem*, certo é que tal circunstância não pode ser desconsiderada na fixação do modo inicial de resgate do castigo corporal, porquanto a apreensão de cento e sessenta e seis comprimidos de *ecstasy* (fls. 32) é suficiente para indicar a necessidade do estabelecimento de regime mais gravoso, tendo em vista ser mais adequado à repressão da conduta perpetrada.

Outro não é o entendimento deste Areópago:

REVISÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÁFICO (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06) – DOSIMETRIA – TERCEIRA FASE – PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO QUE IMPEDEM A REDUÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO.

[...]

MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA E SUBSTITUIÇÃO

DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE, FRENTE À NATUREZA E QUANTIDADE DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS.

Tanto a fixação de regime inicial mais gravoso quanto a negativa em substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito são permitidas quando se mostrarem como as medidas mais razoáveis à prevenção e à repressão da conduta praticada, especialmente se consideradas a natureza e quantidade das substâncias apreendidas.

REVISÃO CRIMINAL NÃO ACOLHIDA (Revisão Criminal n. 4010734-40.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 25-4-2018).

Da mesma maneira, não prospera o pedido de substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dispõe o art. 44 da Lei Substantiva Penal que:

As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [...]

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente [...]

Embasando-se nesta última parte do dispositivo em comento, o *decisum* rebatido destacou que “[...] não se mostra recomendável a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, uma vez que a elevada quantidade de entorpecente apreendida demonstra ser insuficiente à reprovação da conduta criminoso” (*sic*, fls. 276), prosseguindo com a apresentação de precedente do Superior Tribunal de Justiça para alicerçar a sua compreensão.

Como visto, malgrado o sopesamento desfavorável da quantidade da droga haja sido excluído quanto do julgamento da apelação criminal, tal providência foi embasada na observância ao princípio do *non bis in idem*, de modo que a porção de entorpecentes capturada não deixou de ser considerada vultosa, o que indica que a substituição da sanção não se apresenta recomendável na hipótese vertente.

Dessarte, diante da ausência das condições do inciso III acima transcrito, inviável a permuta almejada.

Em situação semelhante, já decidiu este Órgão Fracionário:

EMBARGOS INFRINGENTES (CPP, ART. 609, PARÁGRAFO ÚNICO). CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ACÓRDÃO QUE, POR VOTAÇÃO UNÂNIME, MANTÉM A CONDENAÇÃO E CONCEDE A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006, CONTUDO, POR MAIORIA DE VOTOS, APLICA FRAÇÃO REDUTORA DE 1/3, FIXA REGIME SEMIABERTO E NEGA

A SUBSTITUIÇÃO TRATADA NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL.

[...]

SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. BENEFÍCIO QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

- É adequada e proporcional a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em patamar diferente do máximo quando houver apreensão de drogas sintéticas com significativo potencial nocivo, ainda que a quantidade não seja expressiva, aliada às circunstâncias do caso que possam denotar certa intimidade do agente com o narcotráfico, distinguindo-o do traficante ocasional, de primeira viagem.

- É possível negar a fixação do regime aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos quando, a despeito da utilização da quantidade e natureza das drogas apenas para a modulação do tráfico privilegiado, estiverem presentes circunstâncias fáticas a demonstrar maior periculosidade da conduta, de modo a não traduzir o regime mais brando e o benefício do art. 44 do Código Penal medidas socialmente recomendáveis, nos termos do verbete 719 da súmula de jurisprudência do STF e art. 33, § 3º, do Código Penal.

[...] (Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 0001430-51.2017.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 28-2-2018).

Por tais razões, irretocável o voto vencedor, tendo em vista a demonstração, de maneira inequívoca, da impossibilidade de substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, bem assim que a adoção do regime inicialmente semiaberto para o seu resgate é a medida mais adequada à hipótese dos autos.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer dos embargos infringentes e rejeitá-los.

Revisão Criminal n. 4000707-56.2020.8.24.0000, Joinville

Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I, II E VI, C/C § 7º, III, NA FORMA DO ART. 29, TODOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90). SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL.

JUSTIÇA GRATUITA. AÇÃO AUTÔNOMA DE IMPUGNAÇÃO ISENTA DE CUSTAS. NÃO CONHECIMENTO.

“A ação revisional não possui ônus processual, motivo pelo qual é descabido o pedido de justiça gratuita” (Revisão Criminal n. 4013779-47.2019.8.24.0000, de Pinhalzinho, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. em 30/10/2019).

PEDIDO REVISIONAL. DOSIMETRIA. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA CONDUTA SOCIAL. DESVALORAÇÃO DEVIDO A CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA À ÉPOCA DAS DECISÕES. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA QUE NÃO AUTORIZA REVISÃO DA COISA JULGADA. PENA MANTIDA.

Uma vez que, ao tempo das decisões prolatadas, a jurisprudência majoritária permitia a majoração da pena-base por conta da negatização da conduta social com base em condenações pretéritas transitadas em julgado, sob pena de subversão à coisa julgada e ao princípio da segurança jurídica, não se pode admitir o deferimento de pedido revisional a pretexto da alteração da compreensão jurisprudencial acerca do tema.

ALEGAÇÃO DE INCREMENTO INDEVIDO DA PENA-BASE PELA NEGATIVAÇÃO DOS VETORES CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INIDONEIDADE DO FUNDAMENTO COM BASE NA FALTA DE REFERÊNCIA DESSAS CIRCUNSTÂNCIAS NA DENÚNCIA, PRONÚNCIA E NA QUESITAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE NÃO CONSTITUEM ELEMENTO ESSENCIAL DA DENÚNCIA, BEM COMO NÃO DEVEM CONSTAR DA PRONÚNCIA E DA QUESITAÇÃO. PRETENSÃO AFASTADA.

As circunstâncias do crime e suas consequências, previstas no art. 59 do Cód. Penal, não constituem elementos do tipo penal, de modo que a ausência de referência expressa na denúncia não configura qualquer nulidade.

A decisão de pronúncia, relativamente às circunstâncias, deve-se limitar à especificação das qualificadoras e das causas de aumento de pena, não devendo nela contemplar circunstâncias judiciais, agravantes ou atenuantes.

As circunstâncias judiciais (art. 59 do Cód. Penal), por não integrarem o tipo penal, nem constarem da pronúncia, não devem ser objeto de quesitação a ser submetida aos jurados.

IMPUGNAÇÃO DO AUMENTO DE PENA APLICADO EM RAZÃO DO INCISO III DO § 7º DO ART. 121 DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE DESCRIÇÃO NA INICIAL PENAL, PREVISÃO NA PRONÚNCIA E QUESITAÇÃO ESPECÍFICA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA QUE, NO ENTANTO, FOI DESCRITA NA DENÚNCIA, PREVISTA NA PRONÚNCIA E DEVIDAMENTE QUESITADA. ALEGAÇÃO DE MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA.

Estando a causa de aumento de pena devidamente descrita na denúncia, sendo posteriormente admitida pela pronúncia, é obrigatória sua quesitação na forma do disposto no art. 483, V, do Cód. de Proc. Penal.

SUSTENTADA INCOMPATIBILIDADE ENTRE AS QUALIFICADORAS DO MOTIVO TORPE E

FEMINICÍDIO. RECLAMADA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO ART. 121, § 2º, VI, DO CÓD. PENAL, SOB PENA DE *BIS IN IDEM*. CUMULATIVIDADE CABÍVEL. NATUREZA JURÍDICA DISTINTA DAS QUALIFICADORAS. PEDIDO INCABÍVEL.

Na medida em que a qualificadora do feminicídio ostenta natureza objetiva, vez que está relacionada à condição especial da vítima, não há falar-se em incompatibilidade no reconhecimento conjugado com a qualificadora do motivo torpe.

REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, INDEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4000707-56.2020.8.24.0000, da comarca de Joinville 1ª Vara Criminal em que é Requerente Antonio Neto Borges de Sousa e Requerido o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

O Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer em parte e indeferir a revisional.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Getúlio Correa, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Desembargador Zanini Fornerolli, Desembargador Carlos Alberto Civinski, Desembargador Ernani Guetten de Almeida, Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer e Desembargador Luiz Cesar Schweitzer. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 29 de abril de 2020.

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de Revisão Criminal ajuizada por Antonio Neto Borges de Sousa, condenado à pena de 31 (trinta e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 121, § 2º, I, II e VI e § 7º, III, c/c o art. 61, II, “c”, na forma do art. 29, todos do Código Penal, e art. 244-B, da Lei n. 8.069/90 (fls. 60-66).

A decisão condenatória transitou em julgado (fl. 91).

Invocando o art. 621, I, do Código de Processo Penal, pretende o requerente, em síntese, a reforma da dosimetria da pena, com a conseqüente redução da reprimenda imposta, prequestionando a matéria debatida. Por fim, requer a concessão do benefício da gratuidade da justiça (fls. 1-23).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, manifestou-se pelo conhecimento e indeferimento do pedido (fls. 99-109).

VOTO

1 De partida, não se conhece do pedido de justiça gratuita, por falta de interesse, uma vez que se trata de ação autônoma de impugnação que não gera qualquer ônus processual.

A respeito, confira-se:

REVISÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ARTIGOS 121, § 2º, II E IV, C/C 14, II, AMBOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL. JUSTIÇA GRATUITA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. - A ação revisional não possui ônus processual, motivo pelo qual é descabido o pedido de justiça gratuita. PEDIDO REVISIONAL FUNDADO NO INCISO III DO ARTIGO 621 DO CPP. PROVA NOVA. JUSTIFICAÇÃO CRIMINAL. OITIVA DE TESTEMUNHAS QUE NÃO TEM CONDÃO DE DERRUIR A VERSÃO ACOLHIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. SOBERANIA DOS VEREDITOS. PEDIDO REVISIONAL INDEFERIDO. - Incumbe ao revisionando fazer prova segura que importe na desconstituição do julgamento rescindendo, demonstrando cabalmente sua inocência, não bastando elementos que apenas suscitam dúvidas no julgador. - Revisão criminal parcialmente conhecida e indeferida (TJSC, Revisão Criminal n. 4013779-47.2019.8.24.0000, de Pinhalzinho, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. em 30/10/2019).

2 Como se sabe, o cabimento da revisão criminal se circunscreve às hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, a saber:

- 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.

Acerca dos requisitos desta ação autônoma de impugnação, Eugênio Pacelli e Douglas Fischer prelecionam que *“a revisão criminal não se presta para uma simples reabertura das discussões travadas no âmbito da ação penal já transitada em julgado. O limite da cognição é bastante restrito, daí a razão pela qual se argumenta que as revisões criminais têm fundamentação vinculada, ou seja, devem atender aos exatos requisitos e limites estabelecidos na legislação”* (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 1.227).

Embora as hipóteses de admissibilidade da revisão criminal tenham sido expressamente previstas nos incisos do art. 621 do Cód. de Proc. Penal, entre as quais não se prevê expressamente a possibilidade de reavaliação do processo dosimétrico, a jurisprudência tem proclamado essa excepcional possibilidade *“quando ocorrer erro técnico ou explícita injustiça na decisão”* (Revisão

Criminal n. 4008243-26.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. em 29/11/2017 – grifou-se).

Nesse plano, nos casos de utilização de motivação inidônea para incremento da pena-base, tem sido cabível o manejo da revisão criminal. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CABIMENTO PARA REVISÃO DE PENA. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. BEM JURÍDICO TUTELADO. RESPEITO AOS MORTOS. DOSIMETRIA DA PENA. MOTIVO. EVITAR PUNIÇÃO PELO DELITO DE HOMICÍDIO PREVIAMENTE PRATICADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A revisão criminal é uma ação autônoma de impugnação, que tem natureza constitutiva e busca desconstituir uma sentença penal condenatória ou absolutória imprópria transitada em julgado. Por buscar desconstituir a coisa julgada deve ser utilizada somente em situações excepcionais. 2. A alegação de que a fixação de pena foi desprovida de fundamentação adequada é argumento suficiente a ensejar o cabimento da revisão criminal. [...]

5. Recurso especial provido (REsp 1664607/PR, rela. Mina Maria Thereza de Assis Moura, j. em 21/8/2018, DJe 3/9/2018).

O revisionando reputa inidônea a fundamentação apresentada na decisão condenatória para majoração da pena-base por força da negatização do vetor “*conduta social*”, uma vez que para tanto foram consideradas condenações pretéritas transitadas em julgado, contrariando assim o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e também do Tribunal local.

A propósito, o juiz de origem assim valorou aquela circunstância judicial (fls. 62 e 64):

1 Homicídio Consumado Qualificado:

[...] A respeito da sua conduta social as provas constantes nos autos indicam que o acusado já respondeu diversos processos criminais no Estado de São Paulo, tendo 3 condenações por crimes graves naquele Estado (fls. 318) [...] (fl. 62).

[...]

2 Corrupção de Menores:

[...] A respeito da sua conduta social as provas constantes nos autos indicam que o acusado já respondeu diversos processos criminais no Estado de São Paulo, tendo 3 condenações naquele Estado (fls. 318) [...] (fl. 63).

A Segunda Câmara Criminal, em acórdão da lavra da eminente Desembargadora Salete Silva Sommariva, a respeito da impugnação, registrou (fls. 84-85):

No tocante à conduta social, não se verificam reparos a serem efetuados, diante do histórico criminal desabonador do apelante, do qual extrai-se pelo menos 3 (três) processos-crime com sentença condenatória transitada em julgado no Estado de São Paulo (crimes de roubo homicídio qualificado tentado e sequestro e

cárcere privado, p. 318/324), os quais não são passíveis de gerar reincidência em virtude do lapso temporal de mais de 5 (cinco) anos Transcorrido.

Em reforço à justificativa utilizada pelo juízo, solidificou-se no Superior Tribunal de Justiça, com o acolhimento desta Corte Estadual, o entendimento de que, em sendo o acusado portador de diversas condenações transitadas em julgado, possibilita-se a consideração destas a título de maus antecedentes, conduta social e, inclusive, personalidade, desde que distintas.

Portanto, de fato, razão assiste ao revisionando quando afirma que a desvalorização da modular “*conduta social*” baseou-se em condenações criminais anteriores transitadas em julgado não utilizadas para desvalorização dos maus antecedentes, bem como que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de reputar ilegal essa operação.

A propósito:

A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EARESP n. 1.311.636, realizado em 10/04/2019, por maioria, firmou precedente segundo o qual as diversas condenações pretéritas devem ser atreladas apenas aos maus antecedentes, pois constitui, no mínimo, uma atecnia entender que as condenações transitadas em julgado refletem negativamente na personalidade ou na conduta social do agente. Isso sem contar que é dado ao julgador atribuir o peso que achar mais conveniente e justo a cada uma das circunstâncias judiciais, o que lhe permite valorar de forma mais enfática os antecedentes criminais do réu com histórico de múltiplas condenações definitivas. [...] (AgRg no AREsp n. 1.442.287/MS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJUe de 10/5/2019).

Esse entendimento tem sido seguido por este Tribunal de Justiça, confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA ACUSAÇÃO. PRETENDIDA MODIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA - PRIMEIRA FASE - PLEITO PELA NEGATIVAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE DO AGENTE COM BASE EM CONDENAÇÕES ANTERIORES - IMPOSSIBILIDADE - NOVO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL - FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA OS FINS PRETENDIDOS. A Terceira Seção do STJ firmou que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente (EAREsp 1.311.636-MS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 10.04.2019). RECURSO DESPROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0000682-12.2014.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. em 15/8/2019 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES (ART. 155, CAPUT, CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. INSURGÊNCIA TÃO SOMENTE CONTRA A DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE COMO DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAR ANOTAÇÕES CRIMINAIS

PARA VALORAR OS REFERIDOS VETORES. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. VIABILIDADE. CONDENAÇÕES ANTERIORES. PRAZO DE EXTINÇÃO DOS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA CONTADO DA DATA DO CUMPRIMENTO OU DA EXTINÇÃO DA PENA, E NÃO DA DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO. ACUSADO MULTIRREINCIDENTE. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME INICIAL ABERTO MODIFICADO PARA O SEMIABERTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou, recentemente, que “eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente” (STJ, EAREsp 1311636/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 10/04/2019). 2. Tratando-se de réu multirreincidente e que ostentava, inclusive, duas condenações pela prática de crimes de furto, deve ser reconhecida a agravante do art. 61, I, do CP, sendo admissível a sua compensação parcial com a atenuante da confissão espontânea. Pena redimensionada, aplicando-se a fração de aumento em 1/4 (um quarto) e de diminuição em 1/6 (um sexto). 3. Embora o quantum da pena não tenha ultrapassado 4 (quatro) anos, deve ser fixado o regime inicial semiaberto em virtude da multirreincidência específica e da existência de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes), nos termos do art. 33, §2º, “b”, do CP. (TJSC, Apelação Criminal n. 0013338-54.2018.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Primeira Câmara Criminal, j. em 29/8/2019 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO (CÓDIGO PENAL, ART. 155, § 4º, I). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DE AMBAS AS PARTES. RECLAMO DA DEFESA. PRETENZA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVOCADA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. INVIABILIDADE. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE INDICA, COM SEGURANÇA, A PRÁTICA DO ILÍCITO PELO ACUSADO. DECLARAÇÕES HARMÔNICAS E COERENTES DA VÍTIMA, TESTEMUNHA E POLICIAIS MILITARES, ALIADAS À IDENTIFICAÇÃO PESSOAL DO AGENTE. ELEMENTOS APTOS A EMBASAR O DECISUM. DÚVIDA INEXISTENTE. JUÍZO DE MÉRITO IRRETOCÁVEL. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. REQUERIDA MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PLEITO DAS DUAS PARTES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. ALMEJADA, PELA AUTORA DA AÇÃO PENAL, VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES, CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE, COM A APLICAÇÃO DO PATAMAR DE UM SEXTO PARA CADA VETOR. DEFESA, POR SEU TURNO, QUE CLAMA PELA EXCLUSÃO DA ANÁLISE DESFAVORÁVEL DOS DOIS ÚLTIMOS. PLURALIDADE DE IMPUTAÇÕES DELITIVAS PRETÉRITAS QUE NÃO PERMITE A SUBSUNÇÃO DE ALGUMAS DELAS ÀS REFERIDAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, QUE POSSUEM CONTEÚDO PRÓPRIO. CABÍVEL, NO ENTANTO, A UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE UM QUARTO, ANTE A QUANTIDADE DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO. AVENTADA INTENSIFICAÇÃO DA PROPORÇÃO UTILIZADA PARA EXASPERAR A REPRIMENDA ANTE A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ACOLHIMENTO. VARIEDADE DE CONDENAÇÕES CRIMINAIS ANTERIORES QUE AUTORIZA RECRUDESCIMENTO SUPERIOR AO ROTINEIRAMENTE UTILIZADO PELA CORTE. REQUERIDA CONDENACÃO DO RÉU AO RESSARCIMENTO DOS DANOS MATERIAIS EXPERIMENTADOS PELA VÍTIMA. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA (CPP, ART. 387, IV). PROCEDÊNCIA. PEDIDO FORMULADO NA EXORDIAL E ALEGAÇÕES FINAIS, GARANTINDO A OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NOTAS FISCAIS QUE COMPROVAM O PREJUÍZO SOFRIDO. PARCELA DO PRONUNCIAMENTO ALTERADA. RECURSOS CONHECIDOS E

PARCIALMENTE PROVIDOS (TJSC, Apelação Criminal n. 0001506-24.2018.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. em 18/12/2019 - grifou-se).

Portanto, atualmente, firme é a compreensão jurisprudencial no sentido de que não mais se admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para, na fixação da pena-base, negatizar as circunstâncias judiciais da “personalidade” ou “conduta social”, restringindo-se sua consideração à caracterização da reincidência ou, na primeira etapa da dosimetria, desvalorização dos antecedentes criminais.

Essa compreensão jurisprudencial, porém, é recente. Até então predominava o entendimento em sentido contrário, inclusive nas cortes superiores.

Com efeito, ao tempo das decisões prolatadas nesses autos, admitia-se a utilização das condenações pretéritas para valoração dos maus antecedentes, personalidade e conduta social.

Consulte-se:

[...] 4. No que tange à valoração negativa da personalidade, não há ilegalidade quando o Tribunal utiliza condenações transitadas em julgado, no caso, várias condenações para valorar a personalidade do acusado como voltada para o crime, bem como para considerar como negativa a conduta social. A ilegalidade estaria constatada se apenas uma condenação fosse utilizada para valorar os maus antecedentes, a personalidade e a conduta social o que não se verifica no caso dos autos (HC 367.390/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 28/3/2017).

Esse era o entendimento majoritário, inclusive, neste 2º Grupo Criminal.

Por todas, veja-se:

REVISÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO PELO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, §2º, IV) - DOSIMETRIA. A reanálise da dosimetria em sede de revisão criminal somente é possível excepcionalmente, nos casos de evidente contrariedade à lei, à prova dos autos ou de teratologia. PRIMEIRA FASE - PLEITO DE EXTIRPAÇÃO DA ELEVAÇÃO DECORRENTE DA MÁ CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE VOLTADA À CRIMINALIDADE - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA A AUTORIZAR A MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA. É admitida “a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem” (STJ, Min. Sebastião Reis Júnior). SEGUNDA FASE - ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, D, DO CP - CONFISSÃO, AINDA QUE QUALIFICADA, UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO DOS JULGADORES - RECONHECIMENTO NECESSÁRIO - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL JÁ CONSOLIDADO PELA SÚMULA N. 545 DO STJ, VIGENTE AO TEMPO DOS FATOS. Se a confissão do réu, ainda que qualificada, serve como elemento de convicção dos julgadores, há ilegalidade explícita no não reconhecimento da atenuante prevista

no art. 65, III, d, do CP, notadamente se tal entendimento já se encontrava consolidado pelo enunciado n. 545 da Súmula do STJ. REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA E PARCIALMENTE DEFERIDA (TJSC, Revisão Criminal n. 4006604-36.2018.8.24.0000, de Joaçaba, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. em 27/6/2018).

Na base da pretensão do revisionando, portanto, o que se tem é uma alteração de entendimento jurisprudencial, fundamento que, no entanto, não se presta à modificação da coisa julgada.

Firme é a jurisprudência da Corte Cidadã nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. REVISÃO CRIMINAL. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A mudança de posicionamento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da decisão condenatória não serve de base para o ajuizamento de revisão criminal, sob pena de serem violados os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica.

2. As hipóteses da revisão criminal encontram-se taxativamente previstas no art. 621 do CPP, e essa ação não cabe para reformar a sentença definitiva no ponto em que tratou da dosimetria da pena-base.

3. Agravo improvido (STJ - AgRg no HC 550.031/DF, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 10/3/2020, DJe 16/3/2020 – grifou-se).

Outra não é a diretriz jurisprudencial neste Colegiado:

REVISÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGADA INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENALIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES E DO RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEN. NÃO OCORRÊNCIA. POSICIONAMENTO À ÉPOCA DO JULGADO. Se à época da condenação os julgados rumavam ao entendimento acerca da possibilidade de majoração da pena-base, nos vetores da conduta social, da personalidade e dos antecedentes, em caso de multirrecidência, não resulta bis in idem a migração de uma condenação para negativar a personalidade do agente e, seguidamente, a utilização de diversa para reconhecer a agravante de reincidência. PLEITO DE COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. A retroatividade da lei penal em situações que beneficiam o réu não é extensiva à jurisprudência. A alteração de posicionamento, portanto, não autoriza a revisão de decisum que aplicou entendimento adotado à época em que foi proferido, sob pena de ofensa à segurança jurídica e à coisa julgada. PEDIDO DE APLICAÇÃO DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 13.654/18, PARA AFASTAR A CAUSA DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. De acordo com a Súmula n. 611 do Superior Tribunal de Justiça, “transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna”. Sem notícias da interposição do pleito na comarca de origem, não se revela possível o conhecimento do pedido, por meio da revisional, sob pena de supressão de instância. REVISÃO CRIMINAL CONHECIDA EM

PARTE E, NESSA EXTENSÃO, INDEFERIDA (TJSC, Revisão Criminal n. 4010401-83.2019.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. em 31/7/2019 – grifou-se).

Por estas razões, não há como acolher o argumento de invalidez dos fundamentos apresentados para julgar a conduta social negativa.

Insurge-se ainda o revisionando contra o incremento na pena operado em face do reconhecimento das “a) *circunstâncias do delito (premeditação)*; b) *consequências (ofendida deixou dois filhos órfãos)*; c) *crime ter sido praticado na frente do filho da vítima (art. 121, § 7º, inc. III, do Código Penal*” (fl. 10), aduzindo que não foram elencados na denúncia, sequer incluídos na pronúncia e tampouco submetidos à quesitação para julgamento pelos jurados.

Alusivamente às circunstância do delito e consequências do crime, uma vez que se classificam como circunstâncias judiciais, não há óbice a seu acolhimento ainda que não constem da denúncia, porquanto não se trata de elemento essencial, mas apenas accidental, tratando-se de matéria atinente à aplicação da pena. Note-se que sequer a referência à circunstância agravante constitui causa de nulidade, uma vez que o art. 385 do Cód. de Proc. Penal, expressamente dispõe:

Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Quanto ao conteúdo da pronúncia, assim prescreve o art. 413, § 1º, do Cód. de Proc. Penal:

A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

Como se vê, quanto às circunstâncias do crime, somente aquelas que qualificam o delito ou que constituam causa de aumento de pena devem ser contempladas pela pronúncia e não as relativas à aplicação da pena, que não integram o tipo penal, tais como as circunstâncias agravantes e as previstas no art. 59 do Cód. Penal.

Consequentemente, em razão da sua natureza, justamente por não constituir elemento do crime, qualificadora ou causa de aumento ou diminuição de pena, também não devem ser submetidas à quesitação, cuja fonte primeira é a decisão de pronúncia, à luz do que dispõe o art. 483 do Estatuto Processual,

Sem razão, portanto, a irresignação quanto aos aumentos impostos na primeira fase da dosimetria da pena em razão dos vetores circunstâncias e consequências do crime.

Nessa alheta, a consideração pelo juiz de origem das circunstâncias e consequências do crime quando da aplicação da reprimenda não se constitui em violação ao princípio da individualização da pena, bem ao contrário, expressa exatamente a sua observância.

Sorte diversa não socorre o revisionando quanto à majoração da reprimenda imposta em face da causa especial de aumento de pena prevista no § 7º, III, do art. 121, do Cód. Penal.

Diferentemente do sustentado, constou expressamente da denúncia referência à aludida majorante, nesses termos (fl. 25 – grifou-se):

Extrai-se dos autos que o denunciado ANTONIO NETO BORGES DE SOUSA, simplesmente em razão da vítima não mais querer manter um relacionamento amoroso com ele, contratou o adolescente J. J. J. para ceifar a vida dela em troca de R\$ 1.000,00 (mil reais) em dinheiro, bem como forneceu a J. J. J. a arma de fogo utilizada pelo adolescente no crime. Ademais, o crime foi cometido na presença do infante G. S., filho da vítima.

De igual forma, não foi ignorada na pronúncia, tendo constado expressamente da parte dispositiva (fl. 36):

Ante o exposto, PRONUNCIO o réu Antonio Neto Borges de Sousa, qualificado nos autos, a fim de que seja submetido ao julgamento perante o E. Tribunal do Júri desta Comarca, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I, II e VI, c/c § 7º, inciso III, na forma do artigo 29, ambos do Código Penal e artigo 244-B, da Lei n. 8.069/90.

Também improcede a alegação de que a causa de aumento de pena não foi submetida à quesitação, como se pode constatar do termo de votação de fl. 56, donde se extrai a seguinte indagação aos jurados:

7 – O crime de feminicídio foi cometido na presença de descendente da vítima?

Observe-se que constou expressamente da ata de julgamento de fls. 68-69 que, *“Encerrada a instrução, a Juíza Presidente concede a palavra ao Promotor de Justiça pelo tempo de uma hora e trinta minutos, iniciando-se às 10:52 horas e encerrando-se às 12:22 horas, ocasião em que requereu a condenação do acusado às penas do crime do art. 121, § 2º, incisos I, II e VI, c/c o §7º, inciso III, c/c artigo 61, inciso II, alínea c, na forma do art. 29, todos do Código Penal, e do artigo 244-B, da Lei 8.069/90 [...]”*

Não há falar-se, portanto, em falta de discussão prévia em plenário, já que a quesitação obedeceu rigorosamente a sua fonte principal que é a pronúncia e, sendo nela contemplado, não

há como excluir sua apreciação do colegiado popular, ainda que o Ministério Público pedisse seu afastamento, sob pena de subversão à competência constitucional do júri popular.

Sendo assim, tem-se que a causa de aumento de pena do inciso III do § 7º do art. 121 do Cód. Penal foi descrita na denúncia, prevista na pronúncia, requerida sua aplicação em plenário e, de conseguinte, corretamente quesitada, sendo manifesta a improcedência da tese deduzida.

Por fim, dirige-se a irresignação contra o reconhecimento da qualificadora do motivo torpe em conjugação com o feminicídio, fator que, de acordo com a revisão, impõe o reconhecimento de *bis in idem*, uma vez que “*o feminicídio é totalmente incompatível com o qualificadora do motivo torpe*” (fl. 22).

Sem razão.

Ocorre que a natureza jurídica das qualificadoras do motivo torpe e feminicídio são distintas. Enquanto a primeira delas é subjetiva, o feminicídio constitui qualificadora de ordem objetiva, porquanto conectada ao gênero da vítima (mulher).

Como doutrina Guilherme de Souza Nucci, ao tratar da qualificadora do art. 121, § 2º, VI, do Cód. Penal, “*o agente não mata a mulher porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, motivos variados, que podem ser torpes ou fúteis; podem inclusive, ser moralmente relevantes. Sendo objetiva, pode conviver com outras circunstâncias de cunho puramente subjetivo*” (*Código Penal Comentado*. 18º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 779 – grifou-se).

Nesse sentido, caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FEMINICÍDIO. MOTIVO TORPE. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. NATUREZAS DISTINTAS. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI.

1. Esta Corte possui o entendimento segundo o qual “as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não possuem a mesma natureza, sendo certo que a primeira tem caráter subjetivo, ao passo que a segunda é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea” (HC n. 430.222/MG, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 22/3/2018).

Precedentes.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que somente devem ser excluídas da decisão de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes ou sem nenhum amparo nos elementos dos autos, sob pena de usurpação da competência constitucional do Tribunal do Júri. Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1166764/MS, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. em 6/6/2019, DJe 17/6/2019).

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. MOTIVO TORPE. FEMINICÍDIO.

PRONÚNCIA. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZAS DISTINTAS DAS ADJETIVADORAS. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. FEMINICÍDIO. NATUREZA OBJETIVA. AFASTAMENTO MEDIANTE ANÁLISE SUBJETIVA DA MOTIVAÇÃO DOS CRIMES. INVIABILIDADE.

1. Hipótese em que a instância de origem decidiu pela inviabilidade da manutenção das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, sob pena de afronta ao princípio do non bis in idem quanto a um dos fatos, e, relativamente a outros dois fatos, afastou a adjetivadora do feminicídio, analisando aspectos subjetivos da motivação do crime.
2. Não há dúvidas acerca da natureza subjetiva da qualificadora do motivo torpe, ao passo que a natureza do feminicídio, por se ligar à condição especial da vítima, é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea.
3. É inviável o afastamento da qualificadora do feminicídio mediante a análise de aspectos subjetivos da motivação do crime, dada a natureza objetiva da referida qualificadora, ligada à condição de sexo feminino.
4. A exclusão das qualificadoras na fase de pronúncia somente é possível quando manifestamente improcedentes, pois a decisão acerca de sua caracterização deve ficar a cargo do Conselho de Sentença.
5. Recurso provido (REsp 1739704/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 18/9/2018, DJe 26/9/2018).

Desse entendimento não discrepa o nosso Tribunal de Justiça:

PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRÁTICA, EM TESE, DE CRIMES DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE (ARTIGO 121, § 2º, I, C/C ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL); TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE, RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA E FEMINICÍDIO (ARTIGO 121, § 2º, I, IV E VI, § 2º-A, I, C/C ARTIGO 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) E DELITO CONEXO DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA (ARTIGO 24-A DA LEI 11.340/2006). DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA OU IMPRONÚNCIA. INVIABILIDADE. INDICATIVOS SUFICIENTES DA SUPOSTA AUTORIA DO CRIME POR PARTE DO RECORRENTE. VERSÃO APRESENTADA PELA DEFESA QUE SE CONTRAPÕE ÀQUELA DA ACUSAÇÃO. CONTROVÉRSIAS QUE REFORÇAM A NECESSIDADE DE APRECIÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PARA O DE LESÕES CORPORAIS. INEXISTÊNCIA DE PROVAS SEGURAS SOBRE A AUSÊNCIA DO ANIMUS NECANDI. DÚVIDAS SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE DEVEM SER DIRIMIDAS PELO JÚRI POPULAR. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE, RECURSO QUE DIFICULTOU OU IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA E FEMINICÍDIO. SUBSTRATO PROBATÓRIO INSUFICIENTE AO AFASTAMENTO. ALEGADO BIS IN IDEM ENTRE AS QUALIFICADORAS DO MOTIVO TORPE E FEMINICÍDIO. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DE NATUREZA SUBJETIVA E OBJETIVA, RESPECTIVAMENTE. COMPATIBILIDADE. CRIME CONEXO DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. INDÍCIOS DE AUTORIA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. QUESTÃO A SER SUBMETIDA AOS JURADOS. DECISÃO MANTIDA. - Para a pronúncia não são exigidos os mesmos critérios valorativos dispensados à formação da convicção condenatória; a existência de indícios consistentes que apontam o acusado como autor dos supostos delitos é suficiente para autorizar o envio do feito à sessão plenária do júri. - Inviável a desclassificação para lesão corporal sem a apreciação do

júri popular (art. 5º, XXXVIII, 'd', da CF), uma vez que há indícios de que o recorrente agiu com animus necandi ao desferir golpes de faca em regiões vitais das vítimas. - As qualificadoras só podem ser afastadas na fase de pronúncia quando totalmente dissociadas das provas colhidas nos autos. - Não caracteriza bis in idem o reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe/fútil e do feminicídio nos crimes de homicídio cometidos contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, porquanto a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva (AgRg no HC 440.945/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 5-6-2018, v.u.) - Ocorrendo a pronúncia em relação ao delito doloso contra a vida, os conexos também devem ser submetidos à apreciação do Conselho de Sentença, juízo natural da causa, nos termos do inciso I do artigo 78 do Código de Processo Penal. - Recurso conhecido e desprovido (TJSC, Recurso em Sentido Estrito n. 0003666-27.2018.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. em 5/9/2019).

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU SOLTO). TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, III E VI, DO CP). CONDENAÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PRELIMINAR DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. NO MÉRITO, ALEGADA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM POR INCOMPATIBILIDADE DAS QUALIFICADORAS DO FEMINICÍDIO E MOTIVO FÚTIL, EXASPERAÇÃO INDEVIDA DA PENA-BASE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA E INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECURSO CONHECIDO E, AFASTADA A PRELIMINAR, PARCIALMENTE PROVIDO. - A partir do presente julgamento, com a confirmação da condenação e o esgotamento das instâncias ordinárias, ante a atual orientação jurisprudencial do STF, que autoriza a imediata execução da pena imposta, o pleito fica esvaziado, pois superada a prisão cautelar. Julgado prejudicado o pedido. - Não há falar em ausência de fundamentação válida quando as circunstâncias judiciais são valoradas nas informações e/ou elementos contidos nos autos. Na espécie, a embriaguez habitual do Apelante, reconhecida com base em elementos do caso concreto, retratados pela prova dos autos, permite a negatização do vetor conduta social e, por consequência, a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria. - Conforme o entendimento do Primeiro e do Segundo Grupo de Direito Criminal deste Tribunal: “[...] as condenações transitadas em julgado que não se prestem à configuração da reincidência devem conservar seus efeitos, para fins de maus antecedentes, por mais cinco anos, a contar da prescrição quinquenal prevista no art. 64, I, do Código Penal” (Revisões Criminais n. 4028135-18.2017.8.24.0000 e 0001592-46.2017.8.24.0000). Logo, de acordo com o posicionamento adotado, afasta-se o fundamento do aumento da circunstância judicial dos maus antecedentes, posto que a extinção da pena ocorreu há mais de dez anos da data do delito em exame. - Nos termos do art. 121, § 2º- A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do animus do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de bis in idem no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva (STJ. HC n. 433.898 - RS. Min. Nefi Cordeiro, j. 11-5-2018). - “A confissão qualificada, em que o acusado admite a autoria, mas alega ter agido acobertado por causa excludente da ilicitude (confessa ter matado em legítima defesa), não atenua a pena, já que, neste caso, o acusado não estaria propriamente colaborando para a elucidação da autoria, tampouco concordando com a pretensão acusatória, mas agindo no exercício do direito de autodefesa” (Fernando Capez, 2014). (Apelação Criminal n. 0012232-10.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 28.3.2017). Pleito não acolhido (TJSC, Apelação Criminal n. 0001003-15.2017.8.24.0013, de Campo Erê, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. em 11/6/2019 – grifou-se).

Tratando-se, pois, de circunstâncias que ostentam naturezas distintas, não há como cogitar-

se de *bis in idem* no reconhecimento cumulativo da qualificadora do motivo torpe e aquela do feminicídio.

Por estas razões, não há como agasalhar o pedido revisional.

Por derradeiro, no que tange ao pedido de prequestionamento para eventual recurso às Cortes Superiores, tem-se como dispensável a manifestação do julgador sobre todos os pormenores em torno das teses suscitadas, sendo suficiente a exposição das razões em que se funda o afastamento dos pedidos formulados, até porque *“entende-se como prequestionada a matéria que foi objeto de análise e decisão do acórdão recorrido, sendo despicienda a referência expressa a dispositivo de lei federal (prequestionamento explícito), bastando que a questão jurídica tenha sido efetivamente decidida na instância a quo (prequestionamento implícito)”* (REsp 1390617/SC, rela. Mina. Laurita Vaz, j. em 18/6/2014, DJUe de 1º/7/2014).

3 Por todo o exposto, vota-se pelo conhecimento parcial da revisão criminal e, nessa extensão, pelo seu indeferimento.

Revisão Criminal n. 4009590-26.2019.8.24.0000, de Itapema

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS EM CONCURSO MATERIAL. AVENTADAS NULIDADES PROCESSUAIS. SENTENÇA DE PRONÚNCIA PROFERIDA SEM A APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. INÉRCIA DA DEFESA E DESNECESSIDADE NO PROCEDIMENTO BIFÁSICO. SUPOSTA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO JULGAMENTO DO RECURSO CRIMINAL. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS PRÓPRIOS EM PAR À TRANSCRIÇÃO DE PARECER. EXCESSO DE LINGUAGEM NA DECISÃO DE PRONÚNCIA. MATÉRIA PRECLUSA. ADEMAIS, NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR NOMEADO. EXTENSO LAPSO ATÉ A ARGUIÇÃO. PRECLUSÃO. PREFACIAS AFASTADAS.

1 Além de a defesa ter permanecido inerte quando oportunizado o oferecimento das alegações finais, observa-se que, no procedimento bifásico do Tribunal do Júri, em que a sentença de pronúncia sobressai como juízo provisório da admissibilidade da acusação, não constitui tal peça elemento indispensável ao processo.

2 Não viola o art. 93, IX, da Constituição Federal a decisão que, além de referenciar o parecer do Ministério Público, lança fundamentação própria, voltada ao direito e aos detalhes do caso concreto.

3 A jurisprudência assentou a relativização do vício da falta de intimação pessoal do defensor nomeado para a sessão de julgamento por força da preclusão, nas hipóteses em que há o transcurso de extenso lapso entre o julgamento e a arguição do vício.

PLEITO DE ANULAÇÃO DO JÚRI POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. PRETENSÃO OBJETIVANDO A REVALORAÇÃO DO JULGADO. IMPROPRIEDADE. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO CABIMENTO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. PEDIDO INDEFERIDO.

1 É descabido o manejo da revisão criminal com o objetivo de novamente discutir o acerto do *decisum*, que já foi dirimido em recurso de apelação, mormente quando coincidentes as teses formuladas.

2 Impossível reconhecer a ocorrência de um único crime continuado em vez de dois homicídios em concurso material de infrações, uma vez que ausente entre cada uma das condutas dos agentes a unidade de desígnios, indispensável para a caracterização do crime continuado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4009590-26.2019.8.24.0000, da comarca de Itapema (Vara Criminal) em que é Requerente Júnior Eurípedes dos Santos.

O Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer em parte para afastar as preliminares e indeferir a revisão criminal. Sem custas.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Alberto Civinski, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Getúlio Corrêa, Des. Ernani Guetten de Almeida, Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Des. Luiz Cesar Schweitzer, Des. Sidney Eloy Dalabrida, Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Des. Zanini Fornerolli de Des. Salete Silva

Sommariva. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Dr. Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 4 de março de 2020.

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Itapema, Júnior Eurípedes dos Santos foi condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 37 (trinta e sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao disposto no art. 121, § 2º, I e IV, por duas vezes, na forma do art. 69, *caput*, ambos do Código Penal (fls. 2243/2253). Irresignado, interpôs a apelação criminal (autos n. 2012.082553-3, de Itapema, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 13/1/2015), tendo esta Corte negado provimento ao recurso, mas adequado sua reprimenda para 34 (trinta e quatro) anos de sanção corporal, por extensão, em razão do parcial provimento do reclamo interposto por um dos corréus (fls. 2722/2758).

Após o trânsito em julgado (fls. 2815/2816), o réu ajuizou a presente revisão criminal com fundamento no art. 621, I e III, do Código de Processo Penal, mediante a qual sustenta a nulidade do processo desde a sentença de pronúncia pela ausência de alegações finais da defesa. Alega, ainda, que o acórdão de fls. 1692/1698, referente ao Recurso Criminal n. 05.024178-0, é nulo por ausência de fundamentação, uma vez que estaria fundado exclusivamente em manifestação da acusação. Ainda, afirma que há nulidade por excesso de linguagem na decisão de pronúncia e por ausência de intimação pessoal do defensor dativo à sessão de julgamento do recurso interposto. No mais, argui que a decisão do Tribunal do Júri é contrária à evidência dos autos e, subsidiariamente, que deve ser reconhecida a continuidade delitiva (fls. 1/48).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Paulo Roberto Speck, manifesta-se pelo parcial conhecimento e, na parte conhecida, pelo indeferimento do pedido (fls. 2903/2907).

VOTO

Cuida-se de revisão criminal ajuizada por Júnior Eurípedes dos Santos, na qual objetiva o reconhecimento de nulidades processuais, a anulação da sessão do Tribunal do Júri e o reconhecimento da continuidade delitiva.

1 O revisionando sustenta nulidade do processo a partir da decisão de pronúncia por cerceamento de defesa, sob o argumento de que não foram apresentadas alegações finais pela defesa.

Razão não lhe assiste.

Isso porque foi oportunizado o oferecimento da peça processual, com a intimação para o ato (fl. 1467) da defensora constituída (fl. 1339), que deixou transcorrer *in albis* o prazo, de sorte que inexistente o vício alegado, haja vista que, conforme o art. 565 do Código de Processo Penal, “*nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse*”.

Nesse sentido: TJSC, Apelação Criminal n. 0009981-28.2015.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. em 22/11/2018; e Recurso em Sentido Estrito n. 0004466-88.2002.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. em 28/6/2018.

Além disso, observa-se que, no procedimento bifásico do Tribunal do Júri, em que a sentença de pronúncia sobressai como juízo provisório da admissibilidade da acusação, não constituem as alegações finais elemento indispensável ao processo, consoante entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO, ESPECIAL OU DE REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÕES FINAIS. INOCORRÊNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO DE PRONÚNCIA QUANTO À QUALIFICADORA DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. REEXAME DE PROVAS. VIA INADEQUADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...].

2. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a ausência do oferecimento das alegações finais, em processos de competência do Tribunal do Júri, não acarreta nulidade, por constituir, a decisão de pronúncia, mero juízo provisório quanto à autoria e à materialidade.

[...].

6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 347.371/PE, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. em 14/6/2016, DJUe de 22/6/2016)

Mais: STJ, AgRg no AREsp n. 480.148/PE, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 10/6/2014, DJUe de 17/6/2014; e AgRg no AREsp n. 788.871/PE, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 2/2/2016, DJUe de 17/2/2016.

Logo, não há falar em cerceamento de defesa por ausência de alegações finais.

2 O requerente sustenta que é nulo o acórdão proferido no Recurso Criminal n. 2005.024178-0 (de Itapema, rel. Des. Souza Varella, j. em 19/12/2005 – fls. 1692/1698), por estar fundamentado exclusivamente no parecer emitido pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, em afronta ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Ocorre que, além de referendar os argumentos lançados pelo parecerista do Ministério Público,

houve fundamentação própria, voltada ao direito e aos detalhes do caso concreto, conforme se extrai da íntegra:

Cumpre salientar, de início, ser ponto pacífico na doutrina e jurisprudência que para a pronúncia exige-se apenas a convicção sobre a existência do crime e indícios de autoria (Código de Processo Penal Anotado de E. Espíndola Filho, 5ª ed., 1960, vol.04, p. 249), fazendo prevalecer, portanto, a situação de mero juízo de admissibilidade de imputação, transferindo para o Tribunal Popular, dentro de suas prerrogativas constitucionais, o direito de julgar os fatos.

Posto isto, a alegação de inconsistência da decisão objurgada não merece prosperar. Vale lembrar que, a fundamentação, em razão da natureza da decisão de pronúncia, deve ser concisa, pois só há o julgamento da “(...) *admissibilidade de acusação, sem qualquer avaliação do mérito. Assim, é indispensável que seja prolatada em termos sóbrios, sem colocações incisivas, evitando-se considerações pessoais no tocante ao réu e constituindo a síntese da racionalidade e do equilíbrio prudente do juiz.*” (Guilherme de Souza Nucci, in Código de Processo Penal Comentado, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2004, p. 659).

Com efeito, das provas amelhadas aos autos, extrai-se suficientemente comprovada a materialidade do delito por conta do Laudo de Exame Cadavérico da vítima João Evandir Pires de Lima (fls. 12/16) e pelo Laudo de Exame Cadavérico da vítima João Carlos Shiavon (fls. 17/21).

Quanto à autoria dos crimes em questão, numa análise ao elenco probatório colhido na fase de investigação policial, bem como numa análise aos depoimentos colhidos na fase de investigação policial, bem como numa análise aos depoimentos colhidos tanto naquela fase quanto na fase judicial, infere-se que há indícios suficientes de autoria para dar esteio à pronúncia dos acusados, apesar de negada por todos. Posto isto, incabível é a absolvição sumária de qualquer dos acusados. (fls. 1693/1694)

Tal técnica de fundamentação, *per relationem*, é aceita pacificamente pelas Cortes Superiores:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITO CONSTITUCIONAL – REEXAME DE FATOS E PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 279/STF – DECISÃO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA PREVALECENTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONSEQUENTE INVIABILIDADE DO RECURSO QUE A IMPUGNA – SUBSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS QUE DÃO SUPORTE À DECISÃO RECORRIDA – INCORPORAÇÃO, AO ACÓRDÃO, DAS RAZÕES EXPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” – LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO. (STF, AgR no RE n. 730.208, rel. Min. Celso de Mello, j. em 23/4/2013, DJUe de 24/6/2013)

Do Superior Tribunal de Justiça: RHC n. 94.488/PA, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 19/4/2018; e HC n. 529.222/SP, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. em 4/2/2020, DJUe de 10/2/2020.

Portanto, impossível reconhecer a nulidade, por falta de fundamentação, do acórdão proferido no Recurso Criminal n. 2005.024178-0.

3 Quanto à alegação de excesso de linguagem na decisão de pronúncia, em violação ao art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal, destaca-se que a insurgência está preclusa, haja vista que deveria ser arguida no momento oportuno, na ocasião do recurso em sentido estrito, nos moldes do que preceitua o art. 572, I, do mesmo Diploma Legal.

Nesse sentido, sabe-se que, “[...] mesmo antes da Lei n. 11.689/08, o excesso de linguagem da sentença de pronúncia era vício causador de nulidade relativa que deveria ser arguida imediatamente por recurso em sentido estrito, sob pena de preclusão” (STJ, AgInt no AREsp n. 971.119/SP, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 2/8/2018, DJUe de 13/8/2018).

De mais a mais, não se vislumbra excesso de linguagem na decisão de pronúncia (fls. 1537/1551), porquanto o Magistrado *a quo* limitou-se a citar os elementos de prova existentes no processo que demonstravam a comprovação da materialidade dos crimes e a presença dos indícios suficientes de autoria, análises essas necessárias à remessa do feito ao Tribunal do Júri.

4 O revisionando sustenta a ocorrência de nulidade absoluta, sob o argumento de que não foi o defensor nomeado intimado pessoalmente da sessão de julgamento e de atos posteriores.

De fato, ante o não comparecimento do procurador anteriormente constituído à sessão do Tribunal do Júri, foi nomeado defensor ao requerente (fls. 2225/2228), que apresentou as razões recursais (fls. 2284/2299), mas não foi intimado pessoalmente para o julgamento do reclamo.

Embora a falta de intimação pessoal do defensor nomeado para a sessão de julgamento da apelação configure nulidade processual, não se pode olvidar que deve ser demonstrado o prejuízo à defesa, em atenção ao art. 563 do Código de Processo Penal.

Sobre caso idêntico, extrai-se do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL PENAL. [...]. INTIMAÇÃO PESSOAL. DEFENSOR DATIVO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

[...].

3. O ato impugnado está alinhado com a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o “princípio do *pas de nullité sans grief* exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção” (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux).

4. Embargos recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (ED em RHC n. 173.367/SP, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 11/10/2019, DJUe de 25/10/2019)

Ainda, a jurisprudência assentou a relativização da eiva pela incidência da preclusão, nas hipóteses em que há o transcurso de extenso lapso entre o julgamento e a arguição do vício.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO DA SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. NULIDADE. PEDIDO ANULATÓRIO REALIZADO QUASE 8 ANOS APÓS O JULGAMENTO. PRECLUSÃO. [...].

1. Nos termos do art. 370, § 4º, do CPP e do art. 5º da Lei n. 1.060/1950, a não observância da intimação pessoal do defensor dativo acarreta nulidade do julgamento da Apelação, já que o defensor dativo goza do mesmo privilégio assegurado aos defensores públicos. Todavia, conforme jurisprudência desta Corte, o fato de o defensor dativo silenciar-se por longo período de tempo acerca da ausência de intimação pessoal da sessão de julgamento importa o reconhecimento da preclusão. Precedentes.

2. No caso em exame, conquanto não se tenha verificado “a expedição de mandado para intimação pessoal da Procuradora de Assistência Judiciária da inclusão da apelação criminal na pauta da sessão de julgamento”, verifica-se que o apelo defensivo foi julgado em 9/10/2009 e que somente em 24/7/2017 – ou seja, quase 8 anos após o julgamento – houve a impetração do presente *writ*, no qual se alega nulidade decorrente da ausência de intimação pessoal. Assim, diante da inércia da defesa, deve-se reconhecer a preclusão, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

[...].

4. Ordem denegada. (STJ, HC 408.638/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 14/11/2017, DJe 22/11/2017)

Em feitos semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a preclusão pelo lapso de 6 (seis) ou até 2 (dois) anos, respectivamente: HC n. 258.526/SC, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 8/4/2014, DJUe de 24/4/2014; e HC n. 318.093/ES, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. em 18/8/2015, DJUe de 1/9/2015.

Do Pretório Excelso, consulte-se: HC n. 133.476, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 14/6/2016, DJUe de 27/6/2016; e RHC n. 124.554, rela. Mina. Rosa Weber, j. em 18/11/2014, DJUe de 2/12/2014.

No caso, após a publicação no Diário da Justiça eletrônico da data de julgamento (fls. 2719), a sessão ocorreu em 13/1/2015 (fl. 2720), o acórdão foi publicado em 29/1/2015 (fl. 2762) e transitou em julgado para o revisionando em 14/4/2015 (fl. 2816), ao passo que a presente revisão criminal foi protocolada apenas em 4/4/2019 (fls. 2896/2898), ou seja, houve o transcurso de aproximadamente 4 (quatro) anos até a alegação da nulidade.

Naquela oportunidade, esta Corte readequou a pena do requerente, apesar de seu apelo restringir-se ao pleito absolutório.

Ainda, houve a oposição de embargos de declaração e a interposição de recurso especial pela defesa de um dos corréus, cujas decisões de rejeição e inadmissão foram publicadas, respectivamente, em 30/3/2015 (fl. 2788) e em 22/9/2015 (fl. 2814), de sorte a reforçar a publicidade do julgamento dos autos.

Demais disso, deu-se início ao cumprimento definitivo da pena com o encaminhamento, em 23/11/2015, da cópia do acórdão e da certidão de trânsito em julgado ao Juízo da Execução (fl. 2872).

Anota-se que o revisionando constituiu ao menos outros 6 (seis) advogados durante a

persecução penal (fls. 1016, 1339, 1614 e 1770), sem notícia de que tenham renunciado aos poderes outorgados, até a nomeação de defensor na Sessão do Júri (fls. 2225/228)

Dessa forma, além de inexistente demonstração de prejuízo à defesa, evidencia-se a convalidação do vício pela preclusão, haja vista a publicação no Diário da Justiça da inclusão em pauta e do resultado do julgamento e o significativo lapso até sua arguição.

Como se não bastasse, veja-se desta Corte: Revisão Criminal n. 2013.044757-6, de Itapema, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j em. 25/9/2013; e Revisão Criminal n. 4019387-76.2018.8.24.0900, de Indaial, rel. Des. José Everaldo Silva, j. em 26/9/2018.

Portanto, afasta-se o pedido de nulidade pela ausência de intimação pessoal do defensor nomeado.

5 Afastadas as prefaciais, anota-se que é descabido o manejo da revisão criminal com o objetivo de novamente discutir o acerto do *decisum*, que já foi dirimido em recurso de apelação, mormente quando coincidentes as teses formuladas.

Por consequência, não deve ser conhecido o pleito de anulação da sessão do Tribunal do Júri por contrariedade às provas dos autos, uma vez que já foi examinado por esta Corte na ocasião do julgamento da Apelação Criminal n. 2012.082553-3 (de Itapema, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 13/1/2015).

Colhe-se da ementa:

APELAÇÕES CRIMINAIS. HOMICÍDIOS DUPLAMENTE QUALIFICADOS MEDIANTE PAGA OU PROMESSA DE RECOMPENSA E DISSIMULAÇÃO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DAS VÍTIMAS (ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL), POR DUAS VEZES, EM CONCURSO MATERIAL (ART. 69 DO CÓDIGO PENAL), E CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA (ART. 317, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSOS DEFENSIVOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO, POR OCASIÃO DA INTERPOSIÇÃO, DAS ALÍNEAS DO ART. 593, III, NAS QUAIS SE ESCORAM OS INCONFORMISMOS. SUPRIMENTO DA DEFICIÊNCIA NAS RAZÕES RECURSAIS POSTERIORMENTE APRESENTADAS. INEXISTÊNCIA DE ÔBICE AO CONHECIMENTO DOS RECLAMOS.

As apelações interpostas contra as decisões do Tribunal do Júri, em decorrência da soberania dos vereditos proferidos por este (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal), ensejam a análise restrita da matéria impugnada, pelo que deve o recorrente delimitar o âmbito de devolução da matéria ao Tribunal, observadas as hipóteses legais em que admissível o inconformismo (art. 593, inciso III, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, do Código de Processo Penal). Não impede o conhecimento do reclamo, contudo, a mera ausência, na peça de interposição, de menção expressa às alíneas do art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, às quais se apega o apelante, desde que do conteúdo das razões recursais elevem-se os fundamentos legais sobre os quais repousa a irresignação.

ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. CONJUNTO PROBATÓRIO, TODAVIA, QUE DÁ AMPARO ÀS CONCLUSÕES DO JÚRI. REFUTAÇÃO DA TESE DE COOPERAÇÃO DOLOSAMENTE DISTINTA QUE SE AFIGURA PLAUSÍVEL.

RECONHECIMENTO DE QUALIFICADORAS, OUTROSSIM, CALCADO EM ELEMENTOS DOS AUTOS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA QUE NÃO MERECE SER CONHECIDO, VISTO QUE NÃO FOI ALEGADO PELA DEFESA EM MOMENTO ANTERIOR E SEQUER POSTO À APRECIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGADA INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MÁ VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS REFERENTES À CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DO AGENTE FULCRADA EM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. SEGUNDA FASE. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 65, INCISO III, ALÍNEA “D”, DO CÓDIGO PENAL). TESE DESACOLHIDA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO FOI OBJETO DOS DEBATES EM PLENÁRIO. INVIABILIDADE DE SEU RECONHECIMENTO. TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA RECONHECIDA *EX OFFICIO* PELA MAGISTRADA SENTENCIANTE, SEM QUE FOSSE QUESITADA AO JÚRI, COMPETENTE PARA RECONHECÊ-LA. EXCLUSÃO DA ALUDIDA MAJORANTE QUE SE FAZ NECESSÁRIA. REPRIMENDA READEQUADA. EXTENSÃO DE PARTE DOS EFEITOS DA DECISÃO AOS CORRÊUS, NOS TERMOS DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. O conceito de decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal) encontra seus limites no princípio da soberania dos veredictos, que impede a reavaliação dos elementos probantes pelo Tribunal Superior.

2. Para que se evite ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, não se conhece do pedido recursal de reconhecimento de causa de diminuição de pena se referida tese não foi sustentada pela defesa em qualquer oportunidade anterior, não sendo colocada à apreciação do Júri, a quem competia seu reconhecimento.

3. Desde que fundada em elementos contidos nos autos e escorada em fundamentação razoável e idônea, nada impede que a análise das circunstâncias judiciais enseje a majoração da reprimenda cominada ao réu, caso os elementos que envolvem o crime, nos seus aspectos objetivos e subjetivos, assim recomendem. Caso contrário, estar-se-ia negando vigência ao princípio constitucional da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, inciso XLVI, da Carta Magna. Por outro lado, deve ser afastado o recrudescimento de pena fulcrado em razões inidôneas, a fim de se estabelecer a reprimenda adequada à espécie.

4. Com a edição da Lei n. 11.689/2008, que efetuou reforma no Código de Processo Penal e, em especial, no procedimento relativo ao Tribunal do Júri, passou a ser possível o reconhecimento, na sentença, de circunstâncias agravantes e atenuantes não quesitadas ao Corpo de Jurados, desde que arguidas durante os debates orais em plenário.

5. O Juiz Presidente, ao prolatar a sentença após a decisão do Tribunal do Júri, não deve reconhecer e aplicar, *ex officio*, causa especial de aumento de pena não quesitada ao Conselho Popular, pois o reconhecimento da circunstância cabe ao Corpo de Jurados, competente para o julgamento.

OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS, CONSIDERADA A PENA *IN CONCRETO* FIXADA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE.

Imperioso reconhecer a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva estatal quando entre o acórdão confirmatório da pronúncia e a publicação da sentença condenatória transcorreu lapso temporal suficiente para tal, nos termos dos artigos 109 e 110 do Código Penal. (destacou-se)

Diante do exposto, tendo a matéria sido analisada por esta Corte, não é permitido transformar a revisão criminal em novo recurso de apelação, objetivando o reexame aprofundado da prova.

A propósito:

REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE RECEPÇÃO (ART. 180, *CAPUT*, DO CP). PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RELATIVA AOS ANTECEDENTE E A CONDUTA SOCIAL, BEM COMO NA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. TESE QUE FOI ANALISADA NA AÇÃO CRIMINAL QUE DEU ORIGEM À CONDENAÇÃO. NÍTIDA PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. PEDIDO REVISIONAL QUE NÃO SE AMOLDA EM NENHUMA DAS HIPÓTESES DO ART. 621 DO CPP. REEXAME INVIÁVEL. NÃO CONHECIMENTO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4030821-12.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. em 27/11/2019)

E mais: TJSC, Revisão Criminal n. 4012161-67.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 29/5/2019; Revisão Criminal n. 0151299-59.2015.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Rui Fortes, j. em 2/5/2016; Revisão Criminal n. 4024811-20.2017.8.24.0000, de Balneário Camboriú, deste Relator, j. em 31/1/2018.

Dessarte, inviável conhecer do pedido anulatório por decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

6 Por fim, o pleito subsidiário de reconhecimento da continuidade delitiva não foi examinado em sede de apelação criminal, razão pela qual pode ser analisado na presente ação revisional.

Não se pode olvidar que, após alguma controvérsia, a orientação de nossos Tribunais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, há tempo fixou entendimento no sentido de que o Código Penal, mesmo depois da reforma da Parte Geral de 1984, exige no seu art. 71, para a configuração do crime continuado, não só requisitos de ordem puramente objetiva (condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes), mas também o requisito subjetivo do dolo geral ou unidade de desígnios, representado pelo envolvimento entrelaçado dos atos delituosos. Neste sentido: REsp n. 43832/SP, rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU de 4/8/1997, p. 34792; REsp n. 1.051/SP, rel. Min. Costa Leite, DJU de 26/11/1990 e RT 666/367.

In casu, embora os crimes tenham sido praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução (pressupostos objetivos), não há falar em continuidade delitiva, haja vista a existência de desígnios autônomos para cada crime perpetrado (pressuposto subjetivo).

Depreende-se dos laudos cadavéricos (fls. 61/70) que João Evandir Pires de Lima e João Carlos Schiavon foram atingidos por múltiplos projéteis, além de que os corpos foram encontrados em poltronas distintas (fl. 60). Ainda, o relato extrajudicial de Lucy Mary Rahmeier (fls. 81/85), corroborado pelos demais elementos coligidos aos autos, permite concluir que apenas a morte de uma das vítimas estava encomendada.

Desse modo, ao dispararem em direção a cada uma das vítimas, não há como dizer que Júnior Eurípedes dos Santos e seu comparsa, também executor, agiram com unidade de desígnios, tendo

em vista que em cada um dos homicídios, procuravam eles, isoladamente, matar certa e determinada pessoa, havendo um dolo próprio para cada delito, e não um dolo geral para todos eles.

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. [...].

CONCURSO DE CRIMES. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Evidenciado que os homicídios foram praticados com desígnios autônomos, configura-se o concurso material, e não a continuidade delitiva.

2. *Habeas corpus* não conhecido. (HC n. 278.673/RS, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 20/5/2014, DJUe de 26/5/2014)

Mais recentemente, consulte-se: AgRg no AREsp 372.202/SC, rel. Min. Rogerio Schietti Sruz, j. em 16/5/2017, DJUe de 24/5/2017.

E, desta Corte:

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ARTS. 121, § 2º, II; 121, § 2º, II e IV, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 14 DA LEIN. 10.826/03). NULIDADE POR EXCESSO DE LINGUAGEM NA PRONÚNCIA E CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JÁ SUFICIENTEMENTE DIRIMIDA POR ESTA CORTE. CÓPIA DA DECISÃO, ADEMAIS, NÃO JUNTADA. NÃO CONHECIMENTO. INSURGÊNCIA QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA. PRETENSO RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, AINDA QUE QUALIFICADA. EXEGESE DA SÚMULA 545. EDIÇÃO POSTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO. RETROATIVIDADE IMPOSSÍVEL. INDEFERIMENTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DA EXASPERAÇÃO EM OPOSIÇÃO AO CÚMULO MATERIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NAS DECISÕES ANTERIORES. ANÁLISE PELA VIA DA REVISÃO. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. DESCABIMENTO EM FACE DA PLURALIDADE DE DESÍGNIOS. CONCURSO MATERIAL MANTIDO. PEDIDO INDEFERIDO. (Revisão Criminal n. 4004814-85.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, j. em 25/7/2018)

Diante disso, impossível reconhecer a ocorrência de um único crime continuado em vez de dois homicídios em concurso material de infrações, uma vez que ausente entre cada uma das condutas dos agentes a unidade de desígnios, indispensável para a caracterização do crime continuado.

Logo, considerando que cada ação, relativamente a cada vítima, constitui crime autônomo, as penas foram corretamente somadas na forma do art. 69, *caput*, do Código Penal.

7 Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer em parte para afastar as preliminares e indeferir a revisão criminal.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Agravo de Execução Penal n. 000019-36.2020.8.24.0042, de Maravilha

Relator: Carlos Alberto Civinski

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO (LEP, ART. 197). INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO AGRAVADA QUE CONCEDEU REMIÇÃO PELO ESTUDO. APENADO QUE PARTICIPOU DO ENEM DE 2019. EXAME QUE NÃO CERTIFICA A CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. INVIABILIDADE DE CONCEDER O BENEFÍCIO. EXEGESE DA RECOMENDAÇÃO 44/2013, EDITADA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, INTERPRETADA EM CONSONÂNCIA COM O ART. 126, § 1º, I, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO REFORMADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 000019-36.2020.8.24.0042, da comarca de Maravilha (2ª Vara), em que é agravante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e agravado Deiviz Rodrigo de Castro Dallagnol:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento a fim de revogar a remição homologada em favor do apenado Deiviz Rodrigo de Castro Dallagnol pela participação no Exame Nacional do Ensino Médio/2019. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Desembargadores Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva e Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Florianópolis, 18 de junho de 2020.

Assinado digitalmente
Carlos Alberto Civinski
PRESIDENTE E relator

RELATÓRIO

Pronunciamento judicial agravado: o juiz de direito Guilherme Augusto Portela de Gouvêa, da 2ª Vara da comarca de Maravilha, declarou remidos 100 (cem) dias em favor do apenado Deiviz Rodrigo de Castro Dallagnol pela aprovação integral no Exame Nacional do Ensino Médio, nos moldes do art. 126 da Lei de Execução Penal e da Recomendação 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (fls. 22-26).

Recurso de Agravo de Execução Penal: o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso e argumentou que, em razão da Portaria 468/2017 do Ministério da Educação,

“a nota do ENEM, a partir de 2017, serve apenas para o acesso à Educação Superior, de modo que não há falar em remição, de sorte que a decisão judicial não encontra amparo legal e tampouco no entendimento jurisprudencial predominante”.

Requeru o conhecimento e provimento do presente recurso a fim de reformar a decisão impugnada (fls. 1-7).

Contrarrazões: o apenado, por intermédio de seu Defensor constituído, impugnou os argumentos apresentados sob o fundamento de que:

a) “existem inúmeros julgados favoráveis à homologação da remição pela aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, inclusive, independentemente de conclusão do ensino médio em momento anterior ao início do cumprimento da pena e, até mesmo se o apenado já for portador de diploma de nível superior”;

b) “embora o Exame Nacional do Ensino Médio não se presta à certificação de conclusão do ensino médio desde 2017, como mencionado pelo órgão ministerial, para a aprovação no exame era necessário atingir o mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos em cada área de conhecimento e 500 (quinhentos) pontos na prova de redação, consoante Portaria do INEP n. 144, de 24 de maio de 2012, desempenho esse obtido pelo reeducando”.

Postulou a manutenção da decisão objurgada (fls. 35-42).

Juízo de retratação: o juiz de direito Guilherme Augusto Portela de Gouvêa manteve a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos (fl. 43).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: o procurador de justiça Genivaldo da Silva manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 57-61).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido. E, em atenção ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, a apreciação limita-se aos argumentos expostos em sede recursal.

Trata-se de recurso interposto pelo Ministério Público contra decisão que declarou remidos 100 (cem) dias em favor do apenado Deiviz Rodrigo de Castro Dallagnol pela aprovação integral no Exame Nacional do Ensino Médio/2019, nos moldes do art. 126 da Lei de Execução Penal e da Recomendação 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ

O recurso, adiante-se, comporta provimento.

O instituto da remição está previsto no art. 126 da Lei de Execução Penal:

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

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

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; .../Ato2011-2014/2011/Lei/L12433.htm

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

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados.

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. .../Ato2011-2014/2011/Lei/L12433.htm

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. .../Ato2011-2014/2011/Lei/L12433.htm

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo. .../Ato2011-2014/2011/Lei/L12433.htm

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar.

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa.

A remição é um benefício que consiste no “desconto na pena do tempo relativo ao trabalho ou estudo do condenado, conforme a proporção prevista em lei. É um incentivo para que o sentenciado desenvolva uma atividade laborotápica ou ingresse em curso de qualquer nível, aperfeiçoando a sua formação. Constituindo uma das finalidades da pena a reeducação, não há dúvida de que o trabalho e o estudo são fortes instrumentos para tanto, impedindo a ociosidade perniciosa no cárcere. [...] A remição somente é viável quando o sentenciado estiver nos regimes fechado e semiaberto, pois, nessas hipóteses, como regra, deve trabalhar ou estudar no próprio estabelecimento penitenciário. No regime aberto, não cabe remição pelo trabalho, pois é obrigação do condenado, como condição para permanecer no mencionado regime, o exercício de atividade laboral honesta. Entretanto, a Lei 12.433/2011 permitiu a remição, em regime aberto, pelo estudo, como forma de incentivo ao sentenciado para tal atividade (art. 126, § 6º, LEP)” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. v. 2. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 308).

Ainda, a doutrina esclarece que “a disposição normativa do artigo 126 da LEP não deixava dúvida

de que o legislador pretendeu beneficiar, pela remição, o condenado que desenvolvesse atividade laborativa no presídio. No entanto, foram desenvolvidas teses doutrinárias e jurisprudenciais, estendendo o benefício da remição àqueles matriculados em curso de instrução (ensino fundamental, médio e superior). A aludida tese encontrava-se cristalizada no Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula 341 [A frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo da execução da pena sob regime fechado ou semiaberto]. Como consolidação desses posicionamentos jurisprudenciais e doutrinário, a Lei 12.433/2011 alterou o artigo 126 da LEP, para o fim de incluir o estudo, como uma das formas de o preso poder ser beneficiado com o instituto da remição” (COIMBRA, Mário; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; PRADO, Luiz Regis. **Direito de execução penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 174/175).

A redação do art. 126, I, da LEP, delimita o abreviamento de 1 (um) dia pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, superior, ou, ainda, de requalificação profissional.

Todavia, além do Superior Tribunal de Justiça, sob a ótica da finalidade da pena, admitir a interpretação extensiva *in bonam partem* do art. 126 da LEP, existe a Recomendação 44, de 26.11.2013, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelece critérios para tanto, sugere aos Tribunais o estímulo da remição por leitura e, estabelece sobre a remição no caso de participação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), que é o que se discute nos autos.

Vejamos:

Art. 1º Recomendar aos Tribunais que:

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

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

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

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

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

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

Como se vê, a referida recomendação estabelece a possibilidade de decote da pena em razão da aprovação em exame que reconheça a conclusão do ensino fundamental ou médio, tal qual o ENEM de 2016. A propósito, retira-se do edital do exame daquele ano:

16. DA CERTIFICAÇÃO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO

16.1 Os resultados do Enem podem ser utilizados para fins de CERTIFICAÇÃO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO pelas Instituições Certificadoras listadas no Anexo I deste Edital, que firmaram Termo de Adesão com o Inep para esse fim.

[...]

16.8 O PARTICIPANTE que indicar a pretensão de utilizar as notas do Enem para fins de certificação e, conforme disposto no art. 1º da Portaria/Inep nº 179, de 28 de abril de 2014, atingir o mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos em cada uma das áreas de conhecimento do exame e o mínimo de 500 (quinhentos) pontos na redação, deverá procurar a Instituição Certificadora indicada no ato de inscrição para solicitar o certificado de conclusão do Ensino Médio ou a declaração parcial de proficiência (grifou-se).

Com efeito, a Portaria 807 de 18.7.2010, do Ministério da Educação, permitia em seu art. 2º, II, que o resultado do ENEM certificasse a conclusão do ensino médio.

Entretanto, tal possibilidade foi afastada pela Portaria 468, de 3.4.2017, do Ministério da Educação, de sorte que, a partir do ano de 2017, o Exame Nacional para Certificação de Competências de Jovens e Adultos (ENCCEJA) tornou-se o instrumento para a certificação dos ensinos fundamental e médio.

Nesse passo, o edital do ENEM de 2019 – tal quais os do ENEM de 2017 e 2018 – não mais permite que a aprovação do examinado sirva para atestar a conclusão do ensino médio. Assim

sendo, a participação no ENEM de 2019 não preenche uma das exigências da Recomendação 44 do Conselho Nacional de Justiça, de modo que não há falar em remição na hipótese.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Câmara:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO, EM DECORRÊNCIA DE APROVAÇÃO NO EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO (ENEM/2019). EDIÇÃO DA PORTARIA 468/17 DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, QUE EXCLUIU A POSSIBILIDADE DE CERTIFICAÇÃO DO ENSINO MÉDIO POR MEIO DO ENEM (EXAME NACIONAL DO ENSINO MÉDIO). INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DA REMIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A partir do ano de 2017, com a edição da Portaria 468/17 do Ministério da Educação, a aprovação integral no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) não viabiliza a certificação de conclusão do ensino médio, e, de forma reflexa, não pode ser considerada para fins de remição da pena. (Agravado de Execução Penal 0000124-96.2020.8.24.0079, de Videira, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 14-05-2020, v.u.).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE REMIÇÃO DA PENA, POR APROVAÇÃO NO ENEM/2019. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO. POSSIBILIDADE. EXAME QUE DEIXOU DE CERTIFICAR APROVAÇÃO NO ENSINO MÉDIO. REQUISITO PARA CONCESSÃO DA BENESSE NÃO PREENCHIDO. DECISÃO QUE MERECE REFORMA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. “O Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a partir de 2017, deixou de servir como instrumento para certificação de conclusão do ensino médio, de modo que não há possibilidade de concessão de remição da pena pela participação no certame, mesmo porque, ante a ausência de previsão no edital de uma nota mínima de aprovação para cada campo de conhecimento, é impossível quantificar os dias a serem decotados.” (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0000719-43.2018.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 05-06-2018). (Agravado de Execução Penal 0000013-29.2020.8.24.0042, de Maravilha, rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Primeira Câmara Criminal, j. 14-05-2020, v.u.).

Com exceção da Terceira Câmara Criminal (Agravado de Execução Penal 0000324-77.2020.8.24.0023, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 12-05-2020, v.u.), esse é o entendimento majoritário desta Corte de Justiça:

RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE DEFERE REMIÇÃO. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REMIÇÃO PELO ESTUDO. PARTICIPAÇÃO NO ENEM DE 2018. MUDANÇAS NO EXAME (PORTARIA 468/17 DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO). CERTIFICAÇÃO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO (CNJ, RECOMENDAÇÃO 44/13, ART. 1º, IV). CONTAGEM DE TEMPO (LEI 7.210/84 (LEP), ART. 126, § 1º, I). O Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), a partir de 2017, deixou de servir como instrumento para certificação de conclusão do ensino médio, de modo que não há possibilidade de concessão de remição da pena pela participação no certame, mesmo porque, ante a ausência de previsão no edital de uma nota mínima de aprovação para cada campo de conhecimento, é impossível quantificar os dias a serem decotados. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravado de Execução Penal 0017150-70.2019.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 14-01-2020, v.u.).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR E DE REMIÇÃO PELO ESTUDO. PRISÃO DOMICILIAR CONCEDIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, APÓS A INTERPOSIÇÃO DO PRESENTE RECLAMO. PRETENSÃO PREJUDICADA. REMIÇÃO. PARTICIPAÇÃO NO ENEM EM 2019. EXAME QUE DEIXOU DE SERVIR PARA CERTIFICAÇÃO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. NÃO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS NO ART. 1º, IV, DA RECOMENDAÇÃO 44/13 DO CNJ. INVIABILIDADE DA CONTAGEM DE TEMPO A SER REMIDO (ART. 126, § 1º, I, DA LEP). RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. (Agravado de Execução Penal 0000358-97.2020.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, **Quarta Câmara Criminal**, j. 04-06-2020, v.u.).

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO POR ESTUDOS REALIZADOS. DECISÃO SINGULAR QUE INDEFERIU PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO EM RAZÃO DA REALIZAÇÃO DO ENEM 2019. INSURGÊNCIA DA APENADA. PRETENDIDA HOMOLOGAÇÃO DE 60 DIAS DE REMIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PORTARIA 468/2017 DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO QUE MODIFICOU O ENEM, NÃO MAIS PERMITINDO QUE SIRVA À CERTIFICAÇÃO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. APROVAÇÃO NO EXAME QUE, APÓS O ANO DE 2017, NÃO SERVE MAIS PARA FINS DE REMIÇÃO. BENESSE QUE PODE SER OBTIDA APENAS ATRAVÉS DO ENCCEJA. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DESTA EGRÉGIA CORTE DE JUSTIÇA E DESTA COLETA CÂMARA. DECISÃO RECORRIDA ACERTADA. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Execução Penal 0000399-19.2020.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, **Quinta Câmara Criminal**, j. 07-05-2020, v.u.).

Ressalta-se, por oportuno, que no edital do ENEM de 2019, por não haver previsão de certificação de conclusão do ensino médio, também inexistente indicativo de nota mínima para a aprovação no exame, o que, por si, inviabiliza a remição, uma vez que não se pode quantificar os dias a serem abatidos da pena.

Desse modo, imperativa a reforma da decisão do Juízo de origem, uma vez que é inviável a concessão da remição pela participação no ENEM de 2019, nos termos da Recomendação 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

Ante o exposto, o voto é pelo conhecimento e provimento do recurso a fim de revogar a remição homologada em favor do apenado Deiviz Rodrigo de Castro Dallagnol pela participação no Exame Nacional do Ensino Médio/2019.

Este é o voto.

Agravo de Execução Penal n. 0007415-28.2019.8.24.0033, de Itajaí

Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. DECISÃO QUE, AO HOMOLOGAR PERÍODO DE REMIÇÃO, DECLARA A PERDA DE 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS. SUSTENTADO *BIS IN IDEM* EM RAZÃO DO FATO DA FRAÇÃO DE PERDA JÁ TER INCIDIDO QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO ANTERIOR DE PRÁTICA DE FALTA GRAVE. INOCORRÊNCIA. PERDA DE DIAS REMIDOS QUE DEVE INCIDIR SOB TODA E QUALQUER HOMOLOGAÇÃO DE REMIÇÃO, POSTERIOR OU ANTERIOR À FALTA GRAVE, CONTANDO QUE O PERÍODO HOMOLOGADO SEJA PRÉVIO À INFRAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“[...] se por um lado é certo que a perda dos dias remidos não pode alcançar os dias trabalhados após o cometimento da falta grave, [...], por outro lado, não deve deixar de computar os dias trabalhados antes do cometimento da falta grave, ainda que não tenham sido declarados pelo juízo da execução, pena de subverter os fins da pena, culminando por premiar a indisciplina carcerária [...]”. (STJ - REsp. n. 1.675.218/RS, Rel. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, 26/06/2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0007415-28.2019.8.24.0033, da comarca de Itajaí Vara de Execuções Penais em que é Agravante Marcos José Serpa de Oliveira e Agravado o Ministério Público de Santa Catarina.

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

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Carlos Alberto Civinski, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 05 de março de 2020.

Assinado digitalmente

Desembargador Paulo Roberto Sartorato

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo em Execução Penal interposto pelo reeducando Marcos José Serpa de Oliveira em face da decisão proferida pela MMA. Juíza de Direito da Vara de Execuções

Penais da Comarca de Itajaí que, nos autos da Execução Penal n. 0052901-76.2013.8.24.0023, ao declarar a remição de pena por atividades laborativas desempenhadas, diminuiu do montante total a fração de 1/3 (um terço), conforme estipulado anteriormente em decisão de homologação de prática de falta grave (fls. 975/976 dos autos da execução penal).

Argumenta o agravante, em resumo, que impossível a declaração de perda de parte dos dias remidos do reeducando, sobretudo porque já descontada a fração de perda em decisão anterior, na qual havia sido reconhecida a prática de falta grave, sob pena de, procedendo de tal maneira, incorrer em *bis in idem*.

Pugna, desta forma, pela reforma da decisão, a fim de que não seja contabilizado referido desconto, tendo em vista a remição ter sido homologada posteriormente à decisão que reconheceu a prática da falta grave (fls. 01 e 12/14).

O representante do Ministério Público, em contrarrazões, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 24/28).

Após, diante da manutenção da decisão agravada (fl. 31), os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer da lavra do Exmo. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, manifestado-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 42/44).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto pelo reeducando Marcos José Serpa de Oliveira em face de decisão que, ao homologar a remição de pena a que o reeducando faria jus, declarou, em relação a parte dos períodos contabilizados, o desconto de 1/3 (um terço) do montante total.

O recurso é de ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Colhe-se dos autos que o Juízo *a quo*, ao homologar Processo Administrativo Disciplinar (PAD n. 0102/2017) instaurado em face do reeducando, reconheceu a prática de falta grave e, em consequência, determinou a manutenção do regime fechado, a alteração da data-base para o dia da prática da infração, qual seja, 18 de março de 2017, bem como declarou a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos (fls. 871/880 dos autos da execução penal).

Posteriormente, o Juízo *a quo* procedeu à homologação de novos períodos de remição aos quais faria jus o reeducando (atividade laborativa desempenhada), ressaltando, à ocasião, que, como parte dos lapsos analisados diziam respeito a período anterior à decisão de homologação da falta grave, nestes o montante fracionário de desconto anteriormente estipulado também deveria incidir. Veja-se (fls. 975/976 dos autos da execução penal):

[...] I - Remição

O sentenciado faz jus a remição de 72 por atividades laborativas realizadas entre 04/10/2015 a 10/03/2017, ou seja, período anterior ao cometimento da falta grave, já se considerando a perda de 1/3 declarada às fls. 871/880.

Tem direito, ainda, a 148 dias de remição por atividades laborativas realizadas posteriormente à nova data-base (18/03/2017), ou seja, entre 25/07/2017 a 08/10/2019 (fls. 969/971).

O sentenciado tem direito, igualmente, a 8 dias de remição por ter concluído curso de costura industrial, cuja carga horária foi de 100 horas/aula (certificado de fl. 674).

Total: 228 dias [...]. (Grifos originais).

Em face desta decisão que a defesa se insurge.

No entanto, razão não assiste às suas argumentações.

Isto porque, embora não se ignore que, por ocasião da decisão que homologou a prática de falta grave, a Magistrada *a quo* tenha realmente declarado a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos aos quais o reeducando faria jus naquela ocasião, a decisão posterior que homologou novos períodos de remição dizia parcialmente respeito a atividades laborativas desempenhadas anteriormente ao cometimento da falta grave, estando, conseqüentemente, plenamente abarcadas pelas estipulações da decisão que homologou a infração máxima, sobretudo aquelas referentes a perda de dias remidos. Isto é, a fração de desconto deverá incidir sobre toda e qualquer decisão de homologação de dias remidos, sejam aquelas proferidas anteriormente, sejam aquelas proferidas posteriormente à falta grave, exigindo-se, tão somente, que os períodos homologados sejam prévios à infração.

Neste direcionamento, “[...] se, por um lado, é certo que a perda dos dias remidos não pode alcançar os dias trabalhados após o cometimento da falta grave, [...], por outro lado, não deve deixar de computar os dias trabalhados antes do cometimento da falta grave, ainda que não tenham sido declarados pelo juízo da execução, pena de subverter os fins da pena, culminando por premiar a indisciplina carcerária [...]”. (STJ - REsp. n. 1.675.218/RS, Rel. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, 26/06/2017 - grifou-se)

Neste sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO AO RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO DA PENA. COMETIMENTO DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. PERDA DE 1/6 DOS DIAS REMIDOS, BEM COMO DOS ASSIM NÃO DECLARADOS JUDICIALMENTE. SÚMULA VINCULANTE Nº 9, DO EXCELSO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. [...]. **4. A decisão concessiva da remição tem cunho meramente declaratório, possui efeito de coisa julgada formal e está revestida da cláusula *rebus sic stantibus*, sendo admissível a perda dos dias remidos, ainda que trabalhados e não declarados judicialmente, anteriores à data do cometimento da falta grave.** [...]. (STJ - *Habeas Corpus* n. 286.791/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 03/06/2014). (Grifo não original).

Assim, não há qualquer irregularidade na decisão combatida, tampouco *bis in idem*, porquanto a fração de desconto incidiu sobre período de remição (atividade laborativa) anterior à prática de falta grave, em que pese reconhecida e homologada em juízo posteriormente, de modo que não há se falar em dupla punição pelo mesmo fato.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Mandado de Segurança n. 8000211-90.2019.8.24.0000, de Joinville

Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

MANDADO DE SEGURANÇA. PLEITO DO INSTITUTO DE ANÁLISES FORENSES - IAF/IGP/SC PARA QUE O JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL DA COMARCA DE JOINVILLE/SC AUXILIE NA COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO DOS DETENTOS PARA A INSERÇÃO NO BANCO DE PERFIS GENÉTICOS, NOS MOLDES DO ART. 9º-A, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (LEP). MAGISTRADO, ENTRETANTO, QUE INDEFERIU O PEDIDO POR, EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE, RECONHECER A INCONSTITUCIONALIDADE DO CITADO DISPOSITIVO. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA.

RECONHECIDA A LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA COM O ESCOPO DE PRESERVAR SUAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS. ATUAÇÃO NA QUALIDADE DE FISCAL DA LEI E DE ÓRGÃO DA EXECUÇÃO PENAL (ART. 61, III, DA LEP). MATÉRIA QUE ENVOLVE NÃO APENAS PROCEDIMENTO A SER OBSERVADO EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL MAS, TAMBÉM, FUTURAS INVESTIGAÇÕES E AÇÕES CRIMINAIS.

MATÉRIA AFETADA PELO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 973.837/MG. TODAVIA, AUSÊNCIA DE DECISÃO EXPRESSA SUSPENDENDO O TRÂMITE, NO PAÍS, DOS PROCESSOS QUE VERSEM SOBRE O MESMO TEMA QUE AUTORIZA O CONHECIMENTO E JULGAMENTO DO *MANDAMUS*. ADEMAIS, RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA SOBRE MATÉRIA DE DIREITO QUE NÃO IMPEDE A ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 625 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

MÉRITO. RECONHECIDA A CONSTITUCIONALIDADE DO PROCEDIMENTO DE COLETA DE MATERIAL GENÉTICO ESTABELECIDO PELA LEI N. 12.654/12, A QUAL ALTEROU O ART. 9º-A DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS. PRINCÍPIO DO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* QUE NÃO É ABSOLUTO. ANÁLISE DA MATÉRIA SOB A LUZ DA PROPORCIONALIDADE. PROCEDIMENTO INDOLOR QUE VISA A SOLUÇÃO JUSTA DE CRIMES GRAVES E DIMINUI AS CHANCES DE ERRO JUDICIÁRIO. DIGNIDADE HUMANA DO CONDENADO QUE SERÁ PRESERVADA PELA FISCALIZAÇÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. SEGURANÇA CONHECIDA E CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 8000211-90.2019.8.24.0000, da comarca de Joinville 3ª Vara Criminal em que é Impetrante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Impetrado Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do *mandamus* e conceder-lhe a segurança para determinar à autoridade coatora a fiel observância às determinações contidas no art. 9º-A da Lei de Execução Penal.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Alberto Civinski, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Roberto Sartorato.

Funcionou como representante do Ministério Público, a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Dra. Jayne Abdala Bandeira.

Florianópolis, 18 de junho de 2020.

Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público de Santa Catarina, contra ato acoimado de ilegal praticado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Joinville/SC que, nos autos do incidente de petição criminal n. 0001080-75.2019.8.24.0038, indeferiu o pleito formulado pelo Instituto de Análises Forenses – IAF/IGP/SC para que a autoridade coatora auxiliasse na implementação de coleta de amostra biológica de condenados pela prática de crimes dolosos de natureza grave contra a pessoa e crimes previstos no art. 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), com o intuito de que os dados colhidos fossem inseridos no Banco de Perfis Genéticos, nos termos do Aviso Ministerial n. 50/2018 do Ministério Extraordinário da Segurança Pública (fls. 2-3).

De início, o Ministério Público defendeu sua legitimidade ativa para impetrar o presente *mandamus*, sob o argumento de que, na condição de fiscal da lei e de órgão da execução penal, é manifesto o “*direito líquido e certo do Parquet para velar, fiscalizar e officiar em todos os processos executivos e em todos os seus incidentes, objetivando, notadamente quando da concessão de benefícios aos apenados, o efetivo resguardo da ordem jurídica e a estrita observância à legislação vigente. Ainda, de acordo com Paulo e Alexandrino (2014)*” (fl. 5).

No mérito, alegou que “*o Juiz da 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville afrontou os princípios da legalidade, do devido processo legal e da razoabilidade, uma vez que o magistrado ao dispensar a possibilidade de coleta de material genético de pessoa presa, para fins de inserção em Banco de Perfis Genéticos, dificultou o aprimoramento e modernização da investigação criminal, da resolução de crimes e o fortalecimento da segurança pública nacional*” (fl. 7).

Ressaltou a importância da identificação criminal, porquanto evita o cometimento de erros pelo Poder Judiciário e a responsabilização de terceiros por ato por eles não praticados, bem como “*desvenda crimes cuja autoria não se têm notícias e impede que o acusado se recuse a colaborar com o ente estatal.*” (fl. 10).

Salientou que “*não existem garantias fundamentais absolutas neste ordenamento jurídico pátrio, tampouco as que remetem aos direitos fundamentais.*” (fl. 10)

Ressaltou que “*o que deve ser sopesado, é se a medida causará risco à integridade física ou*

psicológica do indivíduo ou, eventualmente, à dignidade humana, o que, por óbvio, não ocorrerá in casu, sobretudo porque a colheita de material biológico não é considerada intercessão abusiva de identificação criminal. A valer, observa-se que a contribuição do indivíduo é limitada, razão pela qual não persistem motivos plausíveis para que não seja permitida a sua realização” (fl. 13).

Concluiu ser “*constitucional a extração de material biológico para elaboração de cadastro com intuito de apurar infrações penais supervenientes em face dos apenados condenados por crimes praticados dolosamente com violência ou grave ameaça contra a pessoa ou delitos previstos na Lei de Crimes Hediondos. Assim, não há que se falar que coleta de material genético não atende ao princípio da proporcionalidade, haja vista que somente os condenados por crimes gravíssimos é que serão submetidos a tal procedimento, tampouco em violação ao princípio da presunção de inocência, haja vista que os indivíduos sujeitos à extração de DNA (ácido desoxirribonucleico) foram condenados criminalmente”.* (fl. 14)

Requeru, portanto, a concessão da segurança, para os fins de permitir a coleta de amostra biológica dos condenados por crimes praticados dolosamente com grave violência contra a pessoa e crimes de natureza hedionda (art. 1º da Lei n. 8.072/1990) que já se encontram alocados junto às Unidades Prisionais da Comarca de Joinville/SC.

A autoridade coatora prestou informações às fls. 68-70.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge o qual se manifestou pela concessão da segurança.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Ministério Público de Santa Catarina, contra ato acoimado de ilegal praticado pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Joinville/SC que, nos autos do incidente de petição criminal n. 0001080-75.2019.8.24.0038, indeferiu o pleito formulado pelo Instituto de Análises Forenses – IAF/IGP/SC para que a autoridade coatora auxiliasse na implementação de coleta de amostra biológica de condenados pela prática de crimes dolosos de natureza grave contra a pessoas e crimes previstos no art. 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), com o intuito de que os dados colhidos fossem inseridos no Banco de Perfis Genéticos, nos termos do Aviso Ministerial n. 50/2018 do Ministério Extraordinário da Segurança Pública (fls. 2-3).

O pleito do IAF/IGP/SC esteve escorado no art. 9º-A da Lei de Execução Penal, sendo que o nobre Magistrado singular, após realizar controle difuso de constitucionalidade, julgou que a pretensão do Instituto afronta princípios e dispositivos constitucionais, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Destarte, após terem sido requisitadas informações à autoridade coatora (fl. 66), elas foram prestadas nos seguintes moldes (fls. 168-170):

Prestação de Informações em Mandado de Segurança n. 8000211-90.2019.8.24.0000/SC:

Impetrante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Juiz de Direito da 3a. Vara Criminal da Comarca de Joinville

Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Trata-se de incidente formado para deliberação acerca do ofício n. 0024/2019 recebido do Instituto de Análises Forenses – IAF/IGP/SC, que solicitou o apoio deste Juízo na implementação de coleta de amostra biológica de condenados pela prática de crimes dolosos de natureza grave contra a pessoa e crimes previstos no art. 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), a fim de que fossem os dados colhidos inseridos no Banco de Perfis Genéticos, em observância ao Aviso Ministerial n. 50/2018 do Ministério Extraordinário da Segurança Pública (fls. 2-3).

O Ministério Público, entendendo tratar-se de pedido com vistas à preservação da Segurança Pública e considerando o deferimento de semelhante pedido ocorrido na Comarca da Capital (fls 7-8), não se opôs ao pedido formulado pelo IAF/IGP/SC (fls. 12-13).

A Defensoria Pública manifestou-se pela não implementação do sistema de coleta de material biológico, por entender que a determinação contida no art. 9º-A da Lei de Execuções Penais viola direitos fundamentais e cláusula pétreia (fls. 17-8).

Em 21.2.2019, este Juízo prolatou decisão nos seguintes termos:

[...] Antes de adentrar ao mérito, primeiramente registre-se que os art. 8º e 9º, da LEP, estão inseridos no Título II (Do Condenado e do Internado), Capítulo 1 (Da Classificação), onde nitidamente constam providências ao Poder Executivo e órgãos de segurança pública e administração prisional, não ao Poder Judiciário.

Dito isso, passo ao mérito da questão.

Pois bem, não obstante a hodierna política de Segurança Pública, que algumas vezes traz no seu eixo a pena como símbolo da afirmação da ordem e outras como função possibilitadora da punição, cu, pré de uma vez por todas resgatar a original razão do direito penal, concebido como nada além de um sistema de garantias do cidadão. Direito penal este informador do sistema jurídico, através de um papel limitador do poder do Estado, amparado precipuamente não no Código Penal ou de Processo Penal, mas no art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 que, antes de gerar impunidade, cria isto sim a confiança de todos no Estado Democrático de Direito.

Na espécie, dispõe o art. 9-A, da LEP:

*Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, **obrigatoriamente**, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor (grife-se).*

Ou seja, da norma legal acima exposta, extrai-se que o reeducando, independentemente do seu consentimento, será obrigado a ceder material genético para efeito de cadastro em banco próprio.

*De plano, constata-se que o procedimento coercitivo de **identificação do perfil genético mediante colheita de material genético afronta o art. 5º, incisos LVII e LXIII, da CRFB/88, ferindo a garantia de que nenhum***

cidadão será obrigado a produzir prova contra si (nemo tenetur se detegere).

Neste ponto, mutatis mutandis, destaca-se recente questão amplamente debatida sobre a obrigatoriedade da participação em teste de “bafômetro” nos delitos de trânsito, in verbis:

*PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. **O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do ‘bafômetro’ ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (nemo tenetur se detegere). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.** 2. *Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei. [...] (STJ, REsp 1.111.566/DF, 3º Seção, rel Min. Marco Aurélio Bellizze, relator p/ o Acórdão Min, Adilson Vieira Maachbu, j. 28-3-2012) (grifou-se)**

Se isso não bastasse, há disposição expressa no art. 8.2, letra “g” da Convenção Americana de Direitos Humanos na qual ninguém será obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada. Observe-se que a norma em questão deve ser interpretada em nível hierárquico superior à lei.

Ressalta-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu como repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A, da LEP (RE 973837 RG/MG), estando o recurso pendente de julgamento, vide consulta realizada nesta data.

Ante o exposto, ainda que em sucinta fundamentação, este Juízo não tem dúvida sobre a inconstitucionalidade do art. 9-A, da LEP, sendo apenas questão de tempo decisão do Supremo Tribunal Federal nesse mesmo sentido.

Ex positis:

*Em razão de afronta direta às garantias dispostas nos **incisos LVII e LXIII do art. 5º da CF/88, em controle difuso, reconheço a inconstitucionalidade** do art. 9-A, da LEP, no tocante ao submetimento obrigatório da retirada de material genético de pessoa presa nesta Comarca de Joinville para fins de inserção no Banco de Perfis Genéticos.*

Intimem-se Ministério Público e Defensoria Pública.

Comunique-se ao Instituto de Análises Forenses – IAF/IGP/SC.

Comunique-se ao Presídio Regional de Joinville, à Penitenciária Industrial de Joinville e ao DEAP.

Tudo cumprido, archive-se este incidente [...].

O Parquet, por sua vez, pretende, em síntese, “a concessão da segurança pleiteada, para os fins de permitir a coleta de amostra biológica dos condenados por crimes praticados dolosamente com grave violência contra a pessoa e crimes de natureza hedionda (art. 1º da Lei n. 8.072/1990) que já se encontram alocados junto às Unidades Prisionais desta Comarca de Joinville (Presídio Regional e Penitenciária Industrial), para inserção no Banco de Perfis Genéticos, nos termos do art. 9-A da Lei de Execuções Penais, bem como daqueles que vierem a ser alocados nos referidos estabelecimentos

prisionais a partir da concessão da ordem, devendo os responsáveis pelas Unidades Prisionais comunicar a autoridade indicada pelo Instituto de Análises Forenses quando do ingresso de condenado por crimes dolosamente com grave violência contra a pessoa e crimes de natureza hedionda (art. 1º da Lei n. 8.072/1990) para providenciar a coleta de amostra Biológica”.

Destaca-se, portanto, que o presente *mandamus* está delimitado à análise da constitucionalidade/ legalidade do ato do poder estatal compelir o condenado, nos termos do art. 9ª-A, a fornecer seu DNA – independentemente de sua vontade – para a formação de banco de perfil genético.

Não se discute, portanto, a constitucionalidade da própria existência do banco de perfil genético em si, ou a utilização de outros meios que não envolvam um comportamento ativo do apenado.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, ponderações que bem resumem alguns dos principais pontos a serem abordados neste julgamento:

Embora os resultados de identificação criminal pelos processos tradicionais, como o datiloscópico e o fotográfico, eventualmente possam ser úteis no mesmo ou em outro procedimento criminal para apuração da autoria de um delito, não é essa a sua finalidade principal. A identificação pelo perfil genético tem natureza diversa, porque seu objetivo central não é o de tornar certa a identidade do suspeito ou acusado de um crime, para que não haja dúvidas sobre quem é a pessoa investigada ou o réu no processo. Sua finalidade, no inquérito policial ou na execução penal, é o de coletar elementos (material biológico) no inquérito policial ou na execução penal, é o de coletar elementos (material biológico) que possam subsidiar perícias técnicas com vistas à elucidação de um crime, pretérito ou futuro. Por essa razão, o exame da constitucionalidade das normas que preveem a identificação por perfil genético há que se realizar não somente em face do art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, mas, também e principalmente, em sua relação com os princípios e garantias que regem a investigação criminal e a produção de prova no processo penal. A Constituição Federal e as convenções internacionais não vedam a utilização do perfil genético como método de investigação e meio de prova. A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, aprovada na Conferência da Unesco de 16-10-2004, prevê que a utilização dos dados genéticos humanos em investigação ou processo penal rege-se pelas leis internas em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos (arts. 1º, c, 5º, III, e 12), inclusive no que diz respeito à possibilidade de dispensa do consentimento prévio do indiciado ou réu (art. 8º). Tem-se questionado, no entanto, a validade das novas normas legais porque violariam importantes princípios e garantias constitucionais (art. 5º, XLIX, LV, LVII, LVIII e LXIII). A coleta de material biológico para a elaboração de perfil genético não ofende a integridade física e moral do réu ou condenado, porque as técnicas científicas disponíveis permitem que ela seja feita de forma não invasiva, sem dano corporal mínimo, não vexatória e indolor, conforme determina a lei. O respeito ao contraditório ou à ampla defesa deve ser aferido no caso concreto em face da observância das normas que disciplinam a produção da prova técnica no processo penal (arts. 159 ss do CPP) e da efetiva concessão de oportunidade ao acusado de acompanhar e se contrapor aos métodos utilizados e aos resultados obtidos, oferecendo quesitos, indicando assistente técnico, requerendo esclarecimento de perito etc. **Mais relevantes são as objeções à possibilidade de coleta do material biológico sem o consentimento do indiciado ou do condenado e de preservação do perfil genético em um banco próprio.** A Constituição Federal, ao garantir o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), acolheu o princípio do *nemo tenetur se detegere*. **Se ninguém pode ser constrangido a produzir provas contra si próprio, como se tem reconhecido também em outras hipóteses, como a de recusa de fornecer material grafotécnico, de se submeter ao**

teste de etilômetro e de colaborar na reprodução simulada dos fatos, maior razão ampara aquele que recusa à identificação por perfil genético, por implicar fornecimento de material do próprio corpo para a extração do DNA e a decifração do código genético que, biologicamente, o caracteriza como indivíduo. Além da obrigatoriedade da coleta do material genético, tem-se questionado a preservação do perfil genético em um banco específico, porque suas únicas finalidades **seriam as de facilitar a apuração de crimes futuros que possa o condenado praticar e de propiciar elementos de provas a serem utilizados nas eventuais ações penais, o que afrontaria o princípio da presunção de inocência.** Por fim, sustenta-se que a identificação por perfil genético fere o direito à intimidade (art. 5º, X, da CF) e teme-se que, embora prevista a confidencialidade do conteúdo do banco, os dados genéticos armazenados possam favorecer práticas discriminatórias, reavivar conceitos lombrosianos e contribuir para a hipertrofia do controle estatal sobre o indivíduo. A constitucionalidade ou não da coleta de material genético para a constituição do banco de dados encontra-se sob a apreciação do STF. (MIRABETE, Júlio Fabbrini, Execução Penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984 - 13. ed. rev., e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, ps. 47/48).

A segurança, adianta-se, deve ser concedida.

2. Da legitimidade ativa do Ministério Público

De início, faz-se curial destacar a legitimidade ativa do Ministério Público para a impetração do presente *mandamus*.

Em âmbito constitucional, o art. 5º, LXIX, da Carta Magna não faz qualquer restrição acerca de quem pode impetrar o mandado de segurança, afirmando apenas que será concedido “*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*”.

Disciplinando o tema, o art. 1º da Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/09) prevê que o mandado de segurança poderá ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica que sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O Desembargador e doutrinador, Dr. Hélio do Valle Pereira, ao discorrer acerca da possibilidade de pessoas jurídicas impetrarem mandado de segurança, ensina que o Ministério Público (além de outros órgãos), pode fazê-lo com o escopo de preservar suas atribuições:

A nova Lei do Mandado de Segurança fala que poderá impetrá-lo *qualquer pessoa física ou jurídica*. Antes se falava de ilicitude sofrida por alguém.

[...]

O *caput* do art. 1º ora comentado merece uma interpretação que não seja literal. É que se deve fazer uma diferenciação entre *pessoas e sujeitos de direito*. As primeiras têm personalidade jurídica, de sorte que estão

voltadas a atuar juridicamente de forma ampla. Mas existem entes que, mesmo desprovidos de personalidade (e não constituindo pessoas), podem integrar relações jurídicas, só que de maneira limitada à sua razão de existência. São *sujeitos de direitos* sem serem *pessoas*. Podem ser chamados de *sujeitos personificados não humanos* ou *grupos com personificação anômala*.

[...]

É tradicional, ainda, o reconhecimento da legitimidade ativa de órgãos públicos. Quer dizer, não somente à pessoa jurídica (que representa a congregação de todos os seus órgãos) é dada a legitimidade para o uso do mandado de segurança, mas também, em caráter eventual, a algum de seus componentes. [...] **O mesmo vale para os tribunais (jurisdicionais ou de contas), o Ministério Público**, a Defensoria Pública, cartórios extrajudiciais ou comissões parlamentares. Aliás, até “*agentes políticos que detenham prerrogativas funcionais específicas do cargo ou do mandato (Governadores, Prefeitos, Magistrados, Parlamentares, Membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, Ministros e Secretários de Estado e outros)*” **podem fazer uso do mandado de segurança para preservar suas atribuições**. (O Novo Mandado de Segurança / Hélio do Valle Pereira – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, ps. 37/38, grifou-se)

O art. 127, *caput*, da Constituição Federal, por sua vez, atribui ao Ministério Público a incumbência da “*defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.”

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93) prevê, em seu artigo 32, I, que compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições, “*impetrar habeas corpus e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes*”.

Espelhando a regra nacional, a Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina determina que é função institucional do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável, “*impetrar ‘habeas corpus’ e mandado de segurança*” (art. 82, V).

É fato incontestável, portanto, que ao Ministério Público é dada a faculdade de impetrar mandado de segurança contra atos que coloquem em risco os bens jurídicos protegidos por suas atribuições institucionais.

O art. 127, II, do Código de Processo Penal, por sua vez, atribui ao *Parquet* a função institucional de fiscalizar a execução da lei, ao passo que o art. 61, III, da Lei de Execuções Penais afirma que o Ministério Público é “órgão da execução penal” e o art. 67, *caput*, que “o Ministério Público fiscalizará a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes de execução”.

O caso objeto deste mandado de segurança, por sua vez, diz respeito à suposta violação, pelo Juízo da Execução Penal do município de Joinville/SC, de dispositivo contido na Lei n. 7.210/84 destinado a compelir certos condenados a fornecerem seu material biológico para a formação de banco de dados de identificação de perfis genéticos.

É inegável, portanto, que o suposto direito líquido e certo pretensamente a ser protegido pelo

manejo do presente *mandamus* diz respeito tanto a condutas praticadas no âmbito da execução penal quanto, ainda, a futuras investigações criminais que poderão vir a resultar no ingresso de ações penais, cenário que torna evidente a legitimidade ativa do Ministério Público de Santa Catarina.

3. Do Recurso Extraordinário n. 973.837/MG e a admissibilidade do *mandamus*

Antes de adentrar na temática constitucional que orbita o tema, é curial ressaltar que a matéria será objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que já foi reconhecida a sua repercussão geral, conforme voto do eminente Ministro Relator Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 973.837, *in verbis*:

Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. (RE 973837 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG 10-10-2016 PUBLIC 11-10-2016)

Do corpo do supracitado acórdão, extrai-se:

[...]

No recurso extraordinário, a defesa reitera os argumentos concernentes à violação do princípio constitucional da não autoincriminação, bem como ao art. 5º, inc. II, da CF/88.

Em síntese, assevera que a obrigatoriedade de fornecimento de material genético a quem já foi processado, condenado definitivamente e está cumprindo pena não deixa dúvida quanto à sua identificação criminal.

Ainda informa que a Lei 12.037/2009 (Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal), em seu artigo 3º, inciso IV, estabelece quais as situações permissivas da coleta de material para obtenção de perfil genético do investigado/processado.

A irresignação não foi admitida por óbice da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal (p. 77).

Contra referida decisão foi interposto agravo nos próprios autos, que repisa a tese exposta no recurso extraordinário, refutando os fundamentos da decisão recorrida.

Instado a se manifestar, o Parquet opinou pelo não provimento do agravo. (p. 97-102)

Dei provimento ao agravo para melhor apreciar a questão.

É o relatório.

Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes,

de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já se debruçou sobre a questão em algumas oportunidades. Em *Van der Velden contra Holanda*, 29514/05, decisão de 7.12.2006, o Tribunal considerou que o método de colheita do material – esfregação de cotonete na parte interna da bochecha – é invasivo à privacidade. Também avaliou como uma intromissão relevante na privacidade a manutenção do material celular e do perfil de DNA. Quanto a esse aspecto, remarcou-se não se tratar de métodos neutros de identificação, na medida em que podem revelar características pessoais do indivíduo. No entanto, a Corte avaliou que a adoção da medida em relação a condenados era uma intromissão proporcional, tendo em vista o objetivo de prevenir e investigar crimes.

No caso *S. e MARPER contra Reino Unido* (decisão de 4.12.2008), o Tribunal afirmou que a manutenção, por prazo indeterminado, dos perfis genéticos de pessoas não condenadas, viola o direito à privacidade, previsto no art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por outro lado, no caso *Peruzzo e Martens contra Alemanha* (30562/04 e 30566/04, decisão de 4 de dezembro de 2008), considerou-se manifestamente infundada a alegação de que a manutenção, em bancos de dados estatais, de perfis genéticos de condenados por crimes graves violaria o direito à privacidade.

De tudo se extrai o reconhecimento de que as informações genéticas encontram proteção jurídica na inviolabilidade da vida privada – privacidade genética.

No caso brasileiro, a Lei 12.654/12 introduziu a “coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético”, em duas situações: na identificação criminal (art. 5º, LVIII, CF, regulamentado pela Lei 12.037/09) e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A).

Cada uma dessas hipóteses tem um regime diferente. Na identificação criminal, a investigação deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se a medida é “essencial às investigações” (art. 3º, IV, combinado com art. 5º, parágrafo único). Os dados poderão ser eliminados “no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”.

Os dados dos condenados, por outro lado, serão coletados como consequência da condenação. Não há previsão de eliminação de perfis.

Em ambos os casos, os perfis genéticos são armazenados em banco de dados. Os dados podem ser usados para instruir investigações criminais (art. 9-A, §2º, da Lei 7.210/84) e para a identificação de pessoas desaparecidas (art. 8º do Decreto 7.950/13). São instrumentos de proteção da privacidade o caráter sigiloso dos dados e a vedação da inclusão de informações relativas aos “traços somáticos ou comportamentais”, salvo quanto ao gênero – art. 5º-A, §1º.

A inclusão e manutenção de perfil genético de condenados em banco de dados estatal não é aceita, de forma unânime, como compatível com direitos personalidade e prerrogativas processuais, consagrados pelo art. 5º da CF. Há decisões de Tribunais de Justiça afastando a aplicação da lei. O STF já acolheu reclamações do Ministério Público, fundadas na Súmula Vinculante 10, contra atos de Tribunal de Justiça mineiro que afirmavam a inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, sem observar a reserva de plenário – Reclamações 19.843, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe 25.6.2015; 19.208, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe 9.9.2015; 20.950, Cármen Lúcia; 23.163, Teori Zavascki.

Trata-se de questão constitucional que tem relevância jurídica e social.

No caso concreto, o recorrente, condenado por crimes praticados com violência contra a pessoa e por crimes hediondos, insurge-se contra a inclusão e manutenção de seu perfil genético em banco de dados, sob a alegação de violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se autoincriminar.

Ante o exposto, voto por reconhecer a repercussão geral da alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos.

Salienta-se, por oportuno, que a existência do supracitado Recurso Extraordinário – cuja repercussão geral já foi reconhecida – não impede a análise do presente *mandamus*, porquanto inexistente, até a presente data, qualquer decisão que determine o sobrestamento dos processos que versem sobre o mesmo tema.

Com efeito, a própria Suprema Corte, ao julgar questão de ordem suscitada pelo Ministro Luiz Fux nos autos do RE 966.177, firmou o entendimento de que o art. 1.035, §5º, do Código de Processo Civil não prevê a suspensão automática do trâmite dos processos, ao redor do País, que possuam temática igual àquele no qual o STF reconhece a existência de repercussão geral.

Veja-se:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRAVENÇÕES PENAIS DE ESTABELECEER OU EXPLORAR JOGOS DE AZAR. ART. 50 DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO, CONFORME A DISCRICIONARIEDADE DO RELATOR, DO ANDAMENTO DOS FEITOS EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, POR FORÇA DO ART. 1.035, § 5º, DO CPC/2015. APLICABILIDADE AOS PROCESSOS PENAIS. SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA RELATIVA AOS CRIMES PROCESSADOS NAS AÇÕES PENAIS SOBRESTADAS. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 116, I, DO CP. POSTULADOS DA UNIDADE E CONCORDÂNCIA PRÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. FORÇA NORMATIVA E APLICABILIDADE IMEDIATA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PUNITIVA, DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA VEDAÇÃO À PROTEÇÃO PENAL INSUFICIENTE.

1. A repercussão geral que implica o sobrestamento de ações penais, quando determinado este pelo relator com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, susta o curso da prescrição da pretensão punitiva dos crimes objeto dos processos suspensos, o que perdura até o julgamento definitivo do recurso extraordinário paradigma pelo Supremo Tribunal Federal.

2. A suspensão de processamento prevista no §5º do art. 1.035 do CPC não é consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada com fulcro no caput do mesmo dispositivo, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la.

3. Aplica-se o §5º do art. 1.035 do CPC aos processos penais, uma vez que o recurso extraordinário, independentemente da natureza do processo originário, possui índole essencialmente constitucional, sendo esta, em consequência, a natureza do instituto da repercussão geral àquele aplicável.

4. A suspensão do prazo prescricional para resolução de questão externa prejudicial ao reconhecimento do crime abrange a hipótese de suspensão do prazo prescricional nos processos criminais com repercussão geral reconhecida.

5. A interpretação conforme a Constituição do art. 116, I, do CP funda-se nos postulados da unidade e concordância prática das normas constitucionais, isso porque o legislador, ao impor a suspensão dos processos sem instituir, simultaneamente, a suspensão dos prazos prescricionais, cria o risco de erigir sistema processual que vulnera a eficácia normativa e aplicabilidade imediata de princípios constitucionais.
6. O sobrestamento de processo criminal, sem previsão legal de suspensão do prazo prescricional, impede o exercício da pretensão punitiva pelo Ministério Público e gera desequilíbrio entre as partes, ferindo prerrogativa institucional do Parquet e o postulado da paridade de armas, violando os princípios do contraditório e do *due process of law*.
7. O princípio da proporcionalidade opera tanto na esfera de proteção contra excessos estatais quanto na proibição de proteção deficiente; in casu, flagrantemente violado pelo obstáculo intransponível à proteção de direitos fundamentais da sociedade de impor a sua ordem penal.
8. A interpretação conforme à Constituição, segundo os limites reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontra-se preservada, uma vez que a exegese proposta não implica violação à expressão literal do texto infraconstitucional, tampouco, à vontade do legislador, considerando a opção legislativa que previu todas as hipóteses de suspensão da prescrição da pretensão punitiva previstas no ordenamento jurídico nacional, qual seja, a superveniência de fato impeditivo da atuação do Estado-acusador.
9. O sobrestamento de processos penais determinado em razão da adoção da sistemática da repercussão geral não abrange: a) inquéritos policiais ou procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público; b) ações penais em que haja réu preso provisoriamente.
10. Em qualquer caso de sobrestamento de ação penal determinado com fundamento no art. 1.035, §5º, do CPC, poderá o juízo de piso, a partir de aplicação analógica do disposto no art. 92, caput, do CPP, autorizar, no curso da suspensão, a produção de provas e atos de natureza urgente.
11. Questão de ordem acolhida ante a necessidade de manutenção da harmonia e sistematicidade do ordenamento jurídico penal. (RE-RG-QO 966177, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 07/06/2017, publicado em 01/02/2019, Tribunal Pleno, grifou-se)

De igual modo, não se cogita a tese de que o simples fato da matéria ser controvertida impeça o conhecimento do mandado de segurança por eventual ausência de direito líquido e certo.

A propósito, a Súmula n. 625 do STF dispõe que *“controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança.”*

Hélio do Valle Pereira, mais uma vez, é certo ao lecionar sobre o assunto:

[...]

De outro lado, ainda que seja estafante o encontro da solução jurídica; mesmo que seja necessária a realização de imenso esforço exegético para detectar a solução para o caso concreto; malgrado a realização de pesquisas intermináveis para prolação da sentença; mesmo nesses casos o direito não perde a liquidez e certeza. Correta a Súmula 625 do STF, que expõe que *“Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”*. Retornando aos exemplos, tenha-se que o impetrante apresente uma intrincada questão jurídica, absolutamente original e que reclame do juiz uma alentada pesquisa e uma profunda fundamentação. O mandado de segurança será plenamente admissível; somente quando houver

dúvida quanto aos fatos é que a demanda será inaceitável. (O Novo Mandado de Segurança / Hélio do Valle Pereira – Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 32)

Desse modo, a existência de recurso extraordinário, com repercussão geral, versando sobre o mesmo tema, não impede o conhecimento deste Mandado de Segurança.

3.2. Da possibilidade de concessão da segurança

Sancionada pela então Presidente Dilma Roussef, no dia 28 de maio de 2012, a Lei n. 12.654/12 instituiu a criação do banco de perfil genético nacional e alterou as leis n. 12.037/09 e de Execução Penal, com o escopo de estatuir a coleta de material genético como forma de identificação criminal.

Tratou-se, pois, de alteração legislativa de autoria do Senador Ciro Nogueira, a qual busca regulamentar a coleta e utilização de material genético, cujos dados, segundo o próprio projeto de lei:

- “deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal”;
- “não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais de pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos”;
- “terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial”;
- “deverão ser consignados em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado”;
- serão armazenados em “banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo”;
- serão excluídos dos bancos de dados quando do “término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito”.

Para sistematizar a coleta deste material genético, a Lei n. 12.654/12 alterou a Lei de Execuções penais para incluir a seguinte redação no *caput* do art. 9º-A:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

A extração compulsória deste material genético, no entanto, é tema de grande controvérsia, sendo este o objeto do presente *mandamus*.

Pois bem.

Em oposição à constitucionalidade da coleta compulsória, costuma-se citar o princípio do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém será compelido a produzir provas contra si mesmo.

Todavia, conquanto fundamental em um Estado Democrático de Direito, supracitado princípio, tal como os demais presentes no ordenamento jurídico pátrio, não é absoluto, e deve ser analisado sob a luz da proporcionalidade.

Nesta linha, a pretensão do *Parquet*, pautada na redação expressa do art. 9º-A da Lei de Execução penal, parece atender aos mais rigorosos critérios de proporcionalidade, uma vez que consubstanciada em procedimento de baixa evasividade corporal (na hipótese de não ser voluntário), destinado à melhora nos procedimentos de investigações criminais futuras.

De igual modo, a análise pormenorizada das alterações realizadas na Lei n. 12.037/09 revela a criação de mecanismos destinados a preservar a esmerada utilização dos dados oriundos do material genético coletado, prevendo que eles serão sigilosos, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa de sua manipulação para fins diversos aos constantes na lei (art. 5º-A, §2º), bem como a proibição de revelar “*traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.*” (art.5º-A, §1º)

Salienta-se, portanto, que não se está a criar, por exemplo, um sistema que busca criminalizar determinado comportamento pautado na aparência ou traços comportamentais de um indivíduo com base no seu perfil genético, nos moldes dos ensinamentos fracassados preconizados por Cesare Lombroso de um “direito penal do autor”.

Busca-se tão apenas aprimorar a técnica investigativa em determinados crimes cuja identificação da autoria delitiva demonstra-se, não raras vezes, de difícil esclarecimento, fornecendo aos agentes estatais um acesso a possibilidade de constituir arcabouço probatório mais robusto, apto a prover à sociedade, a um só tempo, uma maior proteção face a condenações criminais injustas e um combate mais qualificado contra práticas criminosas das mais abomináveis.

Nesse passo, a coleta regulamentada no art. 9º-A da Lei de Execução Penal, por ser **indolor**, não carrega consigo nenhum vício de inconstitucionalidade, sobretudo por tratar de procedimento em que a mais severa observância à dignidade humana do condenado está submetida à fiscalização do Juízo da Execução Penal.

Nesse ponto, merece destaque as seguintes ponderações realizadas pelo Ministério Público (fls. 17-19):

Ressalte-se que, apesar de compulsória, em caso de recusa do apenado em fornecer saliva, a coleta não será feita pelo método ordinário com o uso de força física. Nesses casos, documenta-se o fato em termo próprio, que é submetido à autoridade judicial competente, a qual deliberará pela obtenção do material mediante um dos procedimentos alternativos existentes, discriminados abaixo. Aqui também não se cogita ofensa à não autoincriminação, nem, tampouco, à dignidade do indivíduo.

O Instituto Nacional de Criminalística, ao tratar do tema, esclareceu que os procedimentos alternativos para coleta do perfil genético terão lugar quando o agente não concordar em fornecer o material biológico. Nesse sentido, listou três distintas possibilidades, todas sempre acompanhadas por perito, a fim de evitar a contaminação do material e documentar a cadeia de custódia:

- a) a utilização de material biológico coletado em eventuais exames de saúde feitos no indivíduo custodiado;
- b) a coleta de objetos pessoais – escovas de cabelo, copos ou talheres usados, roupas íntimas, entre outros, coletados em ambiente isolado e/ou controlado;
- c) a busca e apreensão, mediante prévia autorização judicial, de objetos pessoais – esta última hipótese de aplicação mais restrita.

Portanto, não há violação à integridade do corpo do indivíduo apenado, nem ofensa a sua dignidade, destacando-se sobretudo que a coleta do material genético é procedimento indolor e minimamente invasivo.

Contudo, é possível entrever, na execução dos procedimentos alternativos, alguma incursão na esfera privada do indivíduo; daí, todavia, não reponta inconstitucionalidade da lei. Nesses casos, imperioso o sopesamento dos direitos constitucionais em apreço. A lei prevê inúmeras hipóteses em que a privacidade do indivíduo cede ante a segurança, por exemplo, as interceptações telefônicas, quebras de sigilos bancário, fiscal, telemático e telefônico, o procedimento de reconhecimento, a busca e apreensão, entre tantos outros.

No que toca a não autoincriminação, o Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado do Maranhão afirmou, por meio da Nota Técnica n. 04/2018, não prosperar as alegadas violações a esse princípio:

A uma, porque a prova científica aqui analisada não tem valoração processual absoluta, haja vista que o legislador infraconstitucional lhe concedeu poderes limitados. A duas, porque o princípio da não autoincriminação não tem o condão de atribuir ao indivíduo o caráter de “intocável”, reinando plenamente sobre toda a matéria probatória, em detrimento da adequada persecução penal, a qual protege princípios, em certos aspectos, maiores que àquele, tais como a ordem pública, paz social e integridade do cidadão contra a prática de delitos, etc.

No mesmo sentido, leciona Marcão (2014, p. 67) acerca da constitucionalidade da disposição legal:

Ao contrário do que se tem proclamado amiúde, o que está disciplinado no art. 9-A da LEP é a intervenção compulsória e indolor no corpo do condenado, portanto, **a lei não obriga a agir de forma contrária ao seu interesse e com isso produzir prova contra si mesmo, mas autoriza o Estado a dele retirar, de forma compulsória, em verdadeiro constrangimento legal, material genético que irá identificá-lo definitivamente e alimentar banco de dados.** Uma coisa é obrigar alguém a fornecer algo contra sua vontade, outra, bastante distinta, é obrigá-lo a suportar a ‘retirada compulsória’. Não se deve confundir ação com inação. [...] Sob o enfoque da produção de prova criminal contra os interesses do investigado, a identificação datiloscópica permitida ainda que excepcionalmente no art 5º, LVIII, da Constituição Federal, não é providência tão distinta daquela regulada no art. 9º-A da LEP, na medida em que permite a coleta de impressões digitais aptas a abastecer banco de dados, cujo conteúdo poderá ser utilizado como paradigma na apuração de outros crimes de igual autoria. **O direito de não produzir prova contra si mesmo é garantia que se extrai da melhor interpretação do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, e do art. 8º, II, g, da**

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas, por aqui, tais regras não foram violadas. Não é inconstitucional, portanto, o art. 9º-A da LEP, apesar da revelada deficiência técnica e intelectual do legislador ordinário. 17(grifos nossos, itálico no original).

Sobre o tema, Nucci (2014, p. 171), posiciona-se pela constitucionalidade da obrigação da identificação do perfil genético do condenado:

Constitucionalidade da medida: a identificação criminal, quanto mais segura, melhor. O Estado tem possibilidade de apurar crimes e sua autoria com certeza de não processar um indivíduo em lugar de outro, por falha na documentação colhida, sujeita que é aos mais diversos procedimentos de falsificação. O acusado, igualmente, terá oportunidade de não responder por delitos cometidos por pessoa diversa. **Logo, não vislumbramos nenhuma lesão a direito ou garantia individual nessa medida.** Coleta-se material biológico (DNA) para a perfeita identificação criminal, de acordo com o perfil genético. Estipulou-se o procedimento para os condenados por delitos graves (dolosos cometidos com violência contra a pessoa) e aos sentenciados por delitos hediondos. Em verdade, deveria ter fixado para todos os condenados, evitando-se qualquer espécie de erro judiciário, independentemente da gravidade do crime. Mas é um começo. A colheita do material não será invasiva, como já não é no tocante à impressão datiloscópica e à fotografia. Os dados ficam arquivados em banco sigiloso. A eles somente terá acesso o juiz competente, em caso de investigação criminal, a pedido de autoridade policial, de modo a realizar confronto com outros elementos colhidos, permitindo-se estabelecer, com nitidez, a autoria de um delito ou excluí-la com a mesma segurança. Note-se: não se vai exigir do indiciado ou acusado que faça prova contra si mesmo doando material genético para confrontar com o perfil contido no banco de dados. Na verdade, a polícia poderá extrair da cena do crime todos os elementos necessários para estabelecer um padrão de confronto (ex.: fio de cabelo, sêmen, sangue etc.). Diante disso, havendo dúvida quanto à identidade do autor, pode-se acessar o banco de dados para checar o perfil genético ali constante, a ser estabelecido por laudo pericial. O material encontrado na cena do crime não foi compulsoriamente extraído do autor da infração penal, mas apenas colhido pelo agente estatal. Aliás, o mesmo se dá, hoje, quando uma câmera qualquer filma um crime; valendo-se das imagens, a polícia pode encontrar o suspeito. Ou, ainda, quando se colhe, no local da infração, a impressão datiloscópica, permitindo-se encontrar o agente. **Em suma, colher material genético para a identificação criminal de qualquer condenado não é procedimento suficiente para prejudicialo; ao contrário, busca-se assegurar a sua perfeita individualização.** Se, no futuro, ele tornar a cometer um crime e o Estado, de posse de material colhido no local do delito ou da vítima, puder confrontar com os dados constantes do banco genético, encontrando-se o autor, cuida-se do aperfeiçoamento do sistema investigatório. O acusado não forneceu, obrigatoriamente, material algum para fazer prova contra si mesmo. O ponto de vista é outro: o Estado colheu dados noutras fontes e confrontou com perfil genético já existente.¹⁸ (grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, confirmou a higidez do procedimento, em voto de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro:

PENAL E EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. COLETA DE MATERIAL GENÉTICO.

PACIENTE CONDENADO POR CRIME COM VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA E CRIME HEDIONDO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Segundo o art. 9º-A da Lei de Execução Penal, Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no

8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

2. No caso em exame, o paciente cumpre pena pela prática dos crimes de homicídio qualificado (duas vezes), ocultação de cadáver, crueldade contra animais e posse irregular de arma de fogo de uso permitido, restando atendidos, assim, os requisitos legais estatuídos pelo dispositivo supracitado: condenação por crime com violência de natureza grave contra pessoa ou aqueles constantes do rol do art. 1º da Lei n. 8.072/1990.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 536.114/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 10/02/2020)

Do corpo do supracitado acórdão, extrai-se a seguinte fundamentação que bem se amolda ao debate deste Mandado de Segurança:

[...]Inicialmente, é de se destacar que o julgamento da matéria foi afetado ao Plenário da Suprema Corte, sob o rito da repercussão geral (Tema 905), estando os autos conclusos ao relator desde 8/4/2019, consoante informações disponíveis no site do STF, em pesquisa realizada em 16/12/2019.

A matéria posta sob análise é complexa e comporta nuances de diversos aspectos, a saber, dentre outros: dignidade da pessoa humana, o direito a não autoincriminação, devido processo legal, ampla defesa e direito à intimidade. No espectro da presente impetração, levando-se em conta a submissão da questão ao rito de repercussão geral perante a Corte Suprema, importará a análise do alegado constrangimento ilegal que se imporá ao paciente com a determinação da coleta genética e a declinada motivação, sem o aprofundamento sob o prisma constitucional.

Com efeito, a Lei de Execução Penal prevê em seu art. 9º-A:

Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012) § 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.654, de 2012) § 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

No caso em exame, o paciente cumpre pena pela prática dos crimes de homicídio qualificado (duas vezes), ocultação de cadáver, crueldade contra animais e posse irregular de arma de fogo de uso permitido, restando atendidos, assim, os requisitos legais estatuídos pelo dispositivo supracitado: condenação por crime com violência de natureza grave contra pessoa ou aqueles constantes do rol do art. 1º da Lei n. 8.072/1990.

Entendimento que encontra respaldo em outros julgados da Corte Cidadã:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES DE ESTUPRO.

CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS. EXAME DE DNA. ALEGADA PROVA ILÍCITA. NÃO OCORRÊNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO ACERCA DA CONDENAÇÃO. LEI 12.654/12. COLETA DE PERFIL GENÉTICO. IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A condenação do recorrente pelos delitos de estupro e estupro na forma tentada, na hipótese, fundamentou-se em elementos concretos extraídos dos autos que comprovaram a materialidade e a autoria delitivas, de modo que os laudos periciais (exame de DNA) não consistiram no único elemento de prova produzido. Além da confissão extrajudicial, realizada de maneira clara e detalhada, aliada aos depoimentos das duas vítimas - e ainda de uma terceira, corroborada pelo depoimento de um vizinho, - foram uníssonas no sentido de apontar o recorrente como autor dos delitos. Logo, desinfluyente a tese de que a coleta de material genético para a realização do exame de DNA teria sido colhida de forma ilegal, até porque o recorrente autorizou a realização do exame (precedente).

II - **Outrossim, com o advento da Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, admite-se a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, seja durante as investigações, para apurar a autoria do delito, seja quando o réu já tiver sido condenado pela prática de determinados crimes, quais sejam, os dolosos, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos (arts. 1º e 3º).** Recurso ordinário desprovido. (RHC 69.127/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 26/10/2016, grifou-se).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. REGISTRO MEDIANTE GRAVAÇÃO EM MEIO AUDIOVISUAL. UTILIZAÇÃO DO PADRÃO VOCAL DO ACUSADO OBTIDO DURANTE A AUDIÊNCIA PARA FINS DE COMPARAÇÃO COM VOZ ATRIBUÍDA A UM DOS INTERLOCUTORES INTERCEPTADOS. NECESSIDADE DE CONCORDÂNCIA EXPRESSA DO ACUSADO. PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. ART. 5º, LXIII, DA CF/88. NEMO TENETUR SE DETEGERE. AUSÊNCIA DE PRÉVIA ADVERTÊNCIA DE QUE A QUALIFICAÇÃO E O INTERROGATÓRIO GRAVADOS PODERIAM SER UTILIZADOS PARA FUTURA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CONSCIÊNCIA DO ACUSADO NA PRODUÇÃO DA PROVA QUE LHE POSSA SER DESFAVORÁVEL. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

I - A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o direito ao silêncio, previsto no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma extensiva, sendo assegurado ao investigado ou ao réu o direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação ou do nemo tenetur se detegere), razão pela qual não pode ser obrigado a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que possa incriminá-lo, direta ou indiretamente.

II - **De igual forma, o direito a não autoincriminação também permite ao investigado ou réu se recusar a fornecer qualquer tipo de material, inclusive de seu corpo, para realização de exames periciais, ressalvadas as hipóteses legalmente previstas, como para fins de identificação criminal (art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n. 12.037/09), bem como para a formação do banco de dados de perfil genético de condenados por crimes hediondos ou delitos dolosos praticados com violência de natureza grave contra pessoa (art. 9º-A da Lei de Execução Penal, incluído pela Lei n. 12.654/12).**

III - “Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, (a) o direito de permanecer em silêncio, (b) o direito de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem de ser constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal” (HC n. n. 99.289/RS, Segunda Turma,

Rel. Min. Celso de Mello, DJe-149 de 04/08/2011, grifei).

IV - A concordância do recorrente quanto à gravação do interrogatório em meio audiovisual, bem como eventuais respostas às perguntas formuladas, não configuram, por óbvio, autorização prévia para que o material registrado na mídia eletrônica, notadamente o seu padrão vocal, seja utilizado para elaboração de exame pericial destinado a identificar suposto autor dos crimes imputados, mediante comparação de sua voz com aquela atribuída a um dos interlocutores das ligações telefônicas interceptadas.

V - Vale dizer, conquanto não tenha sido coagido a participar do ato ou à responder às perguntas eventualmente formuladas, a ausência de consciência do recorrente de que o ato poderia ser utilizado para posterior exame pericial impede que o material obtido pela gravação de sua voz (padrão vocal) seja encaminhado para perícia sem sua anuência expressa, sob pena de afronta ao princípio da não autoincriminação.

VI - A participação do acusado na produção de prova que possa ser utilizada em seu desfavor pressupõe consciência e voluntariedade. Ausentes qualquer delas, a prova obtida será ilegal. Precedentes. Recurso ordinário provido para determinar que a utilização do padrão vocal do recorrente, obtido durante a gravação em meio audiovisual de sua qualificação e de seu interrogatório judicial, seja condicionada à expressa anuência do recorrente e, subsidiariamente, para que eventual laudo já elaborado seja desentranhado dos autos, não podendo ser utilizado para a formação do convencimento do julgador, salvo expressa concordância do recorrente. (RHC 82.748/PI, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018, grifou-se)

Por derradeiro, salienta-se que a criação de um banco de dados genéticos não fere o direito de não produzir provas contra si mesmo e de permanecer em silêncio, o que vem sendo aplicado, de forma reiterada pela Suprema Corte: HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJe de 06/11/1998; [...] (HC 101909, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012); REsp 1111566/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/03/2012, DJe 04/09/2012; [...] (RE 603465, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, julgado em 11/12/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 17/12/2018 PUBLIC 18/12/2018); (HC 510.924/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 05/08/2019, entre outros.

Na mesma linha, salienta-se que o simples fato de alguém ser condenado pela prática de um crime não afasta o sagrado direito constitucional de ser presumido inocente de todo e qualquer outro crime enquanto não advenha a respectiva nova sentença penal condenatória, portanto, entendo que o art. 9º -A, da Lei de Execução Penal não viola a cláusula pétrea de que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, a qual constitui em uma manifestação do princípio da presunção de inocência (estado de não culpabilidade).

Por outro lado, eventual utilização do material genético, também contribuirá para provar a inocência de pessoas injustamente acusadas de algum crime, mostrando-se um meio eficaz e atualizado na elucidação de investigações criminais futuras.

Ante o exposto, voto no sentido de conceder a segurança para determinar à autoridade coatora a fiel observância às determinações contidas no art. 9º-A da Lei de Execução Penal.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0003350-88.2017.8.24.0023, da Capital

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA DE TRANSPORTE AÉREO (CP, ART. 261, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DOS ACUSADOS.

1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (CPP, ART. 28-A). INSTITUTO DESPENALIZADOR. CARÁTER MATERIAL. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA (CE, ART. 5º, XL, E CP, ART. 2º). PRECLUSÃO. 2. PROVAS DA AUTORIA. DEPOIMENTOS POLICIAIS. RECONHECIMENTO.

1. As prescrições legais que consagram medidas despenalizadoras qualificam-se como normas penais de caráter material benéficas e, por força de princípio constitucional, têm aplicação inclusive aos casos em curso, não ocorrendo preclusão do direito de propositura do acordo de não persecução penal se este instituto passou a vigor após a denúncia.

2. Comprova-se a autoria do delito de atentado contra a segurança de transporte aéreo pelas palavras uníssonas dos policiais militares responsáveis pelo atendimento da ocorrência, no sentido de que reconheceram, sem sombra de dúvida, o acusado, como o agente que atirou rojões e fogos de artifício contra o helicóptero policial.

DETERMINADA A CISÃO DO FEITO E, NESTE TOCANTE, CONVERTIDO O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. QUANTO AO RESTANTE, RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0003350-88.2017.8.24.0023, da Comarca da Capital (2ª Vara Criminal), em que são Apelantes Rodrigo Vicente da Silva e outro e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por maioria, cindir o feito em relação a Gerson Willian Bastos Nobre e, nesse tocante, suspender o julgamento e convertê-lo em diligência, determinando a baixa dos autos à Comarca de Origem para análise e possível propositura, pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, do acordo previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, vencido o Excelentíssimo Desembargador Norival Acácio Engel; e, por unanimidade, conhecer do recurso aviado por Rodrigo Vicente da Silva e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 16 de junho de 2020, os Excelentíssimos Desembargadores Salete Silva Sommariva e Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 23 de junho de 2020.

Sérgio Rizelo
PRESIDENTE E relator

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Rodrigo Vicente da Silva e Gerson Willian Bastos Nobre, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 261, *caput*, do Código Penal, nos seguintes termos:

No dia 25 de fevereiro de 2017, por volta das 15h, policiais militares integrantes do batalhão de aviação, acionados via Copom, se deslocaram em helicóptero até a Rodovia João Gualberto Soares, bairro São João do Rio Vermelho, nesta cidade e comarca, a fim de realizar levantamento aéreo da região, em razão da notícia de que um grupo de pessoas bloqueava a via pública, impedindo a livre circulação de veículos e, inclusive, a saída de um ônibus de transporte público.

Na ocasião, enquanto o helicóptero Águia da Polícia Militar sobrevoava a área, Gerson Willian Bastos Nobre e Rodrigo Vicente Silva, ajustados e com o fito de dificultar e impedir a navegação aérea e obstar a atuação policial, dispararam, por pelo menos seis vezes, fogos de artifício/rojões em direção à aeronave da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

Na ocasião, o helicóptero, além de estar com portas abertas, realizava voo em altitude de possível alcance desses fogos e, assim, os denunciados expuseram a perigo a aeronave, com risco de desastre e, bem assim, geraram riscos aos tripulantes e às pessoas e patrimônios das proximidades, tendo em vista tratar-se de região habitada.

Os denunciados foram identificados e detidos pela equipe da Polícia Militar em solo (fls. 63-64).

Concluída a instrução, a Doutora Juíza de Direito Cleni Serly Rauen Vieira julgou procedente a exordial acusatória e condenou Rodrigo Vicente da Silva e Gerson Willian Bastos Nobre à pena de 2 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, substituída por restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de valor equivalente ao do salário mínimo e prestação de serviços à comunidade, pelo cometimento do delito previsto no art. 261, *caput*, do Código Penal (fls. 285-292).

Insatisfeitos, Rodrigo Vicente da Silva e Gerson Willian Bastos Nobre deflagraram recurso de apelação (fl. 309).

Em suas razões, argumentam a insuficiência de prova da autoria delitiva para respaldar suas condenações, requerendo, pois, suas absolvições (fls. 317-320).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 323-330).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Paulo de Tarso Brandão, posicionou-se, por sua vez, pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 345-348).

Este é o relatório.

VOTO

1. Inicialmente, cumpre realizar, com espeque no art. 80 do Código de Processo Penal, a cisão do feito em relação ao Apelante Gerson Willian Bastos Nobre, e o exame do recurso deve ser, quanto a ele, temporariamente suspenso, convertendo-se o julgamento em diligência.

É que, em 23.1.20, entraram em vigor as disposições da Lei 13.964/19, que alteraram o Código de Processo Penal, acrescentando, entre seus dispositivos, o art. 28-A.

Foi estabelecido no ordenamento jurídico nacional, assim, novo instituto despenalizador, chamado “acordo de não persecução penal” e, em tese, não há dado objetivo que impossibilite ao Recorrente beneficiar-se da inovação.

A infração penal a ele imputada possui pena mínima inferior a 4 anos e não foi praticada com violência ou grave ameaça; não é cabível, no caso, a transação penal (pena máxima não inferior a 2 anos); Gerson Willian Bastos Nobre não é reincidente nem foi beneficiado por institutos despenalizadores nos 5 anos anteriores ao cometimento do delito em mesa; nem foi o crime praticado em situação de violência doméstica ou contra a mulher.

Quanto à eventual insuficiência do acordo para a reprovação e a prevenção do crime ou à presença de elementos que revelem que a conduta é habitual, reiterada ou profissional, diante da imaturidade da norma em nosso ordenamento jurídico e da aparente indeterminação de tais conceitos, considera-se que cabe ao titular da ação penal a tarefa de, primitivamente, ponderar se tais óbices existem, a fim de decidir pela propositura, ou não, do acordo de não persecução penal.

Com relação à necessidade de confissão formal e circunstanciada, entende-se que deve ser realizada em solenidade específica, com a presença de Advogado ou Defensor Público, para que sejam explicadas ao Apelante as consequências que sua admissão trará, dando-se-lhe a opção de confessar ou não aceitar o acordo.

É o que se retira do Manual de Orientação acerca do acordo de não persecução penal elaborado por Comissão Especial do Ministério Público do Estado de Santa Catarina que positiva que “a confissão de que trata o *caput* do art. 28-A deve ser entendida como aquela realizada pelo investigado ao MP no momento da celebração do acordo”, e que “essa confissão prestada ao MP durante o acordo independe da negativa de confissão realizada no ato do interrogatório no curso do inquérito, perante a Autoridade Policial, pois, nessa etapa, o investigado utiliza-se desse expediente como forma de negar uma suspeita ou mesmo o indiciamento, conforme lhe é assegurado constitucionalmente” (fl. 6).

Idêntica orientação é firmada na fl. 5 do documento oficial “perguntas e respostas” emitido pelo Centro de Apoio Operacional Criminal e da Segurança Pública do Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Lei n. 13.964/2019 não estabeleceu quaisquer condições anteriores à formalização do acordo quanto à confissão formal e circunstanciada do investigado, mas apenas previu a confissão como requisito específico para a realização do ato.

Dessa forma, entende-se que não há como exigir qualquer comportamento anterior do investigado, no sentido de que essa confissão seja realizada no interrogatório policial, sob pena de se ofender diretamente o princípio constitucional da presunção da inocência, pois nessa etapa o investigado utiliza-se do expediente como forma de negar uma suspeita ou mesmo o indiciamento.

Logo, a nosso ver, a confissão somente será necessária no momento em que proposto o acordo, caso o investigado, acompanhado de seu defensor, demonstre a intenção de fazê-la, para o fim de ser beneficiado com o instituto despenalizador. Inclusive, a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal deverá ser registrada em termo próprio. Este é o entendimento disciplinado no art. 23, § 1º, do Ato n. 043/2020/PGJ do Ministério Público de Santa Catarina, que trata sobre o acordo de não persecução penal.

Assim, nos processos que estão para além da fase prevista para o acordo de não persecução penal, não importa se, quando foi interrogado, o acusado admitiu ou negou a imputação que lhe é dirigida, devendo ser conferida nova oportunidade para tanto.

Em princípio, então, é possível que o Ministério Público conclua pela concessão do referido benefício, desde que o considere aplicável aos casos já em andamento.

Embora ainda não haja entendimento pacífico acerca dessa questão, é possível retirar orientação relevante sobre a matéria a partir da análise do tratamento dispensado aos demais institutos dessa mesma natureza por ocasião de seu estabelecimento.

Nesse sentido, é esclarecedora a leitura da decisão proferida na ADI 1.719, questionadora da constitucionalidade da previsão contida no art. 90 da Lei 9.099/95, que vedava a aplicação das disposições do Diploma Legal aos “processos penais cuja instrução já estiver iniciada”, de relatoria do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, proferida em 18.6.07.

Nela, foi deliberado que a norma do supramencionado artigo fosse interpretada *conforme* a Constituição Federal, mais especificamente ao seu art. 5º, XL, de maneira que a vedação seria referente apenas às matérias de natureza processual, enquanto as de natureza penal material e de conteúdo mais benéfico aos acusados retroagiriam para alcançar até mesmo os processos cuja instrução já estivesse em curso.

Dentre as normas consideradas de conteúdo material estariam, justamente, as “prescrições que consagram as *medidas despenalizadoras*” que, conforme as palavras do Ministro Celso de Mello (cujo julgamento de questão de ordem no Inquérito 1.055, em 24.4.96, foi citado pelo também Excelentíssimo Ministro Relator da ADI), “qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe à *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata”.

Isso vai ao encontro, vale ressaltar, do posicionamento desta Corte de Justiça diante das

inovações da Lei 9.099/95, quando de sua entrada em vigor (a exemplo das Apelações Criminais 34.135, j. 19.12.95, e 34.261, j. 12.3.96, ambas relatadas pelo Excelentíssimo Desembargador Nilton Macedo Machado).

Aliás, a Lei 9.099/95 foi tomada como exemplo pelo Desembargador e Professor Guilherme de Souza Nucci ao tratar da retroatividade:

29. Retroatividade da lei processual penal benéfica: como regra, as normas processuais são publicadas para vigorar de imediato, aplicando-se a todos os atos ainda não praticados e atingindo, por conseguinte, alguns fatos ocorridos antes de sua vigência. Entretanto, existem normas processuais penais que possuem íntima relação com o direito penal, refletindo diretamente na punição ao réu. Em virtude disso, a doutrina busca classificar as normas processuais em *normas processuais penais materiais* e *normas processuais penais propriamente ditas*. As primeiras, tratando de temas ligados ao *status libertatis* do acusado (queixa, perempção, decadência, prisão cautelar, prisão em flagrante etc.), devem estar submetidas ao princípio da retroatividade benéfica. A respeito, confira-se o disposto no Código Penal argentino: “No cômputo da prisão preventiva observar-se-á separadamente a lei mais favorável ao processado” (art. 3.º). As segundas, por serem vinculadas ao procedimento (formas de citação e intimação, modos de colheita de prova, prazos, mandados etc.), aplicam-se de imediato e não retroagem, mesmo que terminem por prejudicar o acusado. [...] Basta ver o tratamento que foi dado à Lei 9.099/95 pelos tribunais pátrios, admitindo que o art. 88 – que trata da necessidade de representação nos casos de lesões leves e culposas – retroagisse, atingindo ações penais já iniciadas. É o que nos parece correto (*Código Penal comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 39).

Dessa feita, em atenção aos arts. 5º, XL, da Constituição Federal (“A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) e 2º, parágrafo único, do Código Penal (“A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”), é possível concluir que o acordo de não persecução penal, enquanto instituto despenalizador, reveste-se também de caráter material, de maneira que sua aplicação não só é imediata, mas também retroage para beneficiar os acusados que, conquanto se amoldem às suas balizas, não foram amparados pelo instituto, porque até então ele não existia.

Nesse ponto, é valiosa a lição de Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli, para quem motivações processuais ou de ordem prática não podem servir de barreira à incidência do mandamento constitucional. Segundo os autores, os posicionamentos que “condicionam o efeito retroativo do instituto à inoccorrência, respectivamente, de um despacho de natureza interlocutória simples ou de uma sentença condenatória” criam “uma barreira insuperável não prevista pelo constituinte no inciso XL do art. 5º (‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’) e tampouco pelo legislador infraconstitucional, afinal, nem mesmo o trânsito em julgado da sentença condenatória impede a aplicação retroativa de lei posterior favorável (art. 2º, parágrafo único, do Código Penal)”. Ademais, “o argumento de que a condenação compromete a finalidade precípua para a qual o instituto do acordo de não persecução penal foi concebido, vale dizer, o de afastar a imposição da pena criminal, não pode representar um impedimento à retroatividade, visto que a mesma restrição não consta dos textos constitucional e legal” (*O limite temporal da retroatividade*

do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020>. Acesso em: 15.6.20).

Precisamente por esta razão, esse é também o entendimento esposado pelo Centro de Apoio Operacional Criminal e da Segurança Pública do Ministério Público do Estado de Santa Catarina na resposta à solicitação de apoio 05.2020.00003162-3, originária da 7ª Promotoria de Justiça da Comarca de Palhoça, quando o Excelentíssimo Promotor de Justiça Jádel da Silva Júnior emitiu a orientação de que, “como a alteração legislativa trouxe uma situação mais benéfica ao réu, criando causa extintiva de punibilidade (art. 28-A, § 13, do CP), a regra da norma material (penal) deverá retroagir para alcançar os casos ocorridos antes da sua vigência” (fl. 21 da pesquisa 0007/2020/CCR).

De mais a mais, veja-se que a aplicação da norma neste momento processual, embora possa causar alguma estranheza, dado que sua previsão se reporta a momento anterior à denúncia, não é inviável, porque o Superior Tribunal de Justiça (a teor da 5ª tese, da edição 96 da “jurisprudência em teses”) tem entendimento assente no sentido de que o direito a benefícios como a transação penal (que também, em princípio, deve ocorrer anteriormente à denúncia) só vêm a precluir após a sentença condenatória e, ainda assim, somente se não foi esta que tornou possível a aplicação do instituto pela desclassificação. Ainda, mudando o que há para ser mudado:

Se não foi conferida ao Ministério Público a possibilidade de propor transação penal ou a suspensão condicional do processo, em hipótese na qual a pena abstrata prevista permite a aplicação de tais institutos, não pode subsistir a condenação, por excluir do acusado a oportunidade de eventualmente aceitá-las (HC 162.807, Relª. Minª. Laurita Vaz, j. 8.5.12).

Com razão, a conclusão oriunda da já mencionada pesquisa 0007/2020/CCR, efetuada pelo Excelentíssimo Promotor de Justiça Jádel da Silva Júnior, é de que, “cumpridas todas as condições objetivas e subjetivas do instituto, pode haver proposta de acordo de não persecução penal mesmo após o recebimento da denúncia nos processos em curso” (fl. 21), incluindo, ao que indicam os exemplos jurisprudenciais selecionados, em instância recursal (v. REsp 636.701, Rel. Min. Félix Fischer, j. 4.11.04), entendimento este que se repete no documento oficial “perguntas e respostas” emitido igualmente pelo Centro de Apoio Operacional Criminal e da Segurança Pública do Ministério Público do Estado de Santa Catarina acerca do acordo em voga.

A doutrina especializada, em lição de Paulo de Souza Queiroz no artigo intitulado “Retroatividade da Lei Anticrime”, publicado em 2.3.20 em sua plataforma virtual, esclarece:

Como é mais favorável ao investigado, o novo instituto: a) incidirá sobre inquéritos e processos criminais já instaurados, devendo o juiz ouvir o MP sobre o tema; b) incidirá sobre processo com sentença condenatória recorrível. Nesse caso, o juiz ou tribunal ouvirá o MP. Se proposto e celebrado o acordo, o processo ficará

suspensão enquanto aguarda a sua execução. Se cumprido o acordo, o processo é extinto. Se não, o processo retomará seu curso. [...]

Não vemos também porque não aplicar o ANPP aos processos com sentença transitada em julgado, ouvindo-se o MP e suspendendo-se a execução penal quando celebrado o acordo. Incide, aqui, analogicamente, o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.” (Disponível em: <<https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>>. Acesso em 9.3.20).

Guilherme de Souza Nucci, em seu programa de áudio (*podcast*) acadêmico “Conversando com Nucci”, no episódio “# 8 Perguntas & Respostas Sobre o Pacote Anticrime”, sem ignorar as discussões correntes sobre o assunto, afirma que o acordo de não persecução penal tem aplicação a todos os processos em curso, até seu trânsito em julgado (a partir do qual a matéria passa a ser de interesse da execução penal, e não propriamente condizente com a celeuma da aplicação da lei no tempo).

Não bastasse, a jurisprudência nacional já admitiu a propositura de revisão criminal com a finalidade de obter o benefício do novel (à época) instituto despenalizador, qual seja, a suspensão condicional do processo, quando não foi ofertado ao acusado em razão de passar a vigor na legislação penal apenas após o trânsito em julgado da condenação:

PENAL. PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. PRELIMINAR. PRELIMINAR. LEI-9099/95. ART-90. ART-89. SUSPENSÃO DO PROCESSO. DATA DA SENTENÇA/ACÓRDÃO. DESCAMINHO. PENA MÍNIMA COMINADA DE UM ANO. ART-5, INC-40, CF-88. ART-2, CPP-41. PRESCRIÇÃO. NORMA DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL. ADIN-1719-9. LIMINAR COM EFEITO *EX TUNC*. PLENÁRIO DO STF. 1. O art-89 da Lei-9099/95, possibilita a suspensão do processo em relação aos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, desde que satisfeitos os requisitos legais. 2. Tratando-se de crime de descaminho (art-334 do CP-40), com pena mínima cominada de 01 ano; a proposta de suspensão do processo pela Instituição ministerial não pode ser obstada pelo Juízo, em havendo merecimento por parte do acusado ao instituto, eis que, primário, sem antecedentes criminais. 3. Presentes os requisitos de admissibilidade ao novel instituto despenalizador, ante a liminar originária do Plenário do STF, determinando, “*ex tunc*”, a suspensão parcial do sentido do art-90 da Lei dos Juizados Especiais, que obste a aplicação ao réu de normas de conteúdo penal mais benéficas, impõe-se oportunizar ao requerente as providências da suspensão do processo. 4. A decisão majoritária do colegiado, julgou procedente a revisão criminal para determinar a remessa do processo à Turma para a baixa em diligência, com vistas às providências do art-89 da Lei-9099/95. 5. Os votos vencidos acolheram decisão do STF, entendendo inaplicável o art-89, à época da sentença de primeiro grau (TRF4, Rev. Crim. 97.04.10833-8, Relª. Tânia Terezinha Cardoso Escobar, j. 2.9.98).

Tal decisão, importa mencionar, transitou em julgado em 29.9.98, sem que tenha havido insurgência Ministerial acerca de seu conteúdo.

De mais a mais, tratando especificamente do art. 28-A do Código de Processo Penal, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já deliberou pela sua retroatividade, convertendo o julgamento em diligência:

Apropriação indébita e Uso de documento falso - Confissão parcial em juízo, esta última salientada na sentença condenatória de primeiro grau de jurisdição - Apelante que não apresenta antecedentes criminais, dado objetivo constatado pelo relator - Entrada em vigor do instituto despenalizador do “acordo de não persecução penal” Artigo 28-A, “*caput*”, do Código de Processo Penal Brasileiro, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 - Instituto despenalizador de grande feição penal (com conteúdo majoritariamente penal) - Retroação benéfica da lei penal posterior que não pode ser afastada pelo Poder Judiciário - Artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal - Garantia individual fundamental que constitui cláusula pétrea constitucional - Precedentes do Egrégio Supremo Tribunal Federal - Conversão do julgamento em diligência para que em primeiro grau de jurisdição seja aberta vista às partes, com a finalidade de avaliação da possibilidade de concretizar o acordo de não persecução penal (Ap. Crim. 0006376-81.2014.8.26.0302, Rel. Des. Heitor Donizete de Oliveira, j. 7.5.20).

Do voto, destaca-se:

O instituto aqui referido foi introduzido pelo novo artigo 28-A do Código de Processo Penal e tem aplicação retroativa, ainda que publicada a sentença condenatória, por se tratar de lei processual penal benéfica [...].

[...]

Isto porque tem aplicação a garantia fundamental, segundo preceito fundamental de Direito Penal, cláusula pétrea, prevista no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Idêntico preceito é encontrado no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro.

Cabe trazer à baila ensinamento doutrinário proferido por Cléber Masson “[...] Lei penal benéfica, *lex mitior* ou *novatio legis in mellius*: é a que se verifica quando, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, o fato previsto como crime ou contravenção penal tenha sido praticado na vigência da lei anterior, e o novel instrumento legislativo seja mais vantajoso ao agente, favorecendo-o de qualquer modo. A lei mais favorável deve ser obtida no caso concreto, aplicando-se a que produzir resultado mais vantajoso ao agente (teoria da ponderação concreta). Aqui também a expressão ‘de qualquer modo’ deve ser compreendida na acepção mais ampla possível. Nos termos do art. 5º, XL, da CF, a *abolitio criminis* e a *novatio legis in mellius* devem retroagir, por configurar nítido benefício ao réu. A retroatividade é automática, dispensa cláusula expressa e alcança inclusive os fatos já definitivamente julgados. [...]”.

Observe que este entendimento também é perfilhado por alguns membros do Ministério Público do Estado de São Paulo, como por exemplo, o digníssimo Procurador de Justiça, Doutor Antonio Carlos Gasparini, que externou o entendimento aqui especificado em um brilhante parecer oferecido nas folhas 259/263 da Apelação Criminal número 0001297-98.2013.8.26.0418.

Para arrematar, afirmo também que é tradição no Egrégio Supremo Tribunal Federal afirmar que a lei nova se aplica, no que favorecer o agente delituoso, até mesmo já existindo condenação transitada em julgado (RE 102.932, DJU 10.5.85, página 6855 e RE 102.720, DJU 10.5.85, página 6855).

A Suprema Corte, inclusive, em julgamento de caso semelhante (ADI 1719/DF), entendeu que a norma que trata de Direito Penal deve retroagir para beneficiar o réu. Trata-se de questionamento relacionado ao artigo 90 da Lei 9.099/95, no qual consta expressamente a não aplicabilidade da lei aos processos com instrução iniciada. No julgamento desta ADI, o Pretório Excelso entendeu, por unanimidade, que a Lei 9.099/95 possui natureza mista, com normas de direito processual penal e normas com conteúdo material de direito penal. Desta maneira, o artigo 90 não poderia impedir a retroatividade das leis com conteúdo material de direito penal, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado quanto às normas de direito material penal previstas na Lei 13.964/2019.

Idêntico posicionamento foi tomado em caso no qual se analisava recurso de agente condenado por dois delitos, e que, absolvido de um deles, passou a, em tese, ter direito ao acordo de não persecução penal:

Com absolvição do delito do artigo 311, do CP, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, qual seja, prestação de serviços à comunidade, o qual deverá ser oportunamente fixado pelo MM. Juízo da Execução Criminal.

Verifica-se que, por este v. Acórdão, o crime, em tese, seria contemplado pelo acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei 13.364/2019, artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Noto, que é evidente ser a modificação no artigo 28-A do Código de Processo Penal é mais benéfica ao Apelante, contemplando, aspectos de Lei Material e Processual, uma Lei Penal em sentido amplo, considerando, ainda, o Princípio da Isonomia, entendo que a lei deve retroagir, para oportunizar ao Apelante que devidamente intimado, para atender o previsto no “caput”, do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, cabendo ao Ministério Público, propor ou não, dentro de suas atribuições o acordo de não persecução penal.

Com eventual homologação, deverá o mesmo ser fiscalizado e surtir os demais efeitos nos termos da lei.

Saliento, que no caso de não homologação do acordo ou descumprimento, passa a transcorrer o prazo para transitio em julgado do presente Acórdão (TJSP, Ap. Crim. 1501565-57.2018.8.26.0530, Rel. Des. Paulo Rossi, j. 11.5.20).

Em convergência, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. DELITO DO ART. 334-A, DO CP. QUESTÃO PRELIMINAR. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. PACOTE ANTICRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO. DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. 1. Consistindo o acordo de não persecução penal em *novatio legis in melius*, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo art. 28-A do CPP. 2. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. nº 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma). 3. É de ser afastada eventual invalidade da sentença pela lei posterior à sua prolação, viabilizando a utilização de instrumento formulado pela via hermenêutica de efetividade da lei mais benéfica. 4. É permitido ao Tribunal examinar a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal. 5. Constatada pela Corte Recursal a presença dos requisitos objetivos para o acordo de não persecução penal, é de ser determinada a suspensão do processo e da prescrição, e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade de oferta do benefício legal pelo Ministério Público Federal. 6. Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do

prazo convencionado, ou rescisão do acordo. 7. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários. 8. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP. 9. Questão preliminar apresentada para determinar a suspensão do processo e da prescrição, com a remessa do feito ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP (Ap. Crim. 5008397-27.2018.4.04.7002, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 20.5.20).

É oportuno, portanto, com fundamento no art. 616 do Código de Processo Penal, que, no que tange ao recurso de Gerson Willian Bastos Nobre, os autos sejam encaminhados ao Juízo de Primeiro Grau, para que, entendendo o Ministério Público cabível, lhe seja ofertado o acordo de não persecução penal positivado no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Para tanto, considera-se razoável o prazo de 60 dias que, visando o célere andamento do feito (o que respeita os objetivos do ANPP), resta desde logo estabelecido para o cumprimento da providência, com a propositura do acordo ou a avaliação acerca do descabimento da medida.

Em razão disso, o exame das teses presentes no apelo defensivo permanece suspenso e será retomado caso a providência reportada resultar inexitosa.

2. No que concerne ao Apelante Rodrigo Vicente da Silva, por sua vez, o recurso deve ser conhecido, porque ele não preenche os requisitos objetivos à concessão do acordo de não persecução penal (já que se beneficiou de instituto despenalizador nos 5 anos que antecederam o delito ora em questão, o que resta certificado na fl. 31), mas seu apelo atende os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

No mérito, entretanto, não merecem provimento suas pretensões.

A materialidade dos fatos narrados na inicial vem positivada no boletim de ocorrência das fls. 6-8; no relatório policial das fls. 22-25; e nos depoimentos judiciais e extrajudiciais das Testemunhas, bem como no interrogatório do Recorrente, todos dando conta de que, durante manifestação pública, foram lançados rojões e fogos contra o helicóptero da Polícia Militar, expondo a risco a aeronave, seus tripulantes e as pessoas abaixo dela. Isso nem sequer foi questionado pela Defesa, tratando-se, pois, de questão incontroversa.

A insurgência do Apelante Rodrigo Vicente da Silva, em verdade, é voltada à prova da autoria de tais atos, os quais, diz ele, não cometeu.

Na fase administrativa, interrogado, o Recorrente afirmou que chegou próximo ao local da manifestação depois da ocorrência dos fatos da incoativa, em seu caminho para casa, onde iria almoçar com a esposa; parou em um posto de gasolina para esperar a melhora do trânsito, que estivera congestionado em razão da manifestação; filmou parte da operação policial para mostrar aos filhos; nem sequer sabia dos motivos da revolta popular e foi preso, na sua opinião, porque foi avistado filmando os Agentes Públicos (mídia da fl. 19).

Em Juízo exerceu seu direito de permanecer em silêncio (mídia da fl. 213).

Juntou aos autos gravação que realizou com seu celular, aparentemente posteriormente aos atentados sofridos pelo helicóptero da Polícia Militar; e vídeos de segurança do posto de gasolina em que parou seu veículo automotor, também posteriormente à ocorrência noticiada na exordial (mídias da fl. 125).

Arrolou Luciano Santos da Silva como Testemunha, o qual disse ter chegado ao posto de combustível no mesmo momento que o Apelante, cerca de meia hora depois da chegada do helicóptero à manifestação, ou seja, depois de já terem sido disparados os rojões contra ele e quando os manifestantes haviam sido dispersados. A Testemunha aduziu não saber o motivo da prisão de Rodrigo Vicente da Silva (mídia da fl. 201).

Ademais, o Recorrente, na audiência de custódia, chegou a se referir à existência de gravação de áudio que teria mandado para a esposa no momento do ocorrido, em que explicava que estava já a caminho de casa, o que serviria para demonstrar sua localização exata no momento dos fatos (mídia das fls. 32-34); mas isso não foi referido na fase judicial, nem tampouco, por óbvio, juntado aos autos (como cabia ao Apelante fazer, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal).

A versão defensiva carece de sustento material porque as gravações e o relato testemunhal são posteriores aos eventos narrados na denúncia, inexistindo sequer alegação judicial de álibi qualquer do acusado na hora dos fatos.

Ao contrário, sua autodefesa é aniquilada pelos depoimentos dos Policiais Militares que atenderam a ocorrência, todos uníssonos, tanto judicial quanto extrajudicialmente, em testemunhar no sentido de que o Recorrente participou sim da manifestação ocorrida e, mais do que isso, que foi um dos responsáveis pelos atentados contra a segurança do helicóptero que tripulavam.

Nesse sentido, o Policial Militar Leandro Souza Flach esclareceu que estava dentro da aeronave, em um primeiro sobrevoo baixo sobre os manifestantes (a cerca de 30 metros de altura), quando começaram os fogos, os rojões, mirados deliberadamente em direção ao helicóptero. Foram mais de 7 disparos, bastante próximos à aeronave, a ponto de se poder sentir o deslocamento de ar, especialmente porque o voo era realizado com portas abertas. Agregou que, apesar disso, conseguiram identificar visualmente quantas e quais (sem sombra de dúvida) eram as pessoas responsáveis pelos disparos, assim como puderam acompanhá-las, também visualmente, para indicá-las aos Agentes Estatais em solo, que, enfim, as detiveram (mídia da fl. 28).

No contraditório, suas palavras não divergiram, tendo confirmado que somente foram indicadas aos Policiais que estavam no solo as pessoas que realmente haviam sido identificadas pela aeronave, sendo nítida sua diferenciação das demais (mídia da fl. 201).

Seu colega de farda, Alex Gonçalves Modolon, confirmou, com idêntica certeza, o reconhecimento do Apelante, ao asserir ser possível visualizar com precisão as características dos manifestantes que atiraram rojões, e orientar as prisões realizadas em solo (mídia da fl. 44), informação essa que repetiu quando foi ouvido em Juízo (na mídia da fl. 201).

Finalmente, Diego Moreira Lopes, que atuou com as guarnições de solo, asseverou que os homens presos foram os indicados precisamente pelo rádio a partir da visualização dos Agentes Estatais que estavam no helicóptero policial, bem como que, assim que detidos, os Policiais Militares da aeronave, que acompanhavam toda a operação, confirmavam a identificação da pessoa detida (mídias das fls. 28 e 201).

Ou seja, é unânime entre os Policiais Militares que atuaram na ocorrência que o Recorrente Rodrigo Vicente da Silva foi um dos agentes a atirar rojões e fogos contra o helicóptero. Reconheceram-no, aliás, com absoluta certeza, nada havendo nos autos que possa infirmar seus depoimentos, porquanto não havia entre eles e o Recorrente qualquer animosidade (aliás, nem sequer o conheciam).

Em verdade, acreditar nos dizeres dos agentes estatais é imposição lógica, por não se imaginar que, partindo de pessoas credenciadas pelo Estado para auxiliar a Justiça no combate ao crime e sem razão específica para imputar ao acusado situação que não fosse verídica, compareceriam em Juízo para desfilar inverdades contra inocentes.

Sobre a validade de suas narrativas, discorre Júlio Fabbrini Mirabete:

não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios” (*Processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 306).

Com efeito, “o Superior Tribunal de Justiça tem reiterados julgados no sentido de que os depoimentos dos policiais responsáveis pelo flagrante constituem meio idôneo de prova para motivar o édito condenatório, sobretudo quando colhidos no âmbito do devido processo legal, sob o crivo do contraditório, e em conformidade com os demais elementos probatórios” (STJ, HC 395.325, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 18.5.17).

No mesmo sentido, “as declarações dos agentes estatais, a princípio, são isentas de suspeita e só não possuem valor quando estes agem de má-fé. [...] inexistindo circunstâncias que afastem a eficácia probatória do depoimento dos policiais e considerando que suas declarações foram ratificadas em juízo, mister é o reconhecimento do seu valor probante” (TJSC, Ap. Crim. 2009.028425-6, Rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva, j. 24.11.09).

Pouco efeito têm, nesse sentido, os questionamentos defensivos quanto à capacidade dos Agentes Estatais de visualizar com segurança os manifestantes estando a vários metros de altura, em alta velocidade e em situação de perigo; isso porque, mesmo diante dessas circunstâncias desfavoráveis, todos os Policiais Militares ouvidos indicaram com segurança que conseguiram, sim, identificar o Apelante; e nenhum motivo existe para que se desconfie dessas palavras.

Nesse contexto, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

Não há correções a realizar na dosimetria da pena porque ela foi arbitrada no mínimo legal, e também corretamente substituída por restritivas de direitos.

Ante o exposto, vota-se pela cisão do feito em relação a Gerson Willian Bastos Nobre, com fundamento no art. 80 do Código de Processo Penal e, nesse tocante, pela suspensão do julgamento, para que seja convertido em diligência, determinando-se a baixa dos autos à Comarca de Origem para análise e possível propositura, pelo Ministério Público, do acordo previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, no prazo de 60 dias; e pelo conhecimento e desprovimento do recurso aviado por Rodrigo Vicente da Silva.

Apelação Criminal Nº 0003350-88.2017.8.24.0023

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Norival Acácio Engel.

Divergi da douta maioria por entender que era o caso de conhecer do recurso aviado por Gerson Willian Bastos Nobre e analisar seu mérito, por julgar incabível, nesta fase processual, a conversão do julgamento em diligência para que se verifique, na origem, a possibilidade (ou não) de proposta de acordo de não persecução penal.

Passo a justificar o motivo de minha discordância.

Inicialmente é importante contextualizar o que é o acordo de não persecução penal e seu fundamento jurídico para, posteriormente, discutir o âmbito de sua incidência.

O acordo de não persecução penal objetiva, quando preenchidos os requisitos legais, bem como quando o Membro do Ministério Público e o suspeito da prática de crime entrem em consenso, evitar a propositura de ação penal, mediante a fixação de algumas obrigações a serem cumpridas pelo suspeito, desde que haja convergência, como dito, de vontades entre as partes.

Portanto, trata-se de instituto prévio à ação penal, que visa justamente evitar a sua propositura, com o objetivo de não sobrecarregar o sistema judiciário e os próprios órgãos de acusação, durante a instrução processual, com crimes de menor gravidade. O Ministério Público, então, a partir do instituto, poderá gerenciar de maneira mais efetiva o tempo de suas atividades com os casos mais relevantes e de maior gravidade.

Nesse sentido é a lição de Renato Brasileiro de Lima:

[...] Pelo menos em tese, o acordo pode ser celebrado durante a fase investigatória, tendo como limite temporal o oferecimento da denúncia. [...]

À semelhança do que ocorreu quando da entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais Criminais, quando muito se discutiu acerca da natureza jurídica dos institutos despenalizadores nela previstos, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo – direito subjetivo do acusado ou mera discricionariedade do Ministério Público -, já se pode antever o surgimento de idêntica controvérsia em relação ao acordo de não persecução penal.

Partindo da premissa de que o acordo de não persecução penal deve resultar da convergência de vontades, com necessidade de participação ativa das partes, não nos parece correta a assertiva de que se trata de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que, aliás, lhe retiraria sua característica mais essencial, qual seja, o consenso.

De mais a mais, a privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público impede sua substituição pelo magistrado, mesmo que o investigado preencha os requisitos estabelecidos pelo art. 28-A do CPP. É dizer, a negativa de celebração do acordo não permite que o juiz das garantias o conceda substitutivamente à atuação ministerial, pena de afronta à estrutura acusatória do processo penal (CPP, art. 3º-A, caput). Destarte, como dispõe o próprio art. 28-A, §14, do CPP, no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. O dispositivo caminha no mesmo sentido do entendimento jurisprudencial já sedimentado quanto à transação penal e à suspensão condicional do processo, evidenciado pelos dizeres da Súmula n. 696 do Supremo: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP”.

Se não se trata de direito subjetivo do acusado, o ideal, então, é concluir que estamos diante de uma discricionariedade ou oportunidade regrada, porquanto somente é lícito ao Ministério Público celebrar a avença se acaso preenchidos todos os requisitos listados pelo art. 28-A, caput e parágrafos do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19. Não existe, pois, absoluta liberdade discricionária, posto que tais requisitos deverão ser necessariamente observados, sob pena inclusive de recusa judicial à homologação do acordo (CPP, art. 28-A, §7º). Sobre o assunto, eis o teor do Enunciado n. 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”. [...] (Manual de processo penal: volume único, 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 276)

Diante da natureza pré-processual do instituto, o acordo de não persecução penal é cabível apenas, logicamente, antes do início da ação penal, uma vez que visa justamente evitar um processo que, de acordo com o entendimento do Ministério Público, diante da conjuntura do sistema de Justiça Criminal, com inúmeros processos aguardando instrução e julgamento, em razão de um critério de utilidade, não se mostrasse adequado processar o suspeito da prática de um crime de reduzida gravidade.

Assim, dispõe o art. 28-A do Código de Processo Penal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o

Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Com a previsão do §13 do dispositivo legal acima transcrito, passou-se a discutir a possibilidade de sua incidência a processos em andamento, com denúncia recebida, portanto, uma vez que a previsão seria benéfica ao investigado, diante da possibilidade de ver sua punibilidade extinta, caso preenchesse os requisitos legais.

Ocorre que o momento adequado para oportunizar a incidência do instituto é reforçado pela própria redação do art. 28-A do Código de Processo Penal. Consta do referido dispositivo que o status de suspeito de um crime é o que permite a pessoa ser parte no acordo, conforme consta das expressões “investigado” ou “agente beneficiado”, justamente porque a qualidade de denunciado pressupõe o oferecimento da peça acusatória e, por consequência lógica, do entendimento de inoportunidade do acordo de não persecução penal por parte do Ministério Público.

Apesar de previsto apenas recentemente na legislação pátria, o acordo de não persecução penal já era regulamentado na Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público e vinha sendo aplicado no âmbito do Órgão, uma vez que é ele o titular da ação penal pública (art. 129 da Constituição Federal).

O referido ato normativo também apresenta características inerentes ao instituto, tal como a inserida no Código de Processo Penal.

Ao analisar a exposição de motivos que justificou a elaboração da mencionada resolução, também não resta dúvida de que o objetivo do instituto é justamente a resolução alternativa dos conflitos, de forma a desafogar o Poder Judiciário e o Ministério Público com processos menos graves e direcionar os recursos financeiros e humanos aos feitos de maior gravidade. Veja-se:

[...] Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;

Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais, RESOLVE, nos termos do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, expedir a seguinte RESOLUÇÃO: [...]

Por outro lado, caso seja adotado o entendimento de que após a instrução processual penal, portanto, quando já aplicados recursos financeiros e humanos para o curso regular do processo, haverá efeito diametralmente oposto ao objetivo do instituto, já que, além da instrução e do julgamento, diversos atores processuais serão mobilizados, agora não mais para impedir atos processuais futuros, mas sim para retroceder àquela fase que o instituto pretendia evitar.

Quando da entrada em vigor da referida Resolução, discutia-se sua constitucionalidade e seu âmbito de incidência, o que restou superado pela edição da Lei 13.964/19, como bem explica Renato Brasileiro de Lima:

[...] Com a entrada em vigor do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), toda essa controvérsia chega ao fim. Afinal, temos, enfim, uma lei ordinária versando sobre a matéria, em fiel observância ao art. 129, I, da Constituição Federal, segundo o qual compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Por se tratar de norma genuinamente processual, logo, de aplicação imediata (CPP, art. 2º), com a entrada em vigor da Lei n. 13.964/19 no dia 23 de janeiro de 2020, o acordo de não persecução penal poderá ser celebrado inclusive para fatos ocorridos em momento anterior, desde que a peça acusatória ainda não tenha sido recebida pelo magistrado. É nesse sentido, aliás, o Enunciado n. 20 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/19, desde que não recebida a denúncia". Aliás, considerando-se o fato de que o art. 28-A, §13, do CPP passou a prever a extinção da punibilidade como consequência decorrente do cumprimento integral do acordo de não persecução penal, também não nos parece absurda a possibilidade de celebração do acordo inclusive em relação aos processos criminais em andamento, visto que, nesse ponto, cuida-se de evidente normal de natureza material mais benéfica ao acusado. (Manual de processo penal: volume único, 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 279)

Analisando a definição do que é o acordo de não persecução penal e o objetivo de sua introdução no ordenamento jurídico, não se tem como viável, por uma questão lógica, que se aplique o instituto a processos em andamento, nos quais a Denúncia já foi oferecida, menos ainda naqueles em que já há Sentença Condenatória, diante de todo o custo neles empregados, recursos estes que exatamente a natureza do instituto visa preservar. A literalidade do novo regramento não permite, neste sentido, conclusão diversa.

Registre-se que o instituto não apresenta característica de direito subjetivo do pretense beneficiário. Tal conclusão é extraída do § 14 do artigo 28-A do CPP, que veda a remessa dos autos, de ofício, pelo Juiz, para a instância de revisão ministerial, caso o Membro do Ministério Público deixe de oferecer o acordo, ainda que os requisitos estejam preenchidos. A impugnação, neste sentido, foi concedida apenas ao pretense beneficiário e é possível observar, portanto, a discricionariedade da avaliação da oportunidade de oferecimento ou não, outorgada com exclusividade ao Ministério Público:

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Sobre o tema, ensina Renato Brasileiro de Lima:

[...] Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não-persecução penal guarda relação muito próximo com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição. Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves. (Manual de processo penal: volume único, 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 275)

Não fosse suficiente a legislação demonstrar a natureza de política criminal da instituição ministerial em relação ao referido instituto, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ), que reúne os representantes máximos dos Ministérios Públicos, e o Grupo Nacional de coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), elaborou o Enunciado n. 20 com o seguinte teor, que corrobora o entendimento acima externado:

Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (Disponível em https://www.cnpj.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf . Acesso em 06 de maio de 2020).

Parece, assim, que é esse o posicionamento da Instituição e que, ao meu ver, deve prevalecer.

Ressalto, mais uma vez, que parece totalmente contrário ao objetivo da norma, prevista no art. 28-A do CPP, que se determine a remessa de processos já iniciados e instruídos, alguns deles até mesmo com sentença condenatória proferida, para acrescentar outros atos processuais. Tal medida no lugar de reduzir custos, aumentará.

Em vez de desafogar o Poder Judiciário e viabilizar a otimização do trabalho do Ministério Público em casos de maior gravidade, apenas resultará, como dito, em retrabalho aos órgãos e congestionará ainda mais o sistema de Justiça.

Aqui, importante destacar, também, que o entendimento contrário ao ora defendido, coloca em xeque institutos do direito processual penal como a preclusão do recebimento da Denúncia e o trânsito em julgado da Sentença para o Ministério Público que não impugnou a decisão, isso tudo de ofício, sem qualquer manifestação do titular da ação penal.

Mais ainda, a determinação da conversão do julgamento em diligência, com a devida vênia, acaba por anular de forma transversa e temporariamente todos os atos do processo para que, pelo período de dois meses, o Ministério Público de origem avalie a conveniência e oportunidade de oferecimento do acordo de não persecução penal. Posteriormente, caso mantido o entendimento da instituição, toda a instrução voltaria a existir e ter validade.

Outro ponto que merece reflexão é qual seria o posicionamento adotado em caso de aceitação do acordo de não persecução penal e seu descumprimento. Seria realizada uma nova instrução processual ou aproveitada aquela já realizada e que havia sido desconsiderada por esta Corte?

São inúmeros os questionamentos e a insegurança jurídica que advém, ao meu ver, do posicionamento adotado por este Colegiado.

Corroborando meu posicionamento, destaco recente decisão da Primeira Câmara Criminal na Apelação Criminal n. 0005280-60.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, julgada em 23-04-2020:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO SIMPLES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR ARGUIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. BAIXA DOS AUTOS EM DILIGÊNCIA PARA AVALIAR A POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CRIMINAL (ART. 28-A DO CPP). DESCABIMENTO. FATOS OCORRIDOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. BENEFÍCIO QUE PODE SER OFERTADO ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGADAS ATIPICIDADE DA CONDUTA E INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NÃO ACOLHIMENTO. CRIME DE ESTELIONATO DEVIDAMENTE CONFIGURADO. AUTORIA COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME INVIABILIDADE. ELEVADO PREJUÍZO FINANCEIRO SOFRIDO PELA VÍTIMA. AUMENTO DA PENA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Colhe-se trecho do inteiro teor do Voto:

[...]

De plano, deve ser afastada a preliminar levantada pela Procuradoria-Geral de Justiça, que sugeriu a baixa do feito em diligência, para oferecer ao acusado o benefício do art. 28-A do CPP.

A Lei 13.964/2019, curiosamente denominada “Pacote Anticrime”, introduziu o instituto do acordo de não persecução penal por meio do art. 28-A do CPP:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

Inicialmente, tem-se que, embora se trate de alteração do Código de Processo Penal, é inegável a natureza mista do acordo de não persecução criminal, uma vez que o seu eventual cumprimento acarretará em extinção da punibilidade, de modo que está sujeita ao princípio da retroatividade da lei penal benéfica (inciso XL do art. 5º da CF).

Entretanto, não é possível estender o benefício a todos os processos em trâmite, especialmente aqueles já sentenciados, como no caso em tela.

Isso porque, salvo melhor juízo, o marco temporal para a proposta é o recebimento da denúncia.

O art. 28-A tem quatorze parágrafos e alguns incisos, mas nenhum deles tratou explicitamente de um limite temporal para oferecimento do benefício.

E, como a alteração passou a vigorar a partir do dia 23-1-2020, naturalmente são escassas as lições doutrinárias sobre o tema e, mais ainda, os julgados.

Nesta Corte de Justiça, foram encontrados dois precedentes sobre o tema.

No julgamento da Apelação Criminal 0012849-96.2017.8.24.0023, realizado em 05-3-2020, a **Quinta Câmara Criminal** apreciou manifestação semelhante apresentada pela Procuradoria-Geral de Justiça, também da lavra do procurador de Justiça Jorge Orofino da Luz Fontes, e decidiu, por unanimidade, que acusado não preenchia os requisitos legais para o benefício, porquanto respondia a crime idêntico supostamente praticado em continuidade delitiva.

A **Segunda Câmara Criminal**, por sua vez, ao apreciar a Apelação Criminal 0001825-07.2017.8.24.0012, determinou, de ofício, que os autos retornassem à comarca de origem para que o Ministério Público analisasse a possibilidade de oferecimento de propostas alternativas, inclusive o acordo de não persecução. Mas é fundamental destacar a peculiaridade do referido caso, na medida que o recurso de apelação foi provido para anular o feito desde o oferecimento da denúncia. Ou seja, a persecução criminal retornou para praticamente seu ponto inicial.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verifica-se o seguinte julgado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 28-A DO CPP INTRODUZIDO PELA LEI Nº 13.964/2019. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO JÁ EM FASE RECURSAL. ACLARATÓRIOS DESACOLHIDOS. (Embargos de Declaração Criminal, 70083713636, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Newton Brasil de Leão, j. em 20-02-2020, v.u.)

E, do corpo do acórdão, extrai-se o seguinte excerto:

Contudo, em breve leitura ao artigo suscitado, verifico que a inovação legislativa em tela trata da possibilidade de acordo a ser proposto pelo órgão ministerial antes do início da persecução penal, não sendo caso de arquivamento do inquérito policial, o que não corresponde ao caso dos autos, vez que o presente processo já se encontra em fase recursal.

Tal entendimento é o que norteará as decisões deste relator, ao menos até que se verifique maiores debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a matéria, pois efetivamente não há qualquer indicativo de que a intenção do legislador era de permitir o oferecimento do nos processos em andamento em que já havia sido ultrapassado o marco do recebimento da denúncia – e menos ainda nos feitos que já se encontram na fase recursal.

Corroboram com essa conclusão a posição topográfica do dispositivo, pois foi inserido no Título III – Da Ação Penal, na parte em que trata das medidas a serem tomadas pelo Ministério Público em caso de não arquivamento do inquérito; e a sua própria redação, ao empregar o termo “investigado” ao invés de “réu” ou “acusado”.

Além disso, outra consideração a ser feita é que a medida sugerida pela Procuradoria-Geral de Justiça parece não coadunar com um dos principais propósitos do instituto, qual seja, o de descongestionar o Poder Judiciário. Explica-se.

O acordo de não persecução criminal está apoiado em duas ideias centrais. Por um lado, o objetivo é de reduzir os efeitos perniciosos de uma sentença penal condenatória decorrente de fatos de reduzido potencial ofensivo, possibilitando que os denunciados por condutas dessa natureza tenham uma chance a mais de evitar não apenas o desgaste da condenação propriamente dita, mas também da persecução criminal. Uma vez atingido esse objetivo, naturalmente surgiriam outros reflexos positivos, como evitar a superlotação dos estabelecimentos prisionais e até mesmo reduzir a carga de processos que invariavelmente deságuam no Poder Judiciário.

E esse último aspecto acaba por ser, de igual forma, um dos principais objetivos do acordo de persecução criminal, como deixa muito clara a exposição de motivos do Projeto de Lei 882/2019, a primeira versão do “Projeto Anticrime”, enviada ao Congresso Nacional em 19-2-2019, nos seguintes termos:

O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

A propósito, interessante observar que a redação do art. 28-A do CPP é praticamente uma idêntica reprodução do art. 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

E, na exposição de motivos da referida norma, também foi destacada a importância de amenizar a quantidade de processos que sobrecarrega o Poder Judiciário como um todo:

Considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de

agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa;

Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;

[...]

Com efeito, entender pela possibilidade de oferecimento do benefício nos processos em que já foi oferecida e recebida a denúncia seria uma medida incompatível com o referido pressuposto do instituto.

Inclusive foi essa a conclusão do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, ao recentemente editar o seu Enunciado 20, nos seguintes termos:

Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Ademais, a incompatibilidade seria ainda mais flagrante na hipótese como a ora examinada, em que a prestação jurisdicional do Juiz de primeira instância já foi encerrada.

Isso porque o § 4º do art. 28-A exige a realização de uma audiência para homologação do acordo, na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

Ou seja, haveria necessidade de o Juízo a quo, que já realizou ao menos uma audiência no feito, designar outra solenidade para atender a exigência acima destacada, tudo isso em acréscimo às já saturadas pautas de audiências dos juízos de primeira instância.

Não se ignora a regra do § 1º do art. 383 do CPP e tampouco se desconhece a orientação do verbete 337 da súmula do STJ, que permitem o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo em caso de desclassificação do delito. No caso em tela, todavia, o recorrente foi condenado pelo mesmo delito pelo qual foi denunciado (art. 14 da Lei 10.826/2003).

Por todas essas razões, entende-se ser inviável o acordo de não persecução criminal no atual estágio da marcha processual.

[...]

Ainda, demonstrando a controvérsia do tema, a Quarta Câmara Criminal deste Tribunal, na Apelação Criminal n. 0900040-36.2018.8.24.0016, de Capinzal, de Relatoria do Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli, julgada em 12-03-2020, aplicou entendimento de que o acordo de não persecução penal incide apenas aos casos não sentenciados até a entrada em vigor da Lei 13.964/19:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90), EM CONTINUIDADE DELITIVA, POR TRÊS VEZES - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA ACUSAÇÃO. PRELIMINAR - RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM - POSSIBILIDADE DE SE PROPOR ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - NÃO CABIMENTO - NORMA BENÉFICA QUE VISA IMPEDIR O INÍCIO DA AÇÃO PENAL - CAUSA DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DESDE QUE CUMPRIDOS OS REQUISITOS - FRAGMENTARIEDADE DESTA SEARA CRIMINAL OBSERVADA - TRATATIVA CABÍVEL PARA

PROCESSOS NÃO SENTENCIADOS ATÉ A ENTRADA EM VIGOR DA LEI - CASO EM TELA NÃO AGRACIADO. I - O acordo de não persecução criminal disciplinado no Código de Processo Penal em seu art. 28-A, em reprise ao já sistematizado na Resolução n. 181/2017, do CNMP, enseja a promoção de arquivamento da investigação quando o Ministério Público celebra acordo com o investigado, desde que cumprido requisitos legais, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal a fim de aprimorar, sem dúvida, o modelo consensual da Justiça Criminal. II - Considerado como uma causa extintiva da punibilidade do réu, a sua oferta pelo Ministério Público deve retroagir para beneficiar o réu, haja vista a natureza mista de norma processual penal e norma penal, vedado, contudo, a litígios com sentença proferida até a entrada em vigor da lei. **PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - AFASTAMENTO - MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES - EMPRESÁRIA QUE DEIXA DE RECOLHER ICMS AOS COFRES PÚBLICOS EM TRÊS OPORTUNIDADES - AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO QUE TIPIFICA O CRIME - DECLARAÇÃO NA DIMES QUE NÃO AFASTA A OBRIGAÇÃO DE RECOLHER O TRIBUTO - MERO INADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO NÃO CONFIGURADO - PRECEDENTES - DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE DA RÉ NA ÉPOCA DOS FATOS** I - O crime de sonegação fiscal, tipificado no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, ocorre quando o agente que, como contribuinte de direito, declara o valor do ICMS, mas não o recolhe aos cofres públicos, aquilo que lhe é devido por força de lei. II - Em sede de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal firmou o Tema n. 937, declarando a constitucionalidade do “tipo previsto no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, por não se figurar a conduta nele descrita como mero ilícito civil”. III - Eventual dificuldade financeira sofrida pela empresa não constitui fundamento idôneo para afastar a culpabilidade do administrador, uma vez que o ICMS é imposto indireto, cabendo à empresa (contribuinte de direito) tão somente a função de arrecadar e repassar os valores ao Fisco (TJSC, AC 0010808-97.2015.8.24.0033, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 16.08.2018). **PEDIDO DE SUSPENSÃO DA DEMANDA - TRAMITAÇÃO DO RHC N. 163334, PERANTE O STF - NÃO ACOLHIMENTO - MATÉRIA JÁ ANALISADA E FIRMADA TESE DE TIPICIDADE DA CONDOTA.** Ainda que não transitada a questão, a matéria já foi analisada pelo pleno do referido Supremo Tribunal Federal e, em 18.12.2019, por maioria, negou-se provimento ao Recurso Ordinário, nos termos do voto do Relator, fixando a tese de que “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 8.137/1990”. **CONEXÃO COM OUTRO FEITO - ALMEJADA REUNIÃO - IMPOSSIBILIDADE - DEMANDAS JÁ SENTENCIADAS - PENA QUE PODE SER UNIFICADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO.** A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado (Súmula 235 do STJ), nada impedindo a reunião ulterior para o efeito se soma ou unificação das penas (art. 82 do CPP) no Juízo de Execução Penal. **PENA PECUNIÁRIA - RETIFICAÇÃO DE OFÍCIO - INAPLICABILIDADE DO ART. 72 DO CP EM CASO DE CRIME CONTINUADO - CÚMULO RESTRITO ÀS HIPÓTESES DE CONCURSOS MATERIAL E FORMAL - ILEGALIDADE SANADA.** A regra do art. 72 do CP, uma vez limitada às hipóteses de concursos material e formal, faz com que a pena pecuniária, reconhecida a ficção do crime continuado, seja exasperada da mesma forma que a pena privativa de liberdade. **RECURSO DESPROVIDO, COM A RETIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA PECUNIÁRIA.** (grifou-se)

Ainda assim, entendo que o posicionamento mais adequado é aquele que entende inviável o oferecimento do acordo de não persecução aos processos em que já tenha sido oferecida a Denúncia em observância à finalidade do instituto e à própria independência do Ministério Público.

Até porque o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) entende, o que pode ser adotado como posicionamento institucional do

Ministério Público com um todo, que o acordo pode ser oferecido até o recebimento da denúncia, ou seja, quando a acusação ainda se encontra na esfera de avaliação da oportunidade de exercê-la ou não.

Diante desse quadro, votei no sentido de conhecer do recurso e analisar seu mérito.

Estas são as razões do dissenso.

Apelação Criminal n. 0006677-09.2016.8.24.0045, de Xaxim

Relator: Desembargador Norival Acácio Engel

APELAÇÃO CRIMINAL. DESOBEDIÊNCIA. ADVENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA PARA UM DOS RÉUS. APLICABILIDADE DO ART. 109, VI, C/C OS ARTS. 110, § 1º, E 115, TODOS DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.

Ultrapassado lapso temporal superior a 1 (um) ano e 6 (seis) meses entre os marcos interruptivos, a teor do que estabelece o art. 109, VI, c/c os arts. 110, § 1º, e 115, todos do Código Penal, cumpre declarar de ofício a extinção da punibilidade do réu, em decorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua forma retroativa.

RECEPTAÇÃO E DESOBEDIÊNCIA. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. RÉU REINCIDENTE. SÚMULA 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DO SEMIABERTO. DETRAÇÃO PENAL. CONSIDERAÇÃO DO TEMPO DE ENCARCERAMENTO PROVISÓRIO. TRATAMENTO MAIS RIGOROSO QUE NÃO DECORRE DO QUANTUM DA PENA. RECURSO PROVIDO.

1 Em atenção aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, bem como ao entendimento de que, em se tratando de penas curtas, o regime mais gravoso traz efeitos negativos que poderiam ser evitados (Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, considera-se adequada a imposição da modalidade intermediária.

2 “Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado” (STJ, HC n. 552.105/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 5/3/2020).

3 O tempo de encarceramento provisório, apesar de relevante, não autoriza o abrandamento de regime prisional, que foi recrudescido em virtude da reincidência.

REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA EM RELAÇÃO AO CORRÉU. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A FIXAÇÃO EM PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE 1 (UM) SALÁRIO MÍNIMO PREVISTO NO ART. 45, §1º-A, DO CÓDIGO PENAL.

PLEITO CONSTANTE DAS CONTRARRAZÕES. JUSTIÇA GRATUITA. ACOLHIMENTO. RÉU REPRESENTADO POR DEFENSOR NOMEADO DURANTE TODO O PROCESSO. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU, NOS TERMOS DO ART. 580, DO CPP. REQUERIDA A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELA ATUAÇÃO NESTE GRAU. VIABILIDADE. VERBA FIXADA NOS TERMOS DA RESOLUÇÃO CM N. 5/2019, ALTERADA PELA RESOLUÇÃO N. 1/2020.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0006677-09.2016.8.24.0045, da comarca de Xaxim 2ª Vara em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Marcelo do Nascimento Lemes Pavão.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por meio eletrônico, por maioria, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para fixar o regime semiaberto ao réu Marcelo do Nascimento Lemes Pavão e, de ofício, declara-se extinta a punibilidade de Rafael Henrique Ostroski, em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua forma retroativa, no que concerne ao delito de desobediência, e diminui-se o valor da prestação pecuniária, em relação ao Corréu Rafael, para um salário mínimo, nos termos da fundamentação. Ainda, acolhe-se o pleito constante das Contrarrazões Recursais, concedendo-se a justiça gratuita, com extensão dos efeitos ao corréu, e fixa-se a verba honorária à advogada dativa, Dra. Emanoele Cristina da Silva Carraro (OAB/SC n. 35.655), no valor de R\$351,00. Intime-se pessoalmente a defensora nomeada acerca da presente decisão, vencida em parte a Excelentíssima Desembargadora Salete Silva Sommariva que absolvía quanto ao delito de desobediência. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Rizelo, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes.

Florianópolis, 28 de abril de 2020.

Desembargador Norival Acácio Engel
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Xaxim, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia em face de Rafael Henrique Ostroski e Marcelo do Nascimento Lemes Pavão, imputando-lhes a prática dos delitos capitulados nos arts. 180, *caput*, e 330, ambos do Código Penal, pois:

ATO 1. RECEPÇÃO.

Em data e horário que poderão ser melhor precisados durante a instrução criminal, mas sendo certo que o ato ocorreu entre os dias 10 de outubro de 2016, segunda-feira, e 13 de outubro de 2016, quinta-feira, os denunciados Marcelo do Nascimento Lemes Pavão e Rafael Henrique Ostroski, agindo em comunhão de esforços e união de desígnios, após se evadirem do regime semiaberto da Penitenciária Agrícola de Chapecó na data de 10.10.2016, já nos limites territoriais do Município de Xaxim-SC, adquiriram, em proveito próprio, um veículo VW/Golf, placas MBJ-3642, objeto com registro de furto e que sabiam ser produto de crime, notadamente em função das condições da aquisição de um “rapaz” em Xaxim-SC, sem, contudo, precisarem seu nome ou meios de identificá-lo. Consumada a receptação, os denunciados conduziram o veículo até o Município de Palhoça-SC3.

ATO 2. DESOBEDIÊNCIA.

No 13 de outubro de 2016, quinta-feira, por volta das 13h30min, na Rua Alba Aparecida Cardoso, Barra

do Aririú, Município de Palhoça, os denunciados Marcelo do Nascimento Lemes Pavão e Rafael Henrique Ostroski, ciente da ilicitude de seus atos, desobedeceram às ordens de parada e averiguação emitidas pela guarnição da Polícia Militar composta pelos policiais Rodrigo Luiz da Silva de Souza e Juliano Antônio Bonissoni, que estavam no pleno exercício de suas funções e flagraram a atividade de desmonte do veículo receptado (ato 1), e empreenderam fuga do local. Para obter êxito na prisão dos denunciados, foi necessário o apoio da guarnição especial da ROCAM. (fls. 126/128)

Finda a instrução, o Magistrado a quo julgou procedente o pedido formulado na denúncia, para condenar Marcelo do Nascimento Lemes Pavão ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 17 (dezesete) dias de detenção, em regime aberto, além de 20 (vinte) dias-multa, fixados no mínimo legal, e Rafael Henrique Ostroski ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de reclusão e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, substituídas por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária, no importe de 2 (dois) salários mínimos, por infração aos arts. 180, *caput*, e 330, ambos do Código Penal (fls. 322/336).

Inconformado com o *decisum*, o órgão do Ministério Público interpõe apelação criminal, mediante a qual postula a modificação do regime prisional imposto ao réu Marcelo do Nascimento Lemes Pavão para o semiaberto, em virtude da reincidência (fls. 364/368).

Contrarrazões ofertadas (fls. 375/379), os autos ascenderam a esta Corte e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Sr. Dr. Marcílio de Novaes Costa, manifesta-se pelo conhecimento e provimento do reclamo (fls. 390/391).

Em seguida, os autos foram encaminhados a este Relator, em substituição ao Magistrado Titular (fl. 394).

Este é o relatório.

VOTO

1. Antes de tudo, impõe-se o reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, em relação ao crime de desobediência pelo qual o corréu Rafael Henrique Ostroski foi condenado.

Isso porque, entre a data do recebimento da denúncia (16/11/2016, fls. 129/131) e da publicação da sentença condenatória (28/8/2018), transcorreram mais de 1 (um) ano e 9 (nove) meses, enquanto que a prescrição ocorre, neste caso, em apenas 1 (um) ano e 6 (seis) meses, tendo em vista que a pena corporal imposta, ausente recurso específico da acusação, é inferior a um ano – 15 (quinze) dias de detenção – e o réu era menor de 21 (vinte e um) anos ao tempo do crime (fls. 17/20).

Transcorrido o lapso temporal entre os marcos interruptivos, a teor do que estabelece o art. 109, VI, *c/c* os arts. 110, § 1º, e 115, todos do Código Penal, impõe-se declarar, *ex officio*, a extinção

da punibilidade de Rafael Henrique Ostroski, em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua forma retroativa, no que concerne ao delito de desobediência.

2. Ainda antes de adentrar no exame do recurso da acusação, deve-se ressaltar que a condenação dos acusados não comporta reparos, haja vista que fundamentada nas provas coligidas ao longo da persecução, da qual se destacam as palavras dos policiais militares que proferiram a prisão em flagrante (fl. 253).

3. O órgão do Ministério Público se insurge contra a fixação do regime prisional aberto ao acusado Marcelo do Nascimento Lemes Pavão.

Denota-se que a Magistrada *a quo*, reconhecido cometimento dos delitos de receptação e desobediência, por considerar favoráveis as operadores do art. 59 do Código Penal, fixou as penas-base no patamar mínimo.

Na segunda fase, presente apenas a agravante da reincidência (fl. 258), aumentou as sanções corporais em 1/6 (um sexto).

Ausentes majorantes ou minorantes, tornou as reprimendas definitivas em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 17 (dezesete) dias de detenção, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Como não há reclamo específico da acusação, deixa-se de adequar a pena de multa para que obedeça o critério trifásico e guarde proporcionalidade com a privativa de liberdade, a fim de que não ocorra indevida reformatio in pejus (TJSC, Apelação Criminal n. 0008312-61.2016.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. em 26/11/2019).

Na sequência, a Juíza *a quo* consignou:

Do regime e da substituição da pena

Para a fixação do regime de cumprimento da pena deve ser considerado o tempo de prisão preventiva do acusado (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal), recolhido em 13-10-2016 até 22-6-2017 (fl. 283) passaram-se 8 (oito) meses e 9 (nove) dias. Esclareço, ademais, que a contagem é efetuada somente para fins de fixação do regime de cumprimento pena. Eventual progressão será analisada quando formado o respectivo PEC.

O regime de início para o cumprimento da pena será o aberto (art. 33, § 2º, “c”, do CP).

Deixo de substituir a pena corporal aplicada por restritiva de direitos e de suspender condicionalmente a pena, uma vez que o réu é reincidente (arts. 44, II, e 77, I, ambos do CP). (fls. 332/333 – destaques no original)

Ocorre que, “a regra estabelecida pelo Código Penal é de que o condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado, pouco importando o montante da sua pena” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 375).

No entanto, em atenção aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, bem como ao entendimento de que, em se tratando de penas curtas, o regime mais gravoso traz efeitos negativos que poderiam ser evitados, a jurisprudência construiu que *“é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”* (Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça).

Essa orientação se ajusta ao constante nas Súmulas 719 do Supremo Tribunal Federal – *“A imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”* – e 440 do Superior Tribunal de Justiça – *“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”*.

De outro lado, permanece descabida, por ausência de previsão legal, a adoção do regime aberto ao acusado reincidente, hipótese alheia ao disposto no art. 33, §§ 2º, “c”, 3º, do Código Penal.

Colhe-se da jurisprudência dos Tribunais Superiores:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESCAMINHO (ART. 334, CAPUT E §1º, IV, C/C §2º, DO CÓDIGO PENAL). PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A circunstância especial de o agente ser reincidente – específico – constitui fundamento idôneo para a imposição de regime mais severo (semiaberto), medida que se mostra adequada e necessária para a repressão e prevenção do crime. Conforme já decidiu esta CORTE, surge correta decisão na qual, ante a reincidência, afasta-se o regime aberto (HC 127.071, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 4/4/2017).

2. Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF, HC n. 177.771 AgR/PR, rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. em 21/2/2020)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE E O PATRIMÔNIO GENÉTICO. DOSIMETRIA. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. SÚMULA N. 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITOS DO ART. 44, II, CÓDIGO PENAL. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena pressupõe a análise do quantum da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe: *“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional*

mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.” Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, in verbis: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

III - Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Na hipótese, o regime semiaberto foi aplicado, dado que a paciente é reincidente, e não preenche os requisitos previstos no art. 33, parágrafo 2º, alínea c, do Código Penal.

IV - O réu reincidente, condenado a pena igual ou inferior à 4 (quatro) anos, e que ostente circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto, conforme enuncia a Súmula n. 269/STJ. Nesse compasso, salienta-se que o entendimento exarado pelo acórdão impugnado, não afronta o disposto na Súmula n. 440/STJ. [...]. (STJ, HC n. 543.276/SP, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo Quinta Turma, j. em 26/11/2019)

Esta Corte não destoa: TJSC, Apelação Criminal n. 0016915-22.2017.8.24.0023, da Capital, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. em 28/1/2020.

Logo, deve ser acolhido o recurso da acusação para impor o regime prisional semiaberto.

Não se descarta que a Magistrada a quo, no momento da escolha do regime para o início do cumprimento da pena, mencionou faz o réu jus à detração penal.

Esclarece-se, no entanto, que o instituto em comento deve inaugurar no capítulo da dosimetria, em que será discutida a possibilidade de se estalecer regime inicial menos severo em razão do tempo de encarceramento provisório.

Nessa toada, importante lição traz a doutrina sobre o tema:

A Lei 12.736/2012 inovou, nesse cenário, ao inserir o § 2º no art. 387 do CPP. Permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar. Ilustre-se: o acusado, preso há dois anos, cautelarmente, é condenado a nove anos de reclusão; antes do advento da Lei 12.736/2012, o regime inicial seria o fechado necessariamente (pena superior a oito anos, conforme o art. 33, § 2º, CP); agora, o julgador deve descontar os dois anos de prisão provisória, chegando à pena de sete anos, que será o montante efetivo a cumprir. Para esse quantum (sete anos), são cabíveis dois potenciais regimes: fechado e semiaberto. Não está o julgador obrigado a conceder sempre o regime mais favorável; pode fixar o regime fechado inicial, se considerar o mais adequado, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3º. Afinal, somente o juiz da execução, ao receber o processo, com a pena de sete anos (em regime fechado ou semiaberto), decidirá o que fazer. Por outro lado, é possível que, estabelecida a pena de nove anos e já descontados os dois anos de prisão provisória, o julgador entenda pertinente fixar o regime inicial semiaberto, o que está autorizado legalmente a fazer. Não se deve padronizar o entendimento nesta hipótese, mas individualizar a pena, o que inclui o regime,

de maneira correta. (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 794)

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, “*com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado*” (STJ, HC n. 552.105/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 5/3/2020).

No caso dos autos, entretanto, o tempo de encarceramento provisório, apesar de relevante, não autoriza o abrandamento de regime prisional, que foi recrudescido em virtude da reincidência.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PLEITO DE DETRAÇÃO PENAL. ART. 387, § 2º, DO CPP. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO EM RAZÃO DA VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA DO DESCONTO DO PERÍODO DE PRISÃO CAUTELAR. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Quanto ao pleito de detração penal, de fato, com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. Ainda, tem-se que as alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência.

2. Na hipótese dos autos, contudo, quando da prolação do acórdão ora impugnado, mostrava-se irrelevante a detração penal, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, considerando que o meio prisional mais grave foi estabelecido em virtude da valoração negativa de circunstância judicial. Repita-se: a existência de moduladora desfavorável autoriza a fixação do regime mais grave que o indicado pela quantidade de pena estabelecida no decreto condenatório, como se deu no caso. Logo, indiferente seria eventual detração penal.

3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 561.176/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 3/3/2020)

Sendo assim, cabível o regime intermediário.

De ofício, deve ser reduzido o valor fixado a título de prestação pecuniária em relação ao Corréu Rafael.

Isso porque, verifica-se que a Magistrada de Primeiro Grau arbitrou o valor equivalente a dois salários mínimos, contudo não houve fundamentação para aplicação de valor acima do mínimo legal. Extraí-se (fls. 334):

[...] Tendo em vista a pena aplicada e as circunstâncias favoráveis da acusada, viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44 do CP), consistente no pagamento de 2 (dois) salários mínimos e de prestação de serviços à comunidade, à razão de 1 hora por dia, pelo tempo da condenação. [...]

Nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal, impõe-se a redução do valor fixado a título de prestação pecuniária para o mínimo legal de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos.

Em caso semelhante, já decidiu esta Câmara na Apelação Criminal n. 0004103-59.2014.8.24.0020, de Criciúma, de Relatoria do Desembargador Volnei Celso Tomazini, julgada em 12-06-2018:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 2º, II, DA LEI Nº 8.137/90), POR 23 (VINTE E TRÊS VEZES) EM CONTINUIDADE DELITIVA. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL. PLEITO DEFENSIVO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE RELATIVA À INEXIGIBILIDADE DE CONDUITA DIVERSA. IMPOSSIBILIDADE. DIFICULDADE FINANCEIRA EXCEPCIONAL NÃO COMPROVADA. ÔNUS QUE COMPETE À DEFESA (ART. 156 DO CPP). CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL PREVISTO NO ART. 2º, II, DA LEI Nº 8.137/90, ADEMAIS, QUE NÃO SE CONFUNDE COM INADIMPLEMENTO FISCAL. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E DESPROVIDO. PEDIDO MINISTERIAL DE FIXAÇÃO DE VALOR A TÍTULO DE REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS. ACOLHIMENTO. DEVER DE INDENIZAR DECORRENTE DE IMPOSIÇÃO LEGAL (ART. 91, I, DO CP E ART. 387, IV, DO CPP). PRÁTICA DE CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA QUE NÃO É ÔBICE À FIXAÇÃO DE VALOR REPARATÓRIO PELA POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL POR PARTE DA FAZENDA PÚBLICA. VALOR SONEGADO QUE DEVE SERVIR DE PARÂMETRO À FIXAÇÃO DA REPARAÇÃO. **MODIFICAÇÃO DA PENA SUBSTITUTIVA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA INVIÁVEL. VALOR DE 10 (DEZ) SALÁRIOS MÍNIMOS FIXADOS NA SENTENÇA CONDIZENTE COM OS PROPÓSITOS DE REPRESSÃO E PREVENÇÃO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA, TODAVIA, DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA A JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA ACIMA DO VALOR MÍNIMO LEGAL. REDUÇÃO, EX OFFICIO, PARA 1 (UM) SALÁRIO MÍNIMO QUE SE IMPÕE. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. REPERCUSSÃO GERAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA QUE PERMITE O IMEDIATO CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO.**

Por derradeiro, tendo em vista a situação econômica evidenciada nos autos (fls. 14/15), o fato de ter sido assistido por defensora nomeada durante toda a tramitação (TJSC, Apelação Criminal

n. 0010069-14.2014.8.24.0081, de Xaxim, de minha Relatoria, Segunda Câmara Criminal, j. em 3/3/2020) e o pedido erigido nas Contrarrazões, concede-se o benefício da justiça gratuita (art. 98 do Código de Processo Civil).

Estendem-se os efeitos da concessão da justiça gratuita ao Corrêu, também representado durante todo o processo por defensor nomeado (fl. 160) e sem indicação de que seus rendimentos sejam elevados.

Da mesma forma, considerando o pleito formulado nas contrarrazões e o trabalho suplementar realizado neste Grau de Jurisdição, majoram-se os honorários à defensora dativa em R\$ 351,00 (trezentos e cinquenta e um reais), em atenção aos critérios estampados no art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil – apreciação equitativa de acordo com o grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e tempo exigido para o seu serviço – e na Resolução CM n. 5 de 8 de abril de 2019 e suas alterações.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para fixar o regime semiaberto ao réu Marcelo do Nascimento Lemes Pavão e, de ofício, declara-se extinta a punibilidade de Rafael Henrique Ostroski, em razão da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua forma retroativa, no que concerne ao delito de desobediência, e diminui-se o valor da prestação pecuniária, em relação ao Corrêu Rafael, para um salário mínimo, nos termos da fundamentação. Ainda, acolhe-se o pleito constante das Contrarrazões Recursais, concedendo-se a justiça gratuita, com extensão dos efeitos ao corrêu, e fixa-se a verba honorária à advogada dativa, Dra. Emanoele Cristina da Silva Carraro (OAB/SC n. 35.655), no valor de R\$351,00. Intime-se pessoalmente a defensora nomeada acerca da presente decisão.

Ao Sr. Secretário para que proceda às anotações no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade, nos termos da Resolução n. 44/07, com as alterações das Resoluções ns. 50/08 e 172/13, todas do Conselho Nacional de Justiça, do Provimento n. 29/13 da Corregedoria Nacional de Justiça e do art. 197, § 4º, do Regimento Interno desta Corte.

Apelação Criminal nº 0006677-09.2016.8.24.0045, de Xaxim

Declaração de Voto Vencido da Desa. Salete Silva Sommariva

Dissenti em parte da douta maioria porque absolvía o réu do delito previsto no art. 330 do Código Penal.

Acerca do tema, convém ressaltar que as normas de trânsito não previram, expressamente, a aplicação cumulativa das sanções do delito de desobediência, na hipótese do descumprimento de ordem emanada pela autoridade policial em situações de trânsito, subsistindo meramente punições administrativas.

Diante disso, considerando a inexistência, nas normas extra penais em que enquadrado o réu, de ressalva específica quanto à cumulação da sanção penal prevista no art. 330 do Código Penal, forçoso reconhecer a atipicidade de sua conduta no presente caso.

A respeito do tema, extrai-se do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESOBEDIÊNCIA. NÃO PARAR O VEÍCULO E EMPREENDER FUGA, AO SER ABORDADO POR POLICIAIS. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

1. Para a caracterização do crime de desobediência (art. 330 do CP), é necessário que não haja sanção especial para o seu não cumprimento, ou seja, se pelo descumprimento de ordem legal de servidor público, alguma lei estabelece determinada penalidade administrativa ou civil, não se deverá reconhecer o crime em questão, salvo se a referida lei expressamente ressaltar a cumulativa aplicação do art. 330 do CP.

2. No presente caso, a conduta praticada pelo Recorrido (não parar o veículo e empreender fuga, ao ser abordado por policiais rodoviários federais) encontra, na legislação de trânsito (art. 195 do CTB - Desobedecer às ordens emanadas da autoridade competente de trânsito ou de seus agentes), a previsão de penalidade administrativa (multa), não prevendo lá a cumulação com a sanção criminal.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1492647/PR, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 10-11-2015).

E, ainda que assim não fosse, a doutrina invoca um segundo argumento para afastar a tipicidade penal em tais casos, partindo da premissa de que inexistente “*o crime quando a rebeldia se dá para não se produzir prova contra si mesmo, desdobramento lógico da garantia constitucional ao silêncio*” (GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal: Parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. III, p. 402).

O entendimento deste Tribunal de Justiça não destoa:

APELAÇÃO CRIMINAL. DESOBEDIÊNCIA (CP, ART. 330) E CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (CTB, ART. 306, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. [...] 2. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. POTENCIALIDADE LESIVA. PERIGO ABSTRATO. 3. DESOBEDIÊNCIA. ORDEM LEGAL. NÃO ATENDIMENTO. DIREÇÃO DE AUTOMÓVEL SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. *STATUS LIBERTATIS*. DIREITO AO SILÊNCIO E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO (CF, ART. 5º, INC. LXIII). ATIPICIDADE.

[...]

3. O desrespeito à ordem de parada emitida por Policial Militar com o intuito de evitar a prisão em flagrante em decorrência da prática do crime previsto no art. 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro constitui reflexo do desejo de preservar a liberdade, corolário do princípio de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), e não configura o crime de desobediência.

[...]

RECURSO CONHECIDO, PARCIALMENTE PROVIDO E, DE OFÍCIO, FIXADOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (Ap. Crim. n. 0002138-80.2015.8.24.0062, de São João Batista, rel. Des. Sérgio Antônio Rizelo, j. em 8-11-2016).

No mesmo rumo:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CP) E DIREÇÃO DE VEÍCULO SEM A DEVIDA HABILITAÇÃO (ART. 309 DO CTB). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO CONDENATÓRIO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ACUSADO QUE NÃO ATENDE À ORDEM DE PARADA DA AUTORIDADE POLICIAL COM O FIM DE EVITAR A PRISÃO EM FLAGRANTE. DESOBEDIÊNCIA QUE REVELA O INSTINTO DE PRESERVAÇÃO DO *STATUS LIBERTATIS*. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO QUE VEDA A AUTOINCRIMINAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. CRIME DE TRÂNSITO. DIRIGIR SEM HABILITAÇÃO NECESSÁRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA DO ACUSADO. RÉU QUE É PERSEGUIDO POR VIATURA POLICIAL E REALIZA MANOBRA PROIBIDA, PERDENDO O CONTROLE DA MOTOCICLETA. PERIGO DE DANO COMPROVADO. SENTENÇA REFORMADA. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Ap. Crim. n. 2013.054888-5, da Capital, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. em 10-6-2014).

Diante desse quadro, votei no sentido de absolver o acusado em relação ao delito previsto no art. 330 do Código Penal, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Florianópolis, 6 de maio de 2020.

Saete Silva Sommariva

Agravo de Execução Penal n. 0009198-59.2019.8.24.0064, de São José

Relatora: Desa. Salete Silva Sommariva

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – INDEFERIMENTO DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL – INCONFORMISMO MINISTERIAL – TESE ACERCA DA NECESSIDADE DO CUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 118, §2º, DA LEP – PRESCINDIBILIDADE NO CASO CONCRETO – MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS RIGOROSO – PRECEDENTES – REGRESSÃO INEXISTENTE – RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0009198-59.2019.8.24.0064, da comarca de São José (Vara Regional de Execuções Penais) em que é Agravante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Agravado Carlos Henrique Silva de Almeida:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, desprover o recurso ministerial. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 24 de março de 2020, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Rizelo e Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 27 de março de 2020.

Salete Silva Sommariva
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Regional de Execuções Penais da comarca de São José que, nos autos n. 0014364-40.2015.8.24.0023, indeferiu a designação de audiência de justificação em favor do reeducando Carlos Henrique Silva de Almeida (p. 456/462).

Sustentou o agravante, em síntese, que *“a apuração da infração disciplinar no âmbito administrativo não afasta a necessidade de designação da audiência de justificação na hipótese do reconhecimento da prática de falta grave, tendo em vista o disposto no art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal.”* (p. 1/8).

Apresentadas as contrarrazões (p. 11/15) e mantida a decisão agravada (p. 17), a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti (p. 23/25), manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O desprovimento do recurso é medida de rigor e dispensa fundamentação extensa.

Isso porque, conforme entendimento preconizado por esta corte de justiça, encampando posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, conquanto cediço que a realização de audiência de justificação judicial se caracteriza como condição indispensável para o decreto de regressão definitiva de regime prisional, a tese suscitada não encontra amparo na hipótese em apreciação, uma vez que o modo executacional mais gravoso restou conservado pelo juízo.

Acerca do tema, colhem-se os seguintes julgados:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA DECISÃO QUE HOMOLOGOU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E RECONHECEU A PRÁTICA DE FALTA GRAVE, DETERMINOU A PERDA DE UM TERÇO DOS DIAS REMIDOS E FIXOU NOVA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. PRELIMINAR DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE EM RAZÃO DA MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. EXIGÊNCIA DO ATO APENAS QUANDO OCORRER REGRESSÃO DO REGIME. PRECEDENTES DESTA CÂMARA E DO STJ. [...] RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Agravado de Execução Penal n. 0001397-24.2019.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Norival Acácio Engel, j. em 18-6-2019).

No mesmo sentido:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - COMETIMENTO DE FALTA GRAVE DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME FECHADO (APENADO FLAGRADO COM INSTRUMENTO CAPAZ DE OFENDER A INTEGRIDADE FÍSICA DE OUTREM) - PAD HOMOLOGADO - RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR - AVENTADA NECESSIDADE DE OITIVA DO REEDUCANDO EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO, NOS MOLDES DO ART. 118, § 2º, DA LEP - PRESCINDIBILIDADE - OITIVA DURANTE O PROCESSO ADMINISTRATIVO, COM A PRESENÇA DE DEFENSOR - AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS - VÍCIO NÃO CONSTATADO.

Verifica-se a regularidade da decisão do Juízo da execução penal, em dispensar a audiência de justificação, notadamente em razão da ausência de regressão de regime prisional, portanto, em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (HC 498.827/SP, rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, j. em 14.05.2019). [...] RECURSO DESPROVIDO. (Agravado de Execução Penal n. 0010501-07.2019.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Forneroll, j. em 31-10-2019).

Ainda:

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL (LEI 7.210/1984, ART. 197). DECISÃO QUE HOMOLOGOU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR, RECONHECEU A PRÁTICA DE FALTA GRAVE, MANTEVE O REGIME PRISIONAL FECHADO, ALTEROU A DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE PROSPECTIVOS BENEFÍCIOS E DETERMINOU A PERDA DE UM QUINTO DOS DIAS REMIDOS. INSURGIMENTO DO REEDUCANDO. PREFACIAL DE NULIDADE. APONTADA ILEGALIDADE DO INCIDENTE EM DECORRÊNCIA DA DISPENSA DA AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO DO ART. 118, § 2º, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. PRESCINDIBILIDADE. OITIVA DURANTE O TRÂMITE CARCERÁRIO NA PRESENÇA DE DEFENSOR PÚBLICO. CONTRADITÓRIO ASSEGURADO. APURAÇÃO DE FALTA GRAVE, ADEMAIS, QUE NÃO IMPLICOU REGRESSÃO DEFINITIVA DE REGIME. MANUTENÇÃO DO FECHADO, EM QUE JÁ SE ENCONTRAVA. DECISUM QUE SE LIMITOU A HOMOLOGAR O PAD E DETERMINAR REFLEXOS DISTINTOS NA ALTERNÂNCIA DO SISTEMA PROGRESSIVO. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SEGUIDO POR ESTA QUINTA CÂMARA CRIMINAL. VÍCIO INOCORRENTE.

Procedida à oitiva do reeducando no procedimento administrativo disciplinar, o qual foi avalizado por defensor público, de forma a garantir o pleno exercício do direito ao contraditório, e não se tratando de hipótese de regressão definitiva de regime, não se caracteriza error in procedendo a sequencial homologação judicial desacompanhada de anterior realização de audiência de justificação. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Execução Penal n. 0002315-96.2019.8.24.0064, de São José, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. em 20-2-2020).

Em sendo assim, irretocável a decisão singular que negou a realização da solenidade em questão. À vista do exposto, o voto é no sentido de desprover o recurso ministerial.

Apelação Criminal n. 0000676-24.2018.8.24.0017, de Dionísio Cerqueira

Relator: Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo

APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU SOLTO, CONDENADO PELOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (ART. 129, § 9º, DO CP) E AMEAÇA (ART. 147 C/C ART. 61, II, “F”, AMBOS DO CP), AMBOS COM INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA (LEI Nº 11.340/2006).

RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, PELA ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, E PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO À AMEAÇA, PELA ALEGADA: (A) AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA; (B) CARÊNCIA DO RELATO DA VÍTIMA E DAS PROVAS DO TEMOR GERADO E (C) INEXISTÊNCIA DE DOLO EM DECORRÊNCIA DE EMBRIAGUEZ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, FIXADA VERBA HONORÁRIA DE OFÍCIO PELA ATUAÇÃO RECURSAL.

1. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUFICIÊNCIA DE PROVAS. 1.1 “É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes praticados no âmbito doméstico, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios (STJ, AgRg no AREsp 1003623/MS, DJe 12/03/2018). 1.2 Na hipótese, o relato da vítima não apenas se mostrou plenamente coerente nas fases policial e judicial, como restou corroborado: pelo depoimento judicial do seu irmão mais novo e também agressor, pelos relatos judiciais dos policiais que participaram da ocorrência, bem como pelos documentos dos autos (em especial: boletim médico e laudo pericial indireto, atestando lesões) – conjunto probatório mais que suficiente para embasar a condenação.

2. AMEAÇA. INSUBSISTÊNCIA DE TODAS AS TESES DEFENSIVAS. Não merece provimento o apelo defensivo quando as teses defensivas se mostram absolutamente insubsistentes, como na hipótese:

2.1 DESCRIÇÃO NA DENÚNCIA. No caso, ao contrário do alegado pela defesa, a ameaça restou devidamente descrita na denúncia, nos seguintes termos: “Na ocasião, o denunciado, de forma livre e consciente da reprovabilidade de sua conduta, em prévio conluio com o adolescente [...], ameaçou, através de palavras, matar a vítima”.

2.2 RELATO DA VÍTIMA. Ao ser ouvida na delegacia e em juízo, ao contrário do afirmado, a vítima relatou com precisão a ameaça sofrida. Evidente, ademais, que se sentiu ameaçada: a uma, pela conjectura dos fatos, que geram notório temor (irmãos embriagados que a agrediram com um taco de sinuca e socos; atiraram pedras, inclusive quebrando a porta de vidro da residência; e expressamente a ameaçaram de morte); a duas, porque buscou imediata ajuda da polícia, claramente temendo pela própria vida.

2.3 DOLO E EMBRIAGUEZ. Apenas isenta o agente da pena a embriaguez completa e proveniente de caso fortuito ou força maior. A embriaguez voluntária, hipótese dos autos, não exclui a imputabilidade penal (art. 28, II, § 1º, do CP). Segundo o STJ: “Nos termos do art. 28, II, do Código Penal, é cediço que a embriaguez voluntária ou culposa do agente não exclui a culpabilidade, sendo ele responsável pelos seus atos mesmo que, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (AgInt no REsp 1548520/MG, DJe 22/06/2016). Ademais, evidente o dolo, na medida em que, ao agredir a vítima com um taco de sinuca e ameaçá-la de morte, o acusado, ainda que embriagado, visivelmente quis causar-lhe grave temor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000676-24.2018.8.24.0017, da Comarca de Dionísio Cerqueira (Vara Única) em que é Apelante Roque Antônio Telheiro e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, fixando-se a verba honorária devida ao defensor dativo Cleiton Carlos Martinelli (OAB/SC 54.568) (fl. 151) no importe de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais) pela atuação neste grau de jurisdição, com fulcro no art. 8º, §4º, e item 10.4 do Anexo Único da Resolução CM n. 11/2019 do TJSC, devendo ser expedida a respectiva certidão. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Getúlio Corrêa e Desembargador Ernani Guetten de Almeida.

Funcionou como representante do Ministério Público, a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Dra. Jayne Abdala Bandeira.

Florianópolis, 28 de janeiro de 2020.

Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Denúncia: O Ministério Público ofereceu denúncia contra Roque Antônio Telheiro, dando-o como incurso nas sanções do “art. 129, § 9º (fato 1) e no art. 147 (fato 2), ambos c/c artigo 61, inciso II, alíneas ‘e’ e ‘f’, todos do Código Penal e com a incidência dos artigos 5º e 7º, inciso I, da Lei n. 11.340/06, e no art. 244-B da Lei 8.069/90 (ECA), c/c art. 61, inciso II, alínea ‘e’, do Código Penal”, pela prática dos seguintes fatos delituosos (fls. 126-128):

No dia 25/4/2018, por volta das 21:00, no interior da residência localizada na Rua A, n. 30, bairro União, município de Dionísio Cerqueira/SC, o denunciado **Roque** Antônio Telheiro, de forma livre e consciente da reprovabilidade de sua conduta, **em prévio conluio com o adolescente A. dos S. T., prevalecendo-se das relações domésticas, ofendeu a integridade corporal de sua irmã, Maria Izabel Telheiro, agredindo-lhe com golpes de taco de sinuca no braço esquerdo, causando-lhe as lesões descritas no Laudo Pericial n. 9427.2018.1103 (contusão de membro superior esquerdo - fl. 120).**

Na ocasião, o denunciado, de forma livre e consciente da reprovabilidade de sua conduta, **em prévio conluio com o adolescente A. dos S. T., ameaçou, através de palavras, matar a vítima** Maria Izabel Talheiro (fl. 127) (Grifo nosso)

Sentença: Após a regular instrução do processo criminal, a Juíza do primeiro grau proferiu a seguinte decisão (fls. 189-203):

Diante do exposto, com fulcro no art. 387 do Código de Processo Penal, **julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão** punitiva deduzida pelo Ministério Público e **CONDENO o réu Roque Antônio Telheiro**, já qualificado, como incurso **nas sanções do art. 129, § 9º, do Código Penal e art. 147 do Código Penal, este combinado com o art. 61, II, “f”, do Código Penal, todos com incidência da Lei nº 11.340/2006, à pena total de 4 meses e 5 dias de detenção, no regime aberto, concedida a suspensão condicional da pena, por 2 anos**, devendo o acusado, no primeiro ano de benefício, submeter-se à prestação de serviços à comunidade (125 horas). Ainda, fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, **ABSOLVO** o acusado Roque Antônio Telheiro em relação à imputação do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O réu deverá permanecer solto, por inexistirem razões que autorizem o decreto da prisão preventiva.

Fixo valor mínimo de indenização à vítima, a título de danos morais, em R\$ 1.000,00, com juros de mora de 1% ao mês a partir do evento danoso (dia 25 de abril de 2018) e correção monetária pelo INPC/IBGE a contar do presente arbitramento.

Comuniquem-se a vítima, nos termos do art. 201, § 2º, do CPP. Custas pelo condenado (art. 804 do CPP).

Considerando a ausência de Defensoria Pública na comarca e a nomeação de defensor dativo, com fundamento no art. 5º, inc. LXXIV, da CF, e art. 22, §1º, da Lei nº. 8.906/1994, fixo honorários a serem pagos ao defensor dativo que atuou no processo em R\$ 424,00, valor equivalente ao dobro do mínimo da tabela do anexo único da Resolução CM 5/2019, tendo em vista a complexidade do caso, os atos praticados, o tempo de duração do processo, o trabalho desenvolvido, seu local e o zelo profissional. Consequentemente, determino o pagamento através do sistema AJG/PJSC, consoante o disposto no art. 85 do CPC e na Resolução CM n. 5/2019 (fls. 201-202) (Grifo nosso)

Apelação interposta pela Defesa: Por seu defensor dativo, requer a absolvição quanto aos dois crimes. Em relação à violência doméstica, pela alegada insuficiência de provas. E, quanto à ameaça, pela alegada: (a) ausência de descrição na denúncia; (b) carência do relato da vítima e das provas do temor gerado e (c) inexistência de dolo em decorrência de embriaguez (fls. 207-212).

Contrarrazões: A acusação impugnou as razões recursais defensivas, requerendo o conhecimento e improvimento do recurso (fls. 216-226).

Parecer da PGJ: Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire, que opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 234-238).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação interposta pela Defesa de Roque Antônio Telheiro contra a sentença que, julgando parcialmente procedente a denúncia, condenou-o pelo cometimento dos crimes de violência doméstica (art. 129, § 9º, do Código Penal) e ameaça (art. 147 do Código Penal), este agravado por ter sido cometido com violência contra a mulher na forma da lei específica (art. 61, II,

“f”, do CP), ambos com incidência da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006).

Diante das insurgências já detalhadas no relatório, passo ao exame da matéria devolvida a conhecimento desta Câmara:

1. Mérito

a) Violência doméstica: da alegada insuficiência de provas

A Defesa requer a absolvição do Apelante pela alegada insuficiência de provas para embasar a condenação. Sustenta que: (a) *“levou-se em consideração as ínfimas provas produzidas em sede de investigação, sendo que não foram corroboradas em juízo”*; (b) *“muito embora a réu não tenha comparecido em juízo para dar sua versão dos fatos, é certo que não se deram da forma que a pretensa vítima narrou”*; (c) *“não há como afirmar com a certeza inconcussa que o réu tenha agido de forma deliberada para agredir a vítima”*; (c) *“a manutenção da condenação poderá atrapalhar a própria relação dos irmãos, vindo a afrontar valores, como a busca da harmonia e a superação de situações onde houve ínfima violência”*; (d) *“conforme vítima, o fato em testilha tratou-se de um acontecimento isolado e não mais se repetiu”* (fls. 209-210).

Sem qualquer razão.

Da detida análise dos autos, tenho que os elementos informativos e as provas colhidas em juízo, analisados em conjunto, não deixam quaisquer dúvidas acerca da suficiência de provas para embasar a condenação.

A **materialidade delitiva** restou demonstrada: (a) pelo boletim de ocorrência de fls. 24-26, no qual a vítima relata os fatos; (b) pelas fotografias de fls. 27-28, em que é possível ver a porta de vidro estilhaçada; (c) pelo auto de apreensão de fl. 86, no qual consta a apreensão de um taco de sinuca e de uma garrafa de aguardente; (c) pelo auto de constatação de dano de fl. 87, que atesta os danos causados na porta; (c) pelo boletim de atendimento médico de fl. 31, que atesta atendimento a vítima e o relato da agressão e, principalmente, (d) pelo laudo pericial indireto de fl. 120, em que foi constatada ofensa à integridade corporal da ofendida, consistente em “contusão de membro superior esquerdo”.

Aliás, importante frisar que nos crimes de violência doméstica mitiga-se a indispensabilidade do exame de corpo de delito direto, prevista no art. 158 do CPP, a teor do art. 12, § 3º, da Lei nº 11.340/2006 (ora aplicável), que prevê como meio de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde (STJ, HC 295.979/RS, DJe 22/06/2016).

A **autoria delitiva**, por sua vez, restou cabalmente comprovada pela prova oral colhida nas fases policial e judicial, bem como pelos documentos acima mencionados. Vejamos com atenção:

Na delegacia e em momento mais próximo aos fatos, a vítima Maria Izabel Telheiro (fls. 16-17) afirmou que:

há aproximadamente quatro anos seus irmãos Roque Antonio dos Santos Telheiro, 23 anos de idade e A. (adolescente) dos Santos Telheiro, 15 anos de idade, passaram a residir com a declarante; QUE, anexo à casa da declarante, funciona um bar de sua propriedade; QUE, na tarde de ontem, dia 25 de abril, por volta das 18 horas, seus irmãos saíram para dar uma volta; QUE, às 21 horas os irmãos da declarante retornaram para casa; QUE, ao retornarem, a declarante percebeu que ambos estavam embriagados; QUE, diante da situação, a declarante indagou seus irmãos porque haviam bebido; QUE, ao serem indagados, os irmãos da declarante passaram a ameaçá-la e agredi-la; QUE, os irmãos da declarante a ameaçavam, dizendo que iriam matá-la; QUE, A. (adolescente) arremessou pedras contra a porta de vidro da residência, quebrando-a; QUE, em ato contínuo, Roque apanhou um taco de sinuca e passou a desferir golpes na declarante, atingindo-a no braço esquerdo; QUE, A. (adolescente) também agrediu a declarante com socos; QUE, a declarante foi atingida com socos na cabeça e nas pernas; QUE, tanto Roque quanto A. (adolescente) agrediram a comunicante, enquanto proferiam ameaças de morte; QUE, a declarante conseguiu sair do local e então foi até a Companhia da Polícia Militar, onde relatou o fato; QUE, uma guarnição da Polícia Militar deslocou-se até a residência da declarante, onde deu voz de prisão à Roque Antonio dos Santos Telheiro e aprendeu A. (adolescente) dos Santos Telheiro; QUE, o Corpo de Bombeiros foi acionado e conduziu a declarante até o Hospital de Dionísio Cerqueira, onde foi atendida, medicada e posteriormente liberada, com suspeita de fratura no braço esquerdo; QUE, após a liberação do hospital, a declarante foi conduzida pela Polícia Militar até a Delegacia de Polícia de São José do Cedro, onde registrou a ocorrência; QUE, a declarante manifesta o desejo de representar criminalmente, bem como requer as medidas protetivas de urgência (Grifo nosso).

Em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, a vítima manteve intocável a versão inicial, confirmando expressamente que foi agredida pelo Apelante com um taco de sinuca na data narrada, nos seguintes termos:

[...] Roque e A. (adolescente) residiam consigo à época dos fatos. **Disse que seus irmãos saíram de casa para dar uma volta e quando voltaram estavam embriagados, momento em que discutiu com eles, alertando-os que não era pra beber, oportunidade em que Roque lhe agrediu com um taco de sinuca, machucando seu braço.** Disse que Roque e A. (adolescente) lhe ameaçaram, dizendo que iriam matá-la, e confirmou também que A. (adolescente) jogou pedras contra a residência. Sobre as agressões perpetradas por A. (adolescente), titubeou em confirmar, dizendo inicialmente que ele não teria lhe agredido e posteriormente que acha que quando estava caída, possivelmente A. (adolescente) lhe desferiu socos. Justificou a contradição, porque faz tempo desde a ocorrência dos fatos, não lembrando exatamente a sua dinâmica (transcrição de fls. 221-222) (Grifo nosso)

Não bastasse, A. dos S. T. (adolescente), irmão mais novo da vítima e igualmente apontado como agressor, na fase policial, embora tenha afirmado que Maria também agiu como agressora, confirmou as agressões praticadas por ele e o Apelante, bem como que estavam embriagados, inclusive entregando que o Apelante também estava sob efeito de droga (fl. 14).

Em Juízo, embora inicialmente tenha desmentido a primeira versão, ao ser questionado novamente, confirmou que o Apelante pegou um taco de sinuca para bater no braço de Maria e derrubou-a no chão. Afirmou, ademais, que também a agrediu e, ao final do depoimento, admitiu

que ela não chegou a agredi-los mas apenas tentou se defender (mídia audiovisual).

Não fosse o suficiente, tem-se que os dois agentes que atenderam a ocorrência afirmaram nas fases policial e judicial (Edevandro Gustavo Schragle e Deivit Ângelo dos Santos Silva – fls. 8-13 e 186) que a vítima lhes relatou as agressões e ameaças; que constataram que ela apresentava ferimentos; que ao chegarem na residência encontraram o Apelante e A. (adolescente) visivelmente embriagados e, da mesma forma, confirmaram os danos narrados pela ofendida.

Não bastasse, cabe também lembrar que corroboram a versão da vítima os documentos constantes nos autos antes mencionados. Merece destaque o auto de constatação de dano de fl. 87, que confirma os danos causados na porta da residência, como dito pela vítima; e o boletim de atendimento médico de fl. 31 e laudo pericial indireto de fl. 120, que atestam “contusão de membro superior esquerdo”, tal qual relatado por ela.

De outro lado, verifico que, ao ser interrogado na delegacia, o Apelante optou por permanecer em silêncio (fl. 19) e, em juízo, embora regularmente intimado, deixou de comparecer (termo de fls. 172-173 e 186-187).

Como se vê, o relato da vítima não apenas se mostrou plenamente coerente nas fases policial e judicial, como restou corroborado: pelo depoimento judicial do seu irmão mais novo e também agressor, pelos relatos judiciais dos policiais que participaram da ocorrência, bem como pelos documentos dos autos (em especial: boletim médico e laudo pericial indireto, atestando lesões); ao passo que, de outro lado, o acusado limitou-se a permanecer em silêncio, não apresentando qualquer elemento ou argumento plausível que colocasse em dúvida a sólida versão da vítima.

O conjunto probatório, desse modo, é mais do que suficiente para embasar a condenação, não prosperando nenhuma das teses defensivas. Até mesmo porque, como visto, os elementos informativos colhidos na fase extrajudicial foram amplamente corroborados pela prova produzida em Juízo.

Cabe frisar, aliás, que conforme a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça: em crimes praticados no âmbito doméstico a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios. Veja-se:

“É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes praticados no âmbito doméstico, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios (AgRg no AREsp 1003623/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018)

“Não há qualquer ilegalidade no fato de a condenação referente a delitos praticados em ambiente doméstico

ou familiar estar lastreada no depoimento prestado pela ofendida, já que tais ilícitos geralmente são praticados à clandestinidade, sem a presença de testemunhas, e muitas vezes sem deixar rastros materiais, motivo pelo qual a palavra da vítima possui especial relevância” (STJ, AgRg no AREsp 1225082/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018)

“Para alterar o entendimento da Corte Estadual e atender ao pleito de absolvição por insuficiência de provas seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos. A palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar a condenação, mormente porque se trata de violência doméstica ou familiar, não havendo que se falar em insuficiência probatória. Precedentes” (STJ, AgRg no AREsp 1352082/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 05/04/2019) (Grifo nosso)

A jurisprudência desta Câmara Criminal, cabe frisar, segue no mesmo sentido. Veja-se:

[...] CRIMES DE AMEAÇA (CP, ART. 147, CAPUT) E LESÃO CORPORAL E AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO (CP, ARTS. 129, § 9º, E 147, CAPUT, C/C ART. 7º, II E III, DA LEI N. 11.340/06) [...] MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - PALAVRAS DA VÍTIMA UNÍSSONAS EM AMBAS AS ETAPAS PROCESSUAIS DANDO CONTA DA AGRESSÃO PERPETRADA PELO RÉU, CORROBORADAS PELO LAUDO PERICIAL - SENTENÇA MANTIDA [...] **Em se tratando de casos de violência doméstica e familiar praticada contra a mulher, “a palavra da vítima ganha especial relevo”** (STJ, Min. Sebastião Reis Júnior) (TJSC, Apelação Criminal n. 0006832-39.2016.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 17-12-2019)

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. AMEAÇA (ART. 147, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL, COM INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO [...] AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADA. [...] DEPOIMENTOS COERENTES DA VÍTIMA EM AMBAS AS ETAPAS DA PERSECUÇÃO CRIMINAL, CORROBORADOS PELA FALA DE INFORMANTES. **PALAVRA DA OFENDIDA QUE POSSUI ESPECIAL RELEVÂNCIA EM CRIMES DESTA NATUREZA. SUSTENTADA ATIPICIDADE DA CONDUTA DO DELITO.** [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0000927-55.2017.8.24.0218, de Catanduvas, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 19-11-2019).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. AMEAÇA (ART. 147, CAPUT, NA FORMA DA LEI N. 11.340/06). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA PEÇA ACUSATÓRIA. ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. [...] PALAVRAS DA VÍTIMA UNÍSSONAS E COERENTES AO LONGO DE TODA A PERSECUÇÃO CRIMINAL, CORROBORADAS PELO DEPOIMENTO DE INFORMANTE. [...] **“Tratando-se de violência doméstica, muitas vezes as ameaças ocorrem longe do olhar de qualquer testemunha, razão pela qual a palavra da vítima e de pessoas com convivência naquele ambiente possuem um alto valor probatório, ainda mais quando confortados por outras provas.”** (Apelação Criminal n. 2015.066045-5, de São José, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 15/12/2015) [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0011771-49.2016.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 29-10-2019) (Grifo nosso)

No mais, no que se refere à alegação de que a manutenção da sentença prejudicaria a relação entre a vítima e seus irmãos, pelo fato de ter ocorrido supostamente uma única vez, valho-me dos bem lançados argumentos do Promotor de Justiça Luan de Moraes Melo, os quais endosso:

[...] Referido argumento é afastado pelo simples fato de nenhum dos tipos penais exigir reiteração, mas também e principalmente porque vai de encontro aos princípios da Lei Maria da Penha e ignora a realidade da violência contra a mulher. Isso porque é sabido que no ciclo de violência contra a mulher, a impunidade é um passe livre para novas agressões e para gerar novo ciclo, colocando a mulher em situação em que se sente culpada pelas agressões contra ela perpetradas. Não se ignora que a busca pela punição penal não pode ser a única via para combater os crimes contra a mulher, mas ela é um dos meios que traz efetividade para a Lei Maria da Penha e para o rompimento do ciclo de violência, de modo que ao contrário do alegado pela defesa, só virá para acrescentar na melhora da relação entre irmãos, contribuindo para a quebra da sensação dos agressores de que podem assim agir deliberadamente (fl. 226)

Dito isso e sem necessidade de maiores digressões, afasto as teses defensivas e mantenho a sentença condenatória no ponto.

No mais, em relação à dosimetria da pena, friso que esta se mostrou devidamente adequada e proporcional nas três fases dosimétricas, não havendo qualquer flagrante ilegalidade ou atecnia a ser reconhecida de ofício.

b) Ameaça: alegada falta de provas ou atipicidade da conduta

Nesse caso, a Defesa requer a absolvição do Apelante pela alegada insuficiência de provas para embasar a condenação ou, subsidiariamente, pela alegada atipicidade da conduta. Sustenta que: **(a)** “na denúncia sequer foi relatado em que consistiram as ameaças”; **(b)** “outrossim, a suposta vítima sequer relatou em que consistiu a hipotética ameaça, ademais (...) em momento algum referiu ter se sentido ameaçada”; **(c)** “temos que todos os fatos ocorreram em um momento de discussão ocorrida em razão da embriaguez, o que retira o dolo e via de consequência a existência do crime (...). O fato continuaria atípico, uma vez que ausente o elemento subjetivo especial do tipo, ou seja, o dolo, a vontade de incutir medo e temor na vítima” (fl. 211).

Sem qualquer razão

Em primeiro lugar, destaco que a ameaça, ao contrário do alegado pela Defesa, está sim descrita na denúncia, nos seguintes termos: “Na ocasião, o denunciado, de forma livre e consciente da reprovabilidade de sua conduta, em prévio conluio com o adolescente A. dos S. T., **ameaçou, através de palavras, matar a vítima** Maria Izabel Talheiro” (fl. 127).

Em segundo, ressalvo que ao ser ouvida na delegacia e em juízo, a vítima relatou com precisão a ameaça sofrida, conforme se vê abaixo:

Delegacia: [...] QUE, ao retornarem, a declarante percebeu que ambos estavam embriagados; QUE, diante da situação, a declarante indagou seus irmãos porque haviam bebido; **QUE, ao serem indagados, os irmãos da declarante passaram a ameaçá-la e agredi-la; QUE, os irmãos da declarante a ameaçavam, dizendo que iriam matá-la**; QUE, A. (adolescente) arremessou pedras contra a porta de vidro da residência, quebrando-a; QUE, em ato contínuo, Roque apanhou um taco de sinuca e passou a desferir golpes na declarante, atingindo-a no braço esquerdo; QUE, A. (adolescente) também agrediu a declarante com socos; (Grifo nosso)

Juízo: [...] Roque e A. (adolescente) residiam consigo à época dos fatos. Disse que seus irmãos saíram de casa para dar uma volta e quando voltaram estavam embriagados, momento em que discutiu com eles, alertando-os que não era pra beber, oportunidade em que Roque lhe agrediu com um taco de sinuca, machucando seu braço. **Disse que Roque e A. (adolescente) lhe ameaçaram, dizendo que iriam matá-la, e confirmou também que A. (adolescente) jogou pedras contra a residência**. Sobre as agressões perpetradas por A. (adolescente), titubeou em confirmar, dizendo inicialmente que ele não teria lhe agredido e posteriormente que acha que quando estava caída, possivelmente A. (adolescente) lhe desferiu socos. Justificou a contradição, porque faz tempo desde a ocorrência dos fatos, não lembrando exatamente a sua dinâmica (transcrição de fls. 222) (Grifo nosso)

Em terceiro, é evidente que a vítima se sentiu ameaçada. A uma, pela conjectura dos fatos, que geram notório temor: irmãos embriagados que a agrediram com um taco de sinuca e socos; atiraram pedras, inclusive quebrando a porta de vidro da residência; e expressamente a ameaçaram de morte. A duas, porque buscou imediata ajuda da polícia, claramente temendo pela própria vida.

Em quarto e não menos importante, esclareço que o fato de o Apelante estar embriagado não retira o dolo da sua ação. Como se sabe, apenas isenta o agente da pena a embriaguez completa e proveniente de caso fortuito ou força maior. A embriaguez voluntária, hipótese dos autos, não exclui a imputabilidade penal (art. 28, II, § 1º, do CP).

Sobre o assunto, aliás, colhe-se da jurisprudência do STJ:

[...] “**Nos termos do art. 28, II, do Código Penal, é cediço que a embriaguez voluntária ou culposa do agente não exclui a culpabilidade, sendo ele responsável pelos seus atos mesmo que, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento**. Aplica-se a teoria da actio libera in causa, ou seja, considera-se imputável quem se coloca em estado de inconsciência ou de incapacidade de autocontrole, de forma dolosa ou culposa, e, nessa situação, comete delito [...] (STJ, AgInt no REsp 1548520/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 22/06/2016) (Grifo nosso)

Não destoa, além disso, a jurisprudência desta Corte:

[...] ATIPICIDADE DA CONDUTA - AUSÊNCIA DE DOLO NOS CRIMES DE AMEAÇAS - ALEGAÇÃO DE QUE A EMBRIAGUEZ TERIA RETIRADO A CONSCIÊNCIA E A VONTADE NA CONDUTA - NÃO

ACOLHIMENTO - ALTERAÇÃO DE ÂNIMO CAUSADA PELA INGESTÃO DE BEBIDA ALCOÓLICA QUE NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE PARA ABSOLVIÇÃO - DOLO EVIDENCIADO. **Impossível se falar na atipicidade da conduta decorrente da suposta ebriedade do denunciado, na medida em que o Código Penal é expresso ao prever que a embriaguez voluntária, por álcool ou substância de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade penal, nos termos do art. 28, II, da codificação em comento, nem mesmo a tipicidade [...]** (TJSC, Apelação Criminal n. 0035500-93.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 28-11-2019) (Grifo nosso)

Na hipótese, ademais, é evidente o dolo da ação, na medida em que, ao agredir a vítima com um taco de sinuca e ameaçá-la de morte, o Apelante, ainda que embriagado, visivelmente q u i s causar-lhe grave temor. Aliás, consoante renomados doutrinadores, o estado de embriaguez, na verdade, potencializa a ameaça e o estado de temor da vítima. Veja-se:

A prova dos autos também não deixa dúvidas acerca do dolo do agente ao praticar a conduta, sendo irrelevante que a ameaça, bem como a lesão corporal, tenham sido praticadas em momento de estado de embriaguez, porquanto tais estados não afastam a vontade de intimidar e lesionar (MASSON, Cleber. Código Penal Comentado., 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 622).

Na verdade, quando proferida em estado de ira ou cólera, a ameaça se torna mais amedrontadora, pois que o agente enfatiza sua intenção em praticar o mal injusto e grave, fazendo com que a vítima em geral, se veja abalada em sua tranquilidade psíquica. [...] Não se pode imaginar que a ira/raiva, bem como o uso de bebida alcoólica, inibam a vontade de intimidar. Pelo contrário, muitas vezes tais sentimentos (ira/raiva) apenas potencializam a ameaça, assim como acontece com o sujeito que fez uso do álcool, aumentando o temor da vítima. (GRECO, Rogério e apud Aldeleine Melhor Barbosa. Código Penal Comentado. 10. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 464)

Em mesmo sentido, já decidiu esta Câmara:

APELAÇÕES CRIMINAIS - CONDENAÇÃO, EM PRIMEIRO GRAU, PELA PRÁTICA DA CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO E DO DELITO DE AMEAÇA, POR DUAS VEZES, AMBOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO (DECRETO-LEI N. 3.688/41, ART. 21, E CP, ART. 147, CAPUT, C/C LEI N. 11.340/06) - INSURGÊNCIA DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO DO RÉU. TESE DE AUSÊNCIA DE DOLO - EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA QUE NÃO AFASTA A VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE PRATICAR VIAS DE FATO E DE AMEDRONTAR A VÍTIMA - IMPUTABILIDADE DO AGENTE (CP, ART. 28, II). **A embriaguez voluntária não é capaz de afastar a vontade livre e consciente do agente de praticar vias de fato e de amedrontar a vítima, tampouco de retirar-lhe a culpabilidade [...]** (TJSC, Apelação Criminal n. 0013307-50.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 26-11-2019).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A PESSOA E A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL. LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO E RESISTÊNCIA (ART. 129, § 9º, E 329, CAPUT, AMBOS DO

CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PROVAS ROBUSTAS ACERCA DA PRESENÇA DE DOLO NA AÇÃO DO APELANTE. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA QUE NÃO EXCLUI SUA RESPONSABILIDADE PENAL. EXEGESE DO ART. 28 DO CÓDIGO PENAL. FARTO ELENCO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0001768-98.2018.8.24.0126, de Itapoá, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 29-10-2019).

Ante o exposto, afastos as teses defensivas e, considerando que a condenação está devidamente fundamentada nos autos – a partir da comprovação da autoria e materialidade delitivas e dolo do agente –, igualmente mantenho a sentença no ponto.

No mais, em relação à dosimetria da pena, friso que esta se mostrou devidamente adequada e proporcional nas três fases dosimétricas, não havendo qualquer flagrante ilegalidade ou atecnia a ser reconhecida de ofício.

2. Dos honorários advocatícios

Por derradeiro, no que se refere aos honorários advocatícios, verifica-se que a verba honorária fixada na sentença é referente à atuação realizada em primeiro grau, sendo necessária, na hipótese, a fixação de remuneração em razão da atuação em segundo grau, em conformidade com o que prevê o artigo 85, §11, do atual Código de Processo Civil.

Destarte, considerando as diretrizes emanadas pela Seção Criminal deste Tribunal sobre o tema, atendendo aos dispositivos legais incidentes na hipótese, e tomando como parâmetro o que dispõe a Resolução n. 5/2019 do Conselho da Magistratura deste Tribunal de Justiça (já com as alterações promovidas pela Resolução CM n. 11/2019), – que instituiu o sistema eletrônico de assistência judiciária gratuita e estabeleceu os valores de honorários de defensores dativos no âmbito do Poder Judiciário de Santa Catarina –, considerado o trabalho desempenhado, de complexidade razoável, fixa-se a remuneração pela atuação neste Grau de Jurisdição em R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais), valor previsto como máximo no item 10.4 do Anexo Único da referida resolução multiplicado por dois, nos termos do art. 8º, §4º.

3. Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, fixando-se a verba honorária devida ao defensor dativo Cleiton Carlos Martinelli (OAB/SC 54.568) (fl. 151) no importe de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais) pela atuação neste grau de jurisdição, com fulcro no art. 8º, §4º, e item 10.4 do Anexo Único da Resolução CM n. 11/2019 do TJSC, devendo ser expedida a respectiva certidão.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0016912-20.2014.8.24.0008, de Blumenau

Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

Apelação Criminal. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. NÃO CABIMENTO. RETRATAÇÃO DO ACUSADO EM JUÍZO ISOLADA NOS AUTOS. PROVA DOCUMENTAL E RELATO EXTRAJUDICIAL CORROBORADO POR NARRATIVA JUDICIAL DE TESTEMUNHA, SUPERVISORA DO SETOR DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO, EVIDENCIANDO QUE O APELANTE ENTREGOU SEU DOCUMENTO DE IDENTIDADE À TERCEIRO, CIENTE DE QUE HAVERIA ADULTERAÇÃO, A *POSTERIORI*, PERMITINDO QUE REALIZASSE EM SEU LUGAR A PROVA OBJETIVA NO PROCESSO DE REGISTRO NACIONAL DE CARTEIRA DE HABILITAÇÃO. DENUNCIADO QUE FOI COAUTOR NO CRIME DE USO DE DOCUMENTO PÚBLICO ADULTERADO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

ALMEJADA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ESTELIONATO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VANTAGEM INDEVIDA E PREJUÍZO PATRIMONIAL ALHEIO. NÃO CONFIGURAÇÃO DO TIPO PENAL. TESE RECHAÇADA. PRETENSA CONCESSÃO DA BENESSE DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO PREJUDICADA. SENTENÇA IRREPARÁVEL.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0016912-20.2014.8.24.0008, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal) em que é Apelante Raimundo José Alves do Nascimento e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

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

O julgamento, realizado no dia 28 de abril de 2020, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Ernani Guetten de Almeida, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Getúlio Corrêa e Júlio César M. Ferreira de Melo. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho.

Florianópolis, 29 de abril de 2020.

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Blumenau, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Raimundo José Alves do Nascimento, dando-o como incurso nas sanções do art. 304 c/c art. 297, *caput*, na forma do art. 29, *caput*, todos do Código Penal, pela prática da conduta assim descrita na inicial acusatória:

No mês de abril de 2013, nesta cidade de Blumenau/SC, o denunciado **RAIMUNDO JOSÉ ALVES DO NASCIMENTO**, com o manifesto propósito de fraudar o resultado de Processo Administrativo para obtenção de Carteira Nacional de Habilitação, entregou cópia de seu processo “RENACH” e a via original de sua Cédula de Identidade a terceira pessoa não identificada, a fim de que esta realizasse, em nome daquele, a prova objetiva.

De posse dos documentos entregues, terceira pessoa *alterou* a fotografia constante na Cédula de Identidade do denunciado **RAIMUNDO JOSÉ**, falsificando-a, e, mediante o uso de documento público falsificado (fl. 18), passou-se por este e realizou a prova objetiva, sendo a fraude posteriormente descoberta.

Dessa feita, o denunciado **RAIMUNDO JOSÉ ALVES DO NASCIMENTO** concorreu, mediante prévio ajuste e entrega de documento público de sua titularidade a terceira pessoa, para que outrem falsificasse e fizesse uso de documento público falsificado (p. 5-6).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada procedente para condenar o acusado às penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, em seu mínimo legal, por infração ao disposto no art. 304, *caput*, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Foi-lhe concedido o direito de apelar em liberdade (p. 40-47).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual requereu a absolvição de seu defendido por ausência de provas da autoria delitiva. Subsidiariamente, pugnou a desclassificação da conduta descrita na inicial para aquela definida no art. 171, *caput*, do Código Penal e, assim, remeter os autos ao Ministério Público a fim de que seja ofertado o benefício da suspensão condicional do processo (p. 265-273).

Juntadas as contrarrazões (p. 276-281), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (p. 290-295).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra decisão que julgou procedente a denúncia e condenou Raimundo José Alves do Nascimento às sanções previstas no art. 304 do Código Penal.

O apelo é de ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Pretende a defesa a absolvição do acusado, sustentando para tanto, a ausência de provas em relação à autoria delitiva, uma vez que depoimentos prestados na fase policial, quando não ratificados em juízo, não possuem o condão de fundamentar uma condenação.

O pleito absolutório não merece prosperar.

Textua o art. 304 do Código Penal:

Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:
Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

Sobre o crime de uso de documento falso, colhe-se da doutrina:

A conduta punível é fazer uso, que tem a significação de empregar, utilizar. **Incrimina-se, assim, o comportamento de quem faz uso de documento materialmente falsificado, como se fora autêntico; ou emprega documento que é ideologicamente falso, como se verdadeiro for. A conduta é comissiva e o documento deve ser utilizado em sua destinação própria, com relevância jurídica. Exige-se o uso efetivo**, não bastando a mera alusão ao documento. Para que se caracterize o uso, entendemos ser mister que o documento saia da esfera do agente por iniciativa dele próprio. Trata-se de crime remetido, e seu objeto material é o documento falso ou alterado, referido pelos arts. 297 (documento público), 298 (documento particular), 299 (documento ideologicamente falso), 300 (documento com falso reconhecimento de firma), 301 (certidão ou atestado ideologicamente ou materialmente falso) e 302 (atestado médico falso). **Requer-se que o agente conheça a falsidade do documento que usa.** [...] (DELMANTO, Celso [et al.]. *Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8 ed. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 872-873, grifou-se).

Pois bem.

In casu, a materialidade delitiva veio assente no boletim de ocorrência (p. 81) e cópia do processo administrativo para registro nacional de carteira de habilitação (p. 60-81), especialmente nas p. 77-78.

A autoria, ao contrário do sustentado pela defesa, restou comprovada.

Veja-se.

A testemunha Elenice Margô Zen Brunsfeld, supervisora do setor de CNH da 3ª DRP, quando ouvida na fase policial, contou:

[...] é a depoente quem faz as provas de primeira legislação; QUE, na ocasião dos fatos, **ao conferir o processo de Raimundo José Alves do Nascimento, percebeu que havia duas carteiras de identidade com os mesmos dados, mas com fotos diferentes**, o que lhe causou suspeita; QUE **averiguou o fato com mais cuidado e constatou que o documento havia sido falsificado para que outra pessoa fizesse a prova no lugar de Raimundo**; QUE diante do ocorrido Raimundo foi chamado na DPR e afirmou que “alguém havia oferecido dinheiro pra fazer a prova pra ele”, porém, não declinou o nome [...] (p. 101, grifou-se).

Ouvida em juízo, a testemunha Elenice, em que pese não se recordar de Raimundo, confirmou seu depoimento prestado na fase policial, ao declarar:

[...] que **foi descoberto apenas na conferência que em uma prova de primeira habilitação, foi adulterada uma carteira de identidade, daquelas antigas, onde uma pessoa fez a prova com o nome de outra**; após a realização da prova, quando estava conferindo me chamou a atenção de duas carteiras de identidade, uma onde constava o nome, uma foto, e outra carteira de identidade com o mesmo nome e outra foto; que apurado viu-se a ocorrência de fraude; **que foi chamado o rapaz, mas não lembra do depoimento dele, acredita que não estava presente**; [...] (mídia audiovisual p. 101, grifou-se).

Testemunha arrolada pela defesa, Valmir Kreusch, instrutor prático de autoescola, ouvido em juízo afirmou que nos procedimentos de registro da CNH são entregues cópias dos documentos; não conhece Viviane; mora com Luzia, a qual é sua esposa e é conhecida como “Lu”; questionado sobre o teor da certidão de p. 28 (Vulgo “Lu” era sua inquilina, todavia, saiu há mais de um ano), afirma que a informação não procede (mídia audiovisual – p. 38-39).

O acusado, por sua vez, na fase pré-processual, confessou ter entregado o processo administrativo do RENACH e sua carteira de identidade à terceira pessoa, para que ela realizasse a prova objetiva em seu lugar, relatando:

[...] afirma que vem tentando há aproximadamente dois anos tirar a primeira habilitação, nesse período iniciou dois processos administrativos a fim de conseguir a habilitação, nesse período fez aproximadamente oito vezes a prova objetiva, contudo, não foi aprovado; Que, há aproximadamente um ano atrás, ao sair da sala de provas, foi aliciado por um cidadão aparentando ter mais de 40 anos, magro, aproximadamente 1,80m de altura, pele branca, o qual aliciou o interrogando para que este, mediante pagamento em dinheiro, autorizasse o aliciador a realizar a prova objetiva para obter a primeira habilitação, para tanto, o interrogando iria pagar ao aliciador R\$ 200,00 (duzentos reais); Que, há aproximadamente seis meses, um dia antes do interrogando realizar a última prova objetiva na delegacia, o aliciador manteve contato com o interrogando por telefone, dizendo poderia realizar a prova para o interrogando, se passando por esse último, pois segundo o aliciador, ele teria “peixada” na delegacia; Que, aproximadamente três meses atrás, após o aliciador ter feito contato telefônico com o interrogando, esses marcaram de se encontrar, a fim de acertar os detalhes para que aliciador realizasse a prova objetiva se passando pelo interrogando; **Que, o interrogando encontrou o aliciador próximo à Avenida Beira Rio, e repassou a ele seu processo Renach e o seu documento de identidade, nessa oportunidade, acertaram o valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para que o aliciado aprovasse o interrogando na prova objetiva de primeira habilitação**; Que, apresentada a foto do

documento de identidade do interrogando, falsificada, o interrogando não é capaz de identificar a foto do homem que consta no seu documento de identidade alterada; Que, o Centro de Formação de Condutores desconhecia a fraude realizada pelo interrogando a fim de obter a primeira habilitação; Que, não sabe afirmar o nome do aliciador, tampouco, o número do telefone utilizado por ele para fazer o contato com o interrogando [...] (mídia audiovisual – p. 83, grifou-se).

No entanto, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, retratou-se, negando a prática do delito que lhe foi imputado, afirmando que fora forçado por funcionárias da autoescola (“Lu” e Viviane) a dar aquela declaração na delegacia de polícia, uma vez que lhe prometeram que sua carteira de habilitação seria entregue, não perdendo seu dinheiro. Relatou que todas as vezes que tentou tirar a CNH foi na mesma autoescola; neste caso “Lu” lhe avisou que teria dado problema com um documento seu, sendo ela também quem teria pedido sua documentação e dito que lhe ajudaria, não entendeu que o “ajudar” seria algo errado; no mais, acreditou ter passado na última prova objetiva e ficou esperando sua CNH (mídia audiovisual – p. 38-39).

A retratação do apelante em juízo não encontra arrimo na prova reunida.

Isto porque, conforme visto, a testemunha Elenice confirmou seu depoimento prestado na fase policial quando ouvida em juízo, confirmando que na conferência do processo administrativo do acusado, verificou-se a existência de duas cópias de carteira de identidade, em ambas constando o nome de Raimundo José Alves do Nascimento, porém, com fotografias de pessoas distintas, razão pela qual o acusado fora chamado a prestar esclarecimentos na 3ª DPR, ocasião em que, conforme consta no termo de declaração de p. 83, confessou ter entregue sua carteira de identidade à terceiro que realizaria a prova objetiva em seu nome.

Ainda não bastasse, a confissão administrativa tem base nos documentos de p. 77-78, carteira de identidade devidamente alterada na foto de identificação.

Nesse viés, a simples alegação do acusado em juízo de que fora obrigado a apresentar a primeira versão, o que sequer restou comprovado, diga-se, ônus que lhe incumbia, é demasiadamente simplista e ineficaz, mormente quando há circunstâncias que proclamam ser ele o co-autor do crime imputado. Não basta para elidir confissão policial, mera retratação em juízo do confidente, desacompanhada de qualquer elemento de convicção que a prestigie. Acerca das alegações da defesa, bem pontuou o togado:

[...] a defesa não se desincumbiu do ônus de comprovar seu alibi, ou seja, suas assertivas. Teceu várias ilações acerca da conduta dos funcionários do Centro de Formação de Condutores, porém nenhum elemento de prova concreto a respeito trouxe aos autos. O CD anexado pela defesa contendo supostas conversas entre o acusado e Raimundo, não possui valor probante eis que produzido unilateralmente, sem que qualquer prova técnica que comprovasse quem seriam os interlocutores. Além do mais, a própria defesa desistiu da inquirição da tal Lu, pessoa a quem atribuiu participação na fraude (p. 43).

A retratação judicial apresentada pelo denunciado, repita-se, não encontra o mínimo amparo em prova que a prestigie, como também diante daquela que foi colacionada aos autos. Sua única finalidade é fugir da responsabilidade penal.

A propósito, já decidiu desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, CAPUT) - SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO - NÃO ACOLHIMENTO - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA PELAS PALAVRAS DA VÍTIMA E DA TESTEMUNHA OUVIDAS NA INSTRUÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA. **A confissão extrajudicial do réu, na parte em que corroborada por elementos produzidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, é meio idôneo para embasar a condenação.** [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0002449-38.2015.8.24.0073, de Timbó, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 12-02-2019, grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELO ABUSO DE CONFIANÇA (CP, ART. 155, §4º II) - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DECLARAÇÃO E RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADOS PELA VÍTIMA CORROBORADO PELAS PROVAS EM JUÍZO - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA SUBSTITUTIVA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - IMPORTE QUE DEVE GUARDAR PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E COM A SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU - REDUÇÃO DE OFÍCIO. I - O depoimento firme e o reconhecimento fotográfico levados a efeito pela vítima na fase indiciária, conquanto impedida de depor em juízo por questões de saúde, representam fortes elementos de prova no sentido de que a pessoa que exercia serviços domésticos realizou saques em dinheiro da conta pessoal da vítima sem a devida autorização, utilizando da situação de vulnerabilidade da vítima por conta da idade, mormente quando corroborados por elementos produzidos em juízo, de modo a justificar a condenação por furto qualificado (CP, art. 155, §4º, II). A propósito, “é vedado ao Magistrado proferir sentença condenatória baseada exclusivamente em elementos de convicção colhidos nos autos do inquérito policial. [...], **por outro lado, a existência de provas colhidas em juízo, sob o crivo do contraditório, que corroborem a veracidade dos elementos produzidos extrajudicialmente, sustentando a versão apresentada pela acusação, é suficiente para autorizar a manutenção da integridade do édito condenatório** (AgRg no HABEAS CORPUS Nº 118.761 - MS (2008/0230534-2, Rel. Min. Celso Limongi, julgado em 19 de fevereiro de 2009)” (Rev. Crim. n. 2013.011573-4, de Criciúma, rel. Des. Jorge Schaefer Martins) [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.083850-2, de São Carlos, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 06-05-2014, grifou-se).

Assim, diante do conjunto probatório colhido, mostra-se desarrazoada a retratação do acusado, vez que totalmente apartada das demais provas produzidas, as quais efetivamente comprovam que ele entregou para terceiro sua carteira de identidade, ciente de que haveria adulteração, com o propósito de que esse alguém realizasse a prova objetiva em seu nome, ou seja, agiu em co-autoria no crime de uso de documento falso, por adulteração.

Desse modo, ao contrário do que quer fazer crer a defesa, repisa-se, há nos autos prova judicial, especialmente o depoimento da testemunha Elenice, que dá arrimo à confissão extrajudicial do acusado, sendo suficiente a embasar o édito condenatório, o qual deve ser mantido incólume.

Afastado, portanto, o pleito absolutório.

Da desclassificação para o art. 171 do CP

Subsidiariamente, requer a defesa a desclassificação da conduta imputada ao apelante para aquela descrita no tipo penal do art. 171 do CP.

Novamente sem razão.

Como visto anteriormente, restou devidamente comprovada a prática do crime de uso de documento falso, assim, ao afastar o pleito desclassificatório, bem esclareceu o magistrado:

[...] Afasto ainda a pretendida desclassificação para o delito de estelionato (art. 171, CP), pois para a configuração do mesmo são exigidos quatro requisitos obrigatórios: 1) obtenção de vantagem ilícita; 2) causar prejuízo a outra pessoa; 3) uso de meio de ardil, ou artimanha; 4) enganar alguém ou a leva-lo a erro. A ausência de um dos quatro elementos, seja qual for, impede a caracterização do estelionato.

Na hipótese destes autos não restou evidenciada a ocorrência de prejuízo material à vítima e nem a vantagem indevida ao agente. Por conseguinte, prejudicado o pedido de suspensão condicional do processo. (p. 44-45, grifou-se).

No caso em tela, de fato, sequer houve a concretização da vantagem ilícita, uma vez que fora percebida a fraude antes mesmo da emissão da CNH do recorrente. Igualmente, inexistiu prejuízo patrimonial, o que afasta por completo a ocorrência do crime de estelionato.

Desse modo, não configurado o crime contra o patrimônio, resta prejudicado o pleito para concessão da suspensão condicional do processo.

Por fim, não há alteração a se promover na reprimenda, uma vez que dosada dentro dos parâmetros legais.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

É o voto.

Apelação Criminal n. 000090-28.2018.8.24.0068, de Seara

Relator: Desembargador Getúlio Corrêa

APELAÇÃO CRIMINAL – RÉUS SOLTOS – DELITO DE FURTO DE ÁGUA POTÁVEL (CP, ART. 155, § 4º, II) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA (CP, ART. 386, II) – INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

PRETENDIDA CONDENAÇÃO DOS RÉUS – INVIABILIDADE – MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA – IMPRESCINDIBILIDADE DE PROVA PERICIAL – INFRAÇÃO QUE DEIXA VESTÍGIOS – EXEGESE DO ART. 158 DO CPP – PROVA TESTEMUNHAL QUE, NO CASO, NÃO SUPRE O EXAME DE CORPO DE DELITO – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA ELABORAÇÃO DO LAUDO PERICIAL – ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

“Este Superior Tribunal consolidou o entendimento no sentido de que o exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável para configuração da materialidade delitiva nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido por outro meio de prova, quando os vestígios tenham desaparecido ou quando justificada a impossibilidade de realização da perícia. Precedentes” (STJ, Min. Leopoldo de Arruda Raposo).

VERBA HONORÁRIA – DEFENSORA NOMEADA EM PRIMEIRO GRAU QUE DÁ CONTINUIDADE, NESTA INSTÂNCIA, À DEFESA DOS APELANTES – MAJORAÇÃO E HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS – RESOLUÇÃO N. 005/2019 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA, ALTERADA PELA DE N. 11/19 DO REFERIDO CONSELHO.

A fixação dos honorários advocatícios deve levar em conta a atuação do defensor no caso, na forma do § 11 do art. 85 do CPC e da Resolução n. 05/2019 do Conselho da Magistratura, com as alterações dadas pela Resolução n. 11/19.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 000090-28.2018.8.24.0068, da comarca de Seara (Vara Única) em que é Apelante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelados: Josué Antônio Lopes e Joel Luis Lopes.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso e, de ofício, majorar os honorários advocatícios fixados em primeiro grau para R\$ 1179,20 (hum mil, cento e setenta e nove reais e vinte centavos) e fixar, pela atuação nesta instância, o valor de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais). 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 o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 3 de março de 2020.

Desembargador Getúlio Corrêa
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Joel Luis Lopes e Josué Antonio Lopes, que contavam 23 e 25 anos à época dos fatos, respectivamente. A eles foi imputada a prática, em tese, do delito de furto de água potável (CP, art. 155, § 3º) em razão dos fatos assim narrados:

“Durante o ano de 2015, data e hora a serem precisadas na instrução criminal, na residência situada na Rua Oliveira Cardoso, n. 186, bairro Nossa Senhora Aparecida, cidade de Seara/SC, os denunciados **JOEL LUIS LOPES** e **JOSUÉ ANTONIO LOPES**, de forma consciente e voluntária, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, previamente ajustados, em comunhão de esforços e desígnios de vontade, subtraíram para eles bem equiparado à coisa alheia móvel, consistente em água potável proveniente da violação do lacre do hidrômetro, de propriedade da companhia Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN, que ficava em sua residência.

Assim, por meio de fraude, no dia 24/9/2015 a CASAN constatou a primeira violação do lacre que havia sido feita no hidrômetro, uma vez que os denunciados estavam inadimplentes com a empresa CASAN. Após esse dia constatou-se outra violação do lacre.

Por fim, no começo do ano de 2016 constatou-se a retirada do cavalete e do hidrômetro da residência, e por meio de uma ligação clandestina realizada diretamente na rede de água da empresa, a subtração continuou” (fls. 53-55).

Recebida a peça acusatória em 03.05.2018 (fls. 57-58), os denunciados foram citados (fls. 62 e 65) e, por meio de defensora nomeada, ofertaram resposta escrita (fls. 71-74).

Após a instrução do feito, as partes apresentaram alegações finais. O Ministério Público requereu a condenação dos acusados pelo delito tipificado no art. 155, § 4º, II, do CP (fls. 199-206). A defesa, por sua vez, postulou a absolvição dos denunciados sob o fundamento de que não existem provas suficientes para a condenação e pela conduta descrita não constituir crime (fls. 210-221).

Em seguida, sobreveio sentença (fls. 222-225), proferida pelo Magistrado Douglas Cristian Fontana, donde se extrai da parte dispositiva:

“Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a denúncia ofertada em desfavor de **JOEL LUIS LOPES** e **JOSUÉ ANTONIO LOPES**, o que faço com lastro no artigo 386, II, do Código de Processo Penal.

Sem custas.

Fixo honorários em favor da defensora dativa nomeada aos réus no montante de R\$ 589,00 o que faço com base nos parâmetros previstos na Resolução CM N. 5 de 8 de abril de 2019, resolução que ‘*Institui o Sistema Eletrônico de Assistência Judiciária Gratuita e estabelece os valores de honorários de peritos, tradutores, intérpretes e defensores dativos no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina.*’. Transitado em julgado os autos, adotem-se os procedimentos para requisição dos valores (Arts. 9º e 14).

[...]”

Irresignado, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina apelou (fls. 230-238). Requereu a condenação dos apelados pelo delito tipificado no art. 155, § 4º, II, do CP, ao argumento de que, embora não tenha sido elaborado o laudo pericial respectivo e nem auto de constatação do local dos fatos, as provas colhidas ao longo da instrução criminal são suficientes e comprovam a materialidade do delito imputado aos recorridos.

Houve contrarrazões (fls. 243-251) pela manutenção da sentença e pela majoração dos honorários arbitrados “[...] em 2x ou 3x, uma vez que se trata de dois acusados, ou seja, em R\$ 1.768,00 ou R\$ 1.179,20” (fl. 251).

Em 16.01.2020 os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, por parecer do Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 270-274); retornaram conclusos em 29.01.2020 (fl. 275).

VOTO

1. Presentes os pressupostos legais, o recurso é conhecido e desprovido.

2. Os réus foram denunciados pela prática, em tese, do crime de furto de água potável, assim tipificado no CP:

“Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

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

[...];

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico”.

Na sentença recorrida, o Magistrado entendeu por bem absolver os acusados, com fulcro no art. 386, II, do CPP, nos seguintes termos:

“Pelo exposto, bastante claro que a ausência de materialidade somente pode ser suprida por outros meio de prova nos casos em que a realização do laudo pericial é inviabilizado em razão em razão do desaparecimento dos indícios materiais do crime ao tempo de sua descoberta.

Ocorre no caso dos autos se observa que o laudo, e eventuais outros elementos materiais (fotografias, laudos indiretos, autos de constatação, etc) não foram realizados por pura e simples falta de diligência investigativa.

Da análise do Inquérito Policial se observa que em nenhum momento foi determinado pela Autoridade Policial a realização de perícia ou constatação no local dos fatos.

Inclusive, vale destacar que o documento de fl. 5, emitido pela suposta vítima, elenca entre as diligências a serem adotadas para que ocorra a retirada do hidrômetro do imóvel – que segundo se pode inferir, seria a forma de fazer cessar o furto – está a de realizar levantamento fotográfico do local, medida que obviamente tem por finalidade comprovar a prática da irregularidade pelo usuário e resguardar a concessionária em eventual ação futura.

Contudo, ou tais fotos não foram feitas ou não foram trazidas aos autos.

Da mesma forma, como devidamente demonstrado que quando o crime foi levado a conhecimento da autoridade policial ainda existiam vestígios do crime, deveria ter sido feito o levantamento pericial. Cabe consignar ainda que não foi apresentada qualquer justificativa para não realização daquele.

Neste cenário, tem-se que não é possível admitir que a ausência de laudo pericial seja suprida pela prova testemunhal, uma vez que não se faz presente a exceção prevista no artigo 167 referente ao ‘desaparecimento dos vestígios’ (fls. 224-225).

O Ministério Público insurgiu-se, sustentando que, embora não tenha sido elaborado o laudo pericial respectivo e nem auto de constatação do local dos fatos, as provas colhidas ao longo da instrução criminal são suficientes e comprovam a materialidade do delito imputado aos recorridos.

Sem razão.

Isso porque, tratando-se de infração penal que deixa vestígios, imprescindível a elaboração de prova pericial a fim de atestar a materialidade, nos termos do art. 157 do CPP, não podendo supri-la a prova testemunhal.

Não se desconhece que os funcionários da empresa CASAN – Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – Gherly e Thaís indicaram, em ambas as fases, que houve, inicialmente, duas violações do lacre do hidrômetro e, ato contínuo, a retirada do cavalete e do hidrômetro da residência, bem como a ligação clandestina feita diretamente na rede de água da empresa.

Entretanto, nenhuma prova pericial corroborando a testemunhal foi realizada. Aliás, não houve nem sequer prova indicando a impossibilidade de confecção da perícia ou o desaparecimento dos vestígios. Embora conste no documento de fl. 05 “*bater fotos do local estaço violando o corte*”, tal providência também não foi tomada. Referidas fotografias, ao que tudo indica, poderiam, em conjunto com a prova testemunhal, atestar a ocorrência do crime.

Mudando o que deve ser mudado, extrai-se da jurisprudência do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. PLEITO MINISTERIAL DE RESTABELECIMENTO DA QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO RECONHECIDA NA ORIGEM. AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL DIRETO. DELITO QUE DEIXA VESTÍGIOS. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. IMPRESCINDIBILIDADE.

EXAME INDIRETO. FORMALIDADE LEGAL. ELABORAÇÃO POR DUAS PESSOAS IDÔNEAS COM DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR. ART. 159, § 1º, DO CPP. NÃO OBSERVÂNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

I - A análise da quaestio não perpassa pelo exame do conjunto probatório, pois delineados todos os aspectos fáticos da conduta praticada pelo recorrido, a demandar, tão-somente, a adequação da dosimetria da pena, pelo que não incide a Súmula 7/STJ.

II - Este Superior Tribunal consolidou o entendimento no sentido de que o exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável para configuração da materialidade delitiva nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido por outro meio de prova, quando os vestígios tenham desaparecido ou quando justificada a impossibilidade de realização da perícia. Precedentes.

III - No caso sob exame, conforme consignado no decisum reprochado, não foi realizada a perícia para constatar a materialidade da qualificadora de rompimento de obstáculo, não existindo nos autos justificação para a ausência da perícia.

“Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp n. 1847907/MS, Min. Leopoldo de Arruda Raposo, Des. Convocado do TJ/PE, j. 10.12.2019 – grifou-se).

Este Tribunal, ao julgar casos semelhantes, já entendeu ser dispensável o laudo pericial a fim de atestar a materialidade do delito ora em exame, quando se tem a prova testemunhal amparada por registros fotográficos ou exame de constatação no local dos fatos. Veja-se:

*“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO DE ÁGUA MEDIANTE FRAUDE (ART. 155, §4º, II, DO CP). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO CONDENATÓRIO. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RÉU QUE, UTILIZANDO-SE DE LIGAÇÃO FRAUDULENTA, SUBSTITUIU HIDRÔMETRO PARA DESVIAR ÁGUA ATÉ SUA RESIDÊNCIA, SEM A AFERIÇÃO DA QUANTIDADE CONSUMIDA. **PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL PARA CONFIGURAR A MATERIALIDADE DELITIVA. CONFISSÃO EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS CORROBORADA PELO DEPOIMENTO DOS FUNCIONÁRIOS DA EMPRESA FORNECEDORA DE ÁGUA (CASAN), BEM COMO PELOS REGISTROS FOTOGRÁFICOS. AUTORIA E MATERILIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REQUISITOS OBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA BENESSE, DIANTE DO EMPREGO DE MEIO FRAUDULENTO. VALOR ESTIMADO DO BEM SUBTRAÍDO QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO INSIGNIFICANTE. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. CONTUDO, RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. ACUSADO PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. PREJUÍZO NÃO APURADO. CONFIGURAÇÃO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA BASE APLICADA NO MÍNIMO LEGAL DEVIDO AS CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE AGRAVANTES. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, CONTUDO INVIÁVEL A REDUÇÃO A QUEM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO NO IMPORTE DE 2/3. CRIME CONTINUADO. CRIME QUE OCORREU DIARIAMENTE DURANTE PELO MENOS TRÊS MESES. MAJORAÇÃO NO IMPORTE DE 2/3. FIXAÇÃO NO REGIME ABERTO (ART. 33, §2º, “C”) E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR 2 RESTRITIVAS DE DIREITO NOS TERMOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO” (ACrim n. 0000011-48.2015.8.24.0070, Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 24.08.2017 – destacou-se).***

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, §4º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO. PROVIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. APELADO QUE SUBTRAIU, DURANTE MESES, ÁGUA TRATADA DA COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO (CASAN) POR INTERMÉDIO DE LIGAÇÃO CLANDESTINA À REDE PÚBLICA, HAJA VISTA A INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO POR FALTA DE PAGAMENTO. PALAVRAS DOS FISCAIS DA EMPRESA LESADA E EXAME DE CONSTATAÇÃO NO LOCAL CAPAZES DE SUSTENTAR O ÉDITO CONDENATÓRIO. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO” (ACrim n. 2015.048703-3, Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 13.10.2015 – sem grifos no original).

Avançando, a título de esclarecimento, observa-se que a autoria delitiva também não restou comprovada satisfatoriamente.

Consta dos autos que o imóvel onde ocorreu o desvio clandestino de água é de propriedade da falecida Diamantina Ferreira da Silva Lopes, mãe dos apelados. Chegou-se à conclusão de que estes estariam ocupando a residência e, por consequência, subtraindo água potável, por meio das palavras de um funcionário da empresa CASAN – que não foi ouvido nos autos –, segundo narrou Gherly em audiência. Thaís informou, perante o Juízo, que não tem como saber quem violou os lacres, retirou os cavaletes e hidrômetros da residência e efetuou a ligação direta na rede de água da CASAN. O réu Joel Luis Lopes declarou, extra e judicialmente, que não reside no imóvel desde o início no ano de 2015. Josué, por sua vez, permaneceu silente nas duas oportunidades.

Logo, não há provas suficientes de que os denunciados residiam no endereço onde se constatou a prática criminosa, bem como de que foram responsáveis pela conduta narrada na peça acusatória.

No mesmo sentido manifestou-se o Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes:

“[...]”

Entretanto, em que pese o sustentado pelo Órgão Ministerial no reclamo, verifica-se que a autoria do crime não restou cabalmente demonstrada, pois não há nos autos prova de que os acusados efetivamente moravam na residência do delito, nem de que foram eles os responsáveis pelo rompimento do lacre no hidrômetro e pela ligação clandestina de água.

Ressalta-se que, em momento algum, a acusação fez prova no sentido de que os recorridos moravam na residência da falecida Sra. Diamantina Ferreira da Silva Lopes (mãe dos acusados), cujo nome ainda constava na conta de água (Termo de Ocorrência de Irregularidade da CASAN - fl. 6).

Não bastasse isso, no boletim de ocorrência de fls. 3-4, registrado pela testemunha Thaís Lizandra de Oliveira Ramos, funcionária da CASAN, esta relatou o ocorrido e afirmou que não foi possível realizar o contato com os usuários do serviço, pois havia um cachorro na residência. Ou seja, em nenhum momento a testemunha trouxe a informação de quem seriam os residentes/usuários do local.

Por sua vez, o acusado Joel Luis Lopes, quando interrogado na fase policial, declarou ser irmão de Josué Antonio Lopes. Pontuou que, ainda no início do ano de 2015, casou-se e saiu daquela residência, onde morava com sua mãe, não tendo nada a informar a respeito do possível desvio de água (fl. 21).

Em juízo, o acusado afirmou novamente que, no ano de 2015, casou-se e saiu da casa de sua mãe, esclarecendo que seu irmão ficou com a casa. Por fim, declarou que não tinha informações de que seu irmão havia praticado o delito, não sabendo nada sobre os fatos (mídia digital)

Já o réu Josué Antonio Lopes, interrogado apenas na Delegacia de Polícia, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio (fl. 36).

Assim, observa-se que não existem nos autos provas cabais de que os acusados praticaram o delito de furto mediante fraude, posto que não há documentos ou oitiva de vizinhos que comprovem que os réus eram os efetivos usuários da água daquela residência.

Ressalta-se que o simples fato dos acusados serem os herdeiros da Sra Diamantina Ferreira da Silva, não implica automática autoria pelo crime patrimonial, sob pena de responsabilidade objetiva, vedada na seara penal.

Portanto, embora comprovada a materialidade do delito - pois atestada pela prova testemunhal - e, em que pese indícios de responsabilidade criminal, certo é que a autoria não restou devidamente demonstrada nos autos para fins de lastrear a condenação.

Por isso, deve ser mantida a sentença absolutória, ainda que por fundamento diverso, tendo em vista a ausência de provas de autoria delitiva, em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*” (fls. 273-274).

Mantém-se, portanto, a sentença absolutória, nos termos do art. 386, II, do CPP.

4. A defensora dos apelantes, Dr. Cassiane Gambim, OAB/SC n. 47.881, nomeada à fl. 68 para defender os réus, requereu, em contrarrazões, a majoração dos honorários “[...] em 2x ou 3x, uma vez que se trata de dois acusados, ou seja, em R\$ 1.768,00 ou R\$ 1.179,20” (fl. 251).

Em 09.05.2019, o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, publicou a Resolução n. 5, que institui o “*Sistema Eletrônico de Assistência Judiciária Gratuita, destinado ao gerenciamento do cadastro, da nomeação e do pagamento de honorários a advogados, peritos e assistentes nomeados pelo juízo para atuação em processos em que haja beneficiário da assistência judiciária gratuita*”.

Em 14.10.2019, o referido Conselho aprovou a resolução de n. 11, que trouxe alterações na resolução n. 5/19, fixando novos valores para os advogados dativos, inclusive arbitrando especificamente honorários recursais.

Na tabela “c”, item 10.1 e seguintes do anexo único da citada Resolução, constam os valores de honorários que doravante servirão de orientação a serem seguidos por este Tribunal.

Assim, como a defensora atuou de maneira zelosa e diligente, majora-se os honorários advocatícios fixados em primeiro grau para R\$ 1179,20 (hum mil, cento e setenta e nove reais e vinte centavos) e fixa-se, pela atuação nesta instância, o valor de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais), nos termos da tabela “c”, item 10.1, do anexo único da Resolução CM/5/2019, com as alterações dadas pela Resolução CM/11/2019 e, também de acordo com o § 11 do art. 85 do CPC.

5. À vista do exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso e, de ofício, por majorar os honorários advocatícios fixados em primeiro grau para R\$ 1.179,20 (hum mil, cento e setenta e nove reais e vinte centavos) e fixar, pela atuação nesta instância, o valor de R\$ 540,00 (quinhentos e quarenta reais), devendo a Divisão de Cumprimento de Acórdãos e Processamento de Incidentes da Corte adotar as providências necessárias para o respectivo pagamento dos honorários.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0002046-81.2015.8.24.0069, de Sombrio

Relator: Desembargador José Everaldo da Silva

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, §4º, I, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMO DO RÉU.

MÉRITO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. PALAVRAS DA TESTEMUNHA, DO POLICIAL E DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO.

DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DO AUMENTO EMPREGADO EM RELAÇÃO À CONDUTA SOCIAL E À PERSONALIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA NO PONTO. RÉU QUE POSSUI SEIS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO ANTES DA DATA DOS FATOS APTAS A CARACTERIZAR MAUS ANTECEDENTES. RECLASSIFICAÇÃO DAS CONDENAÇÕES UTILIZADAS PARA CONFIGURAR MÁ CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE PARA ANTECEDENTES CRIMINAIS. ALTERAÇÃO DE POSICIONAMENTO DESTA CÂMARA.

SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE SE MANTEVE SILENTE NA FASE EXTRAJUDICIAL E NEGOU A AUTORIA DELITIVA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO SIMPLES TENTADO E REFORMA DA PENA. PLEITO GENÉRICO. OBSERVÂNCIA AO ART. 1.010, II DO CPC C/C ART. 3º DO CPP E PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO.

PEDIDO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECUSAIS. INVIABILIDADE. HONORÁRIOS ARBITRADOS DE ACORDO COM O LIMITE MÁXIMO PREVISTO NA RESOLUÇÃO 5/2019 CM-TJSC.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002046-81.2015.8.24.0069, da comarca de Sombrio 2ª Vara em que é Apelante Fernando da Silva e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, conhecer em parte do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento virtual, nos termos 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 Lio Marcos Marin.

Florianópolis, 21 de maio de 2020.

[assinado digitalmente]

Desembargador José Everaldo Silva

Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Sombrio/SC, o representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra o acusado Fernando da Silva, dando-o como incurso nas sanções do art. 155, §4º, I, do Código Penal, porque, segundo descreve a exordial acusatória de fls. 49-52:

No dia 17 de julho de 2015, em horário a ser melhor apurado durante a instrução processual, o denunciado **Fernando da Silva**, objetivando subtrair coisa alheia móvel, mediante rompimento de obstáculo - arrombamento da janela da cozinha, ingressou na residência da vítima Katia Maria Machado, localizada na Avenida Prefeito Francisco Lummertz Júnior, Nova Brasília, Sombrio, de onde subtraiu para si: uma televisão de 51 polegadas da marca Samsung, avaliada em R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), conforme auto de avaliação de fl. 10; um tapete marrom, de dimensão 3x2,5 metros, avaliado em R\$ 200,00 (duzentos reais), conforme auto de avaliação de fl. 10; um notebook, de cor preta, avaliado em R\$ 1.300,00 (mil e trezentos reais), conforme auto de avaliação de fl. 10; evadindo-se do local na posse dos bens.

Regularmente processado o feito, o Magistrado de primeira instância julgou procedente a denúncia para condenar o acusado Fernando da Silva à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual no mínimo valor legal, pela prática do crime previsto no art. 155, §4º, I, do Código Penal (fls. 119-124).

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, o acusado Fernando da Silva interpôs recurso de apelação criminal (fl. 136), pretendendo a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente requer a fixação da pena base no mínimo legal, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e, por fim, de maneira genérica, pediu a desclassificação para o crime de furto simples tentado, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a aplicação da atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, a aplicação das Leis n. 9.099/1995 e 9.717/1998 no que couberem e o reconhecimento da participação de menor importância. Postula também a fixação de honorários recursais (fls. 142-150).

Contra-arrazoado (fls. 156-169), ascenderam os autos a este grau de jurisdição e lavrou parecer

pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, opinando pelo parcial conhecimento e parcial provimento do recurso (fls. 176-183).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo acusado Fernando da Silva.

Inicialmente a defesa postula a absolvição por insuficiência probatória, devendo ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

Sem razão, contudo.

Isto porque a materialidade e a autoria delitivas encontram-se comprovadas através do boletim de ocorrência n. 2337 (fl. 2), do termo de apreensão (fls. 6-7), do termo de reconhecimento e entrega (fl. 8), do auto de avaliação (fl. 10) e das provas testemunhais colhidas nas fases extrajudicial e judicial.

Ao revés do que aponta o conjunto probatório, o apelante Fernando da Silva, que reservou-se no direito de permanecer silente na fase extrajudicial (fl. 9), negou a autoria delitiva sob o crivo do contraditório:

Fase judicial: Que a acusação não é verdadeira. Que pegaram o tapete em uma quitinete onde o interrogado morava. Que isso não significa que o interrogado arrombou a casa. Que na época o interrogado estava com a Ivonete e com outra mulher. Que essa quitinete o interrogado ia de vez em quando. Que o tapete foi encontrado na quitinete. Que o tapete estava no varal. Que esse tapete foi comprado, não foi roubado. Que o interrogado não comprou, quem comprou era a companheira do interrogado. Que sobre a televisão e os outros objetos o interrogado não sabe. Que o interrogado lembra de ter ido na casa da vítima enquanto Ivonete trabalhava no local. Que a Ivonete alertou o interrogado de não ir muito na casa da vítima, pois ela era uma pessoa que poderia desconfiar do interrogado, pelo passado do interrogado. Que em nenhum momento o interrogado perguntou sobre alarme, câmeras. Que nenhum objeto foi encontrado na casa da irmã do interrogado. Que vieram para cima do interrogado para saber de televisão e notebook, mas não pode dar nenhuma explicação. Que a irmã do interrogado não teve envolvimento com os fatos. Que quando o interrogado foi morar na quitinete, esse material, como o tapete, era da companheira do interrogado. Que a companheira do interrogado, que morava na quitinete, morava longe de Kátia, nem sabia dela. Que a Ivonete foi perguntar para o interrogado se sabia quem teria arrombado a casa da vítima, mas o interrogado não pode ajudar, só disse que o tapete poderia ser o que tinham comprado. Que o interrogado mostrou o tapete para Ivonete e ela confirmou ser da vítima. Que a companheira do interrogado comprou o tapete de Durval Natanael (mídia de fl. 94).

Por outro lado, a testemunha Ivonete Silva da Silva, que é ex-companheira do réu e ex-

funcionária da vítima, relatou que quando ficou sabendo do furto ocorrido na residência da ofendida, logo suspeitou do réu. A testemunha, então, realizou algumas investigações e soube por vizinhos do réu de que ele havia furtado a televisão e trocado por drogas na Favela do Uca, bem como o tapete subtraído da vítima estava na residência do acusado:

Fase extrajudicial: Que é ex-companheira de FERNANDO DA SILVA; Que sabe que Fernando é envolvido com vários crimes de furto, ocorridos na cidade; Que trabalhou na residência de Katia Maria Machado por algum tempo, vindo a manter contato com ela até hoje; Que dias antes do furto sofrido por Kátia, época em que estava relacionando-se com Fernando, o mesmo havia lhe indagado sobre as câmeras de segurança e alguns pertences de propriedade de Katia, deixando a depoente desconfiada de algum intento de Fernando; Que passado alguns dias, a depoente foi procurada por Katia, recebendo a notícia de que sua casa foi alvo de um furto; Que de imediato a depoente desconfiou de Fernando; Que neste interim rompeu seu relacionamento com Fernando; Que buscando ajudar Katia na recuperação dos objetos furtados de sua residência, a depoente passou a “investigar” o crime, oportunidade em que, em contato com alguns parentes dele, confirmou a sua desconfiança; Que foi até a casa de Fernando para conversar com ele, sendo que o mesmo não estava; Que nesta oportunidade olhou pelas frestas da janela, constatando estar dentro da residência uma TV idêntica a subtraída da casa de Katia; Que tem certeza quanto ao televisor, em face de já ter trabalhado na casa de Katia; Que a depoente pediu para que alguns vizinhos ficassem “de olho” na residência de Fernando, sendo que os mesmos lhe informaram que naquela mesma noite avistaram Fernando colocando a referida televisão dentro de um carro de um desconhecido; Que passou-se mais algum tempo, sendo que em um novo contato da depoente com Fernando, a mesma lhe disse saber ser ele o autor do crime de furto na casa de Katia, vindo o mesmo a confessar-lhe o delito; Que na semana passada, a depoente foi novamente procurada por Fernando, oportunidade em que resolveu questioná-lo acerca do paradeiro dos objetos de furto; Que Fernando disse que o tapete estava em sua casa e que a televisão havia sido trocada por drogas na “Favela do Uca”, em Araranguá; Que diante da certeza da autoria do crime, a depoente procurou Katia para juntas virem a presente Delegacia de Polícia para narrarem o antes exposto (fls. 4-5).

Fase judicial: Que na época não estava trabalhando na casa da vítima. Que como trabalhou por um longo período para a vítima, tornaram-se amigas. Que fazia bastante tempo que a depoente tinha deixado de trabalhar na casa da vítima. Que até hoje mantém contato com a vítima e vai na casa dela. Que a depoente fazia faxinas para a vítima. Que conhece a vítima desde quando eram pequenas. Que no dia 17 de julho houve um furto na casa da vítima e a depoente ficou sabendo. Que antes de a vítima falar para a depoente, duas testemunhas que não quiseram comparecer por medo do réu, falaram que uma televisão estava na casa da irmã do réu, que era de uma conhecida da depoente, e que o réu tinha roubado. Que a depoente ligou para a vítima e avisou que a televisão estava na casa da irmã dele. Que uma conhecida da vítima foi na casa da irmã do réu e ligou para a polícia, mas a polícia não foi. Que nesse meio tempo, uma pessoa disse que alguém encostou de carro no local e tiraram a televisão. Que essa pessoa disse para a depoente que a televisão foi para a Favela do Uca, em Araranguá. Que o réu sabia que a depoente trabalhava para a vítima, o réu já tinha ido inclusive na casa da vítima e era amigo dela também. Que na época o réu morava com a depoente. Que quando o réu entrou na casa, ele viu que não tinha câmeras na casa da vítima. Que o réu perguntou para a depoente se na casa da vítima tinha câmeras. Que a depoente alertou para o réu não mexer na casa da vítima, pois ela era pobre. Que quando tomou conhecimento do furto, a depoente desconfiou na hora. Que a depoente que falou para a vítima que foi o réu. Que a pessoa que contou para a depoente sobre a televisão foi morar com o réu um mês depois de a depoente ter terminado o relacionamento. Que a depoente não foi na casa da irmã do réu ver se a televisão estava lá, pois não tem bom relacionamento com ela. Que o tapete que levaram enrolada a televisão, foi encontrado na casa do réu. Que todos os outros objetos estavam na casa onde o réu estava morando. Que a depoente olhou pelas frestas da casa da irmã do

réu e fez um movimento grande para a polícia pegar. Que o tapete estava na casa onde o réu estava morando. Que a vítima reconheceu o tapete como sendo dela. Que o réu quando foi na casa da vítima, pela porta ele viu a televisão. Que o réu cumprimentava a vítima (mídia de fl. 93).

No mesmo caminho o policial Glauter Silveira Boucinha Soares relatou que após receber informações da vítima e de testemunha acerca da suspeita da autoria do crime de furto recair sobre o réu, realizaram diligências na residência deste e obtiveram êxito em apreender um tapete que foi reconhecido pela vítima como sendo àquele subtraído de sua residência:

Fase extrajudicial: QUE é Policial Civil, neste município; Que faz parte da equipe de investigação; Que vem investigando os furtos ocorridos neste município, nos últimos tempos; Que durante as investigações, dentre os suspeitos, identificou-se Fernando da Silva como sendo um dos principais investigados; Que em uma das diligências, referentes ao Inquérito Policial nº 166/2015, o qual tratava de outro furto, foram coligidas provas que evidenciavam a autoria do crime ao próprio Fernando da Silva, possibilitou identificar este como o possível autor da subtração dos pertences da vítima Katia Maria Machado; Que diante desta linha de investigação adotada, a equipe do depoente se dirigiu até o local onde Fernando estava residindo, encontrando lá um tapete de cor marrom, com as mesmas características descritas por Katia; Que no momento em que a equipe chegou no local, encontrava-se o referido tapete pendurado no varal de Fernando, junto de seus pertences; Que o referido tapete foi apreendido e submetido a reconhecimento da vítima, a qual confirmou ser aquele objeto do furto sofrido na data de 17/07/2015; Que diante da situação, Fernando da Silva, foi intimado, vindo oportunamente a permanecer em silêncio, quando de seu interrogatório; Que o depoente ainda informa que Fernando da Silva é investigado pela prática de vários outros furtos, executado com o mesmo “modus operandi” do crime ora investigado (fl. 11).

Fase judicial: Que o depoente faz parte da equipe de investigação da comarca de Sombrio. Que receberam a informação da notícia crime, de que havia sido vitimada a Katia com um furto em residência, tendo sido subtraído alguns objetos, tais como televisores, tapete, cosméticos, cremes, objetos diversos. Que em um primeiro momento fizeram algumas diligências e entraram contato com a vítima novamente, oportunidade em que ela disse que já tinha um suspeito, que seria o réu Fernando da Silva. Que de acordo com a vítima, ela teria uma empregada doméstica que era ex-companheira do réu. Que ao ter desconfiado do réu, ela entrou em contato com a ex-companheira do réu, que informou que ele praticava alguns furto e poderia, sim, ser ele o autor dos fatos. Que ela mesma, por conta própria, foi atrás de informações, indo inclusive na casa do réu e acabou verificando lá a existência de alguns objetos de furto, como a televisão. Que no dia posterior foi comunicado por alguns vizinhos que viram o réu levando a televisão em um táxi para outro local. Que o depoente foi até o local onde o réu estava morando. Que o réu não estava em casa, mas o depoente encontrou o tapete objeto de furto de propriedade da vítima Kátia, vindo a confirmar as informações pretéritas. Que diante da situação, o réu foi interrogado, mas o depoente não lembra se ele confessou. Que conversaram novamente com a esposa dele, que trouxe outras informações ao inquérito, foi ouvida, demonstrando a autoria por parte do réu Fernando da Silva. Que foi um crime de furto qualificado por arrombamento, constatado através das provas testemunhais juntadas ao inquérito. Que na residência do réu, o tapete, objeto de furto, foi encontrado e reconhecido pela vítima. Que na madrugada anterior da investida policial, vizinhos disseram terem visto o réu levando a televisão. Que o televisor não encontraram na casa dele. Que somente o tapete foi recuperado pela vítima. Que tiveram informação que o réu teria trocado os objetos não recuperados na favela do Uca, por droga. Que a ex-esposa do réu tinha recentemente

parado de trabalhar na casa de Kátia. Que o que chamou atenção da ex-esposa, foi que um pouco antes, quando ainda estava trabalhando na casa da vítima, o réu teria feito algumas perguntas sobre câmeras de segurança, se tinha ou não, fato esse que fez ela suspeitar do réu. Que o réu fez as perguntas para a ex-esposa (mídia de fl. 93).

E a vítima Kátia Maria Machado confirmou que a testemunha Ivonete lhe informou sobre o envolvimento do réu no furto cometido na residência da ofendida:

Fase extrajudicial: Que moro em uma casa sem número, na rua Prefeito Francisco Lummertz Jr., no bairro Nova Brasília, deste município; Que na data de 17/07/2015, chegou de viagem, sendo que, ao entrar em casa percebeu ter sido vítima de furto; Que em sua cozinha percebeu que a janela havia sido arrombada, tendo sido arrancada a grade, para entrada do(s) autor(es) do crime; Que passou a verificar seus pertences, oportunidade em que percebeu a subtração de uma televisão, marca Samsung, de 51” polegadas, um tapete de sala, de dimensões 3X2,5m, de cor marrom, um notebook de cor preta, cuja marca não se recorda e perfumes, cremes e outros pertences cujas características não se recorda no momento; Que inicialmente não havia suspeito algum a indicar, porém passados alguns dias, ficou sabendo através da companheira de FERNANDO DA SILVA (Ivonete Silva da Silva), que este era o responsável pelo furto sofrido pela declarante; Que Ivonete ficou sabendo do envolvimento de seu ex-companheiro no crime por ele próprio; Que na semana passada, Ivonete foi novamente procurada por Fernando, oportunidade em que lhe ofereceu o tapete supracitado e lhe indicou a “Favela do Uca” como o local em que trocou a televisão por drogas; Que diante dessa nova informação e da disponibilidade de formalizá-las, a declarante e Ivonete procuraram esta Delegacia de Polícia para narrar o que sabiam (fl. 3).

Nesse contexto, infere-se inegavelmente que o apelante Fernando da Silva subtraiu diversos objetos do interior da residência da vítima Kátia, como uma televisão e um tapete.

A autoria delitiva exsurge cristalina das palavras da testemunha Ivonete, ex-companheira do réu e ex-funcionária da vítima, que relatou ter colhido informações de vizinhos do acusado, que lhe disseram que foi o réu que furtou a televisão de propriedade da vítima e posteriormente a trocou por drogas na Favela do Uca, bem como estava na posse do tapete furtado.

Em decorrência das informações angariadas pela testemunha, a polícia foi acionada e o policial Glauter, que participou das investigações, relatou que realizaram diligências na residência, local onde encontraram o tapete subtraído, o qual foi reconhecido pela vítima, bem como tomaram conhecimento de que a televisão furtada foi trocado por drogas pelo réu, na Favela do Uca.

E a vítima, ouvida apenas na fase extrajudicial, afirmou que soube pela testemunha Ivonete do envolvimento do acusado Fernando no furto ocorrido na residência da ofendida.

Dessa maneira, a negativa proferida pelo réu é elemento único e destoante nos autos, cujo arcabouço probatório é uníssono, harmônico e aponta sem dúvidas o apelante Fernando da Silva como autor do crime descrito no art. 155, §4º, I, do Código Penal.

Subsidiariamente a defesa postula a fixação da pena-base no mínimo legal.

Razão lhe assiste em parte, apenas para afastar a consideração negativa da conduta social e da personalidade do agente.

Extrai-se da sentença de fls. 119-124:

III - DOSIMETRIA

Na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observo que a culpabilidade do acusado, aqui entendida como o grau de reprovabilidade de sua conduta, se mostra normal à espécie; o réu ostenta sete condenações criminais com trânsito em julgado (fls. 32/45), de modo que uso uma delas para aquilatar os antecedentes (fls. 32/33), a segunda para a conduta social (fls. 34/35) e a terceira para a personalidade (fls. 36/37); os motivos foram próprios da espécie; as circunstâncias do crime não revelam nada de especial; as consequências não excederam ao normal; o comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática Delitiva.

Assim, por ser suficiente e necessária à prevenção e reprovação do delito, fixo a pena-base em 3 anos de reclusão, bem como ao pagamento de 13 dias-multa, fixados individualmente no mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria, presente a agravante da reincidência (fls. 38/39), razão pela qual aumento a pena em 1/6, para torná-la definitiva, nesta fase da dosimetria, em 3 anos e 6 meses de reclusão, sem influência na pena pecuniária (TJSC, Apelação Criminal n. 2010.007251-4, de Concórdia, Rel. Des. Sérgio Paladino). Ausentes circunstâncias atenuantes.

Na terceira e última fase da fixação da pena, inexistem causas de aumento ou diminuição da pena a serem consideradas.

Verifica-se que o Magistrado fundamentou a sua decisão ao considerar que o réu possui sete condenações com trânsito em julgado, sendo que exasperou a pena por considerar como maus antecedentes os autos n. 0000289-33.2007.8.24.0069 (fls. 32-33); como conduta social os autos n. 0004170-47.2009.8.24.0069 (fls. 34-35); e como personalidade os autos n. 0000825-39.2010.8.24.0069, seguindo o anterior entendimento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que entendia que as condenações transitadas em julgado podiam ser utilizadas para aumentar a reprimenda sob mais de um título, desde que não fossem utilizadas repetidamente.

Vide:

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA O INDEFERIMENTO LIMINAR DE HABEAS CORPUS.

INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA E VALOR DO BEM SUBTRAÍDO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO.

POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Inexistindo patente ilegalidade a ser reparada, não há razão para processar o habeas corpus.

2. Tendo o bem subtraído sido avaliado em valor correspondente a 18% do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, e ostentando o réu condenações criminais anteriores, inaplicável ao caso o princípio da insignificância.
3. A Terceira Seção admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*. No caso, não há a apontada ilegalidade, porquanto uma condenação foi utilizada para negativar os antecedentes e outra para negativar a personalidade.
4. Agravo regimental improvido (Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 405.062/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 22/08/2017).

Porém, reviu-se o entendimento desta Câmara para seguir o novel entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a fim de se utilizar as condenações transitadas em julgado somente para incrementar a pena a título de antecedentes criminais:

[...] DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE. RÉU QUE OSTENTA MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DECOTE DA VETORIAL PERSONALIDADE. RECURSO PROVIDO.

[...] 2. Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte.

3. A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social).

Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social.

4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e “inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente” (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). Tal diretriz passou a ser acolhida mais recentemente pela colenda Sexta Turma deste Tribunal: REsp 1760972/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2018, DJe 04/12/2018 e HC 472. 654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019. Uniformização jurisprudencial consolidada [...] (Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 1311636/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, j. 10/04/2019).

Conforme extrai-se do rol de antecedentes criminais (fls. 32-45), verifica-se que o acusado possui seis condenações com trânsito em julgado anteriores à data dos fatos, aptas a caracterizar antecedentes criminais, quais sejam: autos n. 0000289-33.2007.8.24.0069, com extinção da pena em 22/09/2014 (fl. 32-33); autos n. 0004170-47.2009.8.24.0069, com extinção da pena em 30/06/2015 (fl. 34-35); autos n. 0000825-39.2010.8.24.0069, com extinção da pena em 22/09/2014 (fl. 36-37); autos n. 0000956-14.2010.8.24.0069, com extinção da pena em 22/09/2014 (fls. 40-41); autos n. 0000385-77.2009.8.24.0069, com trânsito em julgado em 22/09/2014 (fls. 42-43); e autos n. 0002557-26.2008.8.24.0069, com extinção da pena em 29/05/2009 (fls. 44-45).

Desta forma, reclassifica-se a conduta social e a personalidade do agente para antecedentes e, não se afigurando desproporcional a quantidade de aumento empregado de 1/2 (um meio), tendo em vista a quantidade de ações penais, mantém-se o *quantum* de pena fixado.

Na segunda fase da dosimetria, a defesa postula o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Melhor sorte não lhe assiste.

Segundo a nova orientação emanada pelo Superior Tribunal de Justiça, editou-se a Súmula 545, que prevê: “*Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal*”.

Com isto passou a admitir incidência da atenuante, mesmo quando acompanhada de teses defensivas discriminantes ou exculpantes, quando o magistrado valer-se da confissão como elemento de convicção para condenação.

No entanto, extrai-se dos autos que o apelante Fernando da Silva manteve-se silente no interrogatório proferido na fase extrajudicial (fl. 9) e, sob o crivo do contraditório, negou a prática do crime de furto (mídia de fl. 94). Importante frisar, que tal elemento de prova não foi utilizado pelo sentenciante para amparar o édito condenatório.

É o entendimento da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT E § 4º, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMO DEFENSIVO. [...] DOSIMETRIA. [...] SEGUNDA FASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE PERMANECEU SILENTE NA ETAPA INVESTIGATIVA E NEGOU OS FATOS EM JUÍZO. SUPOSTA CONFISSÃO INFORMAL AOS AGENTES PÚBLICOS NO MOMENTO DA PRISÃO QUE NEM SEQUER FOI UTILIZADA PARA A PROLAÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PLEITO REJEITADO. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000398-53.2018.8.24.0104, de Ascurra, rel. Des. Alexandre d Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 07-03-2019).

Nesse caminho, inviável acolher o pleito de reconhecimento da atenuante de confissão

espontânea.

A defesa postula, de forma genérica, “*a desclassificação do ilícito penal que seja desclassificado o ilícito para ao artigo 155, caput, na forma tentada, ou quiçá desclassificado para uma forma mais branda, que seja concedida a substituição da pena pela prevista do artigo 44 do Código Penal e subsidiariamente, seja reconhecida a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal ou, ao menos da aplicação da atenuante prevista no artigo 66 do Código Penal, com a observação às normas prescritas no artigo 59 caput, do Código Penal, bem como, aplicação da Lei nº 9.099/95 no que couber, ainda, nas normas descritas na Lei nº 9.717, de 25 de novembro de 1998 (Lei das Penas Alternativas), por ser medida de DIREITO e de JUSTIÇA, e ainda a aplicação da regra estabelecida no artigo 29 § 1º, do Código Penal, diminuindo-se, assim, a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço)*” (fls. 149-150).

Contudo, o pleito não merece conhecimento no ponto.

Isto porque a petição que interpõe o recurso não deve apenas demonstrar sua irrisignação com relação ao *decisum*, necessitando, também, apresentar os motivos de fato e de direito pelos quais pretende rediscutir a matéria da qual discorda, sob pena de não conhecimento do recurso, em observância ao art. 1.010, II, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal e ao princípio da dialeticidade.

A propósito, do tema retira-se da lição de Fredie Didier Júnior:

Princípio da dialeticidade. De acordo com este princípio, exige-se 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 o novo julgamento da questão nele cogitada. Na verdade, trata-se de princípio ínsito a todo processo, que é essencialmente dialético (Curso de direito processual civil. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 62, v. 3).

Ainda, para complementar o estudo, colhe-se do ensinamento de Araken de Assis:

O fundamento do princípio da dialeticidade é curial. Sem cotejar as alegações do recurso e a motivação do ato impugnado, mostrar-se-á impossível ao órgão ad quem avaliar o desacerto do ato, a existência de vício de juízo (error in iudicando), o vício de procedimento (error in procedendo) ou o defeito típico que enseja a declaração do provimento. A motivação do recurso delimita a matéria impugnada (art. 515, caput). É essencial, portanto, à predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo. Por outro lado, a falta de motivação prejudica o contraditório: desconhecendo as razões do recorrente, o recorrido não pode se opor eficazmente à pretensão recursal (Manual dos recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 98).

Assim, o apelo não merece conhecimento no ponto, na medida em que o pedido para reforma da pena foi genérico e não se contrapôs especificamente contra os fundamentos apontados pelo

juízo de primeiro grau na sentença, detalhe a importar em violação ao princípio da dialeticidade, insito no art. 1.010 do CPC.

É a jurisprudência desta Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ROUBO (ART. 157 DO CP) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DA DEFESA - [...] INSURGÊNCIA PARA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL - PEDIDO GENÉRICO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSO NÃO CONHECIDO NESTE PONTO. 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. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0003033-64.2017.8.24.0064, de São José, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 08-03-2018).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. INCÊNDIO EM CASA DESTINADA À HABITAÇÃO (ART. 250, § 1º, INC. II, "A", DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INCONFORMISMO DA DEFESA. [...] DOSIMETRIA DA PENA. REVISÃO. PLEITO GENÉRICO. INSURGÊNCIA NÃO FUNDAMENTADA SEQUER MINIMAMENTE. AFRONTA À DIALETICIDADE RECURSAL. INADMISSIBILIDADE NO PONTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO. ATUAÇÃO NA FASE RECURSAL. MAJORAÇÃO OPERADA DE OFÍCIO. IMPERATIVO LEGAL. ART. 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000134-76.2015.8.24.0060, de São Domingos, rel. Des. Alexandre d Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 08-03-2018).

Por fim, a defesa requer a fixação de honorários advocatícios pela interposição de recurso.

Compulsando-se os autos, verifica-se que o Dr. Ito de Sá (OAB/SC 21.520) foi nomeado para atuar na defesa do acusado Fernando da Silva (fl. 58).

Verifica-se que o juízo *a quo* fixou ao defensor nomeado honorários advocatícios no patamar de R\$ 1.251,60 (um mil, duzentos e cinquenta e um reais e sessenta centavos) (fl. 123) pela sua atuação até a Sentença.

Tento em vista que o valor ora fixado a título de honorários atingiu o limite máximo estabelecido pela Resolução 5/CM-TJSC atualizada pela Resolução 11/CM-TJSC (item c.10.1 do anexo único, c/c art 8º, §4º), torna-se inviável sua majoração. Razão pela qual, nega-se o pedido de honorários recursais.

É a jurisprudência desta Câmara de Direito Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. FALSO TESTEMUNHO (ART. 342, § 1º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS COMPLEMENTARES PELA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. INVIABILIDADE. MONTANTE ESTIPULADO

PELO MM. JUIZ SUPERIOR AO QUANTUM ESTABELECIDO NA RESOLUÇÃO N. 05/2019 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA DESTA CORTE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE. (TJSC, Apelação Criminal n. 0002811-23.2013.8.24.0069, de Sombrio, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 28-11-2019).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A PESSOA. CONSELHO DE SENTENÇA QUE DESCLASSIFICOU A CONDUTA DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, INC. IV, C/C ART. 14, INC. II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) PARA O DELITO DE LESÕES CORPORAIS (ART. 129 DO CP). INCONFORMISMO DA DEFESA. [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO DE FIXAÇÃO PELA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. INVIABILIDADE. QUANTIA FIXADA PELO JUÍZO A QUO QUE NÃO ENSEJA COMPLEMENTAÇÃO. OBSERVÂNCIA A RESOLUÇÃO N. 5 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA DESTE TRIBUNAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000898-75.2015.8.24.0088, de Lebon Régis, rel. Des. Alexandre d Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 31-10-2019).

Ante o exposto, conhece-se em parte do recurso e dá-se lhe parcial provimento.

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.

Apelação Criminal n. 0001374-70.2018.8.24.0036, de Jaraguá do Sul

Relator: Desembargador Sidney Eloy Dalabrida

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PELO CONCURSO DE AGENTES. CONCURSO FORMAL (ART. 157, § 2º, II, C/C O ART. 157, § 2º, II, C/C O ART. 14, II, TODOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DO ART. 4º DA LEI N. 13.654/18, DE MODO QUE SEJA MODIFICADA A SENTENÇA RECORRIDA E APLICADA A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CP (EMPREGO DE ARMA BRANCA). IMPOSSIBILIDADE. *QUAESTIO* APRECIADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE EM INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIDA A CONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL, QUE REVOGOU O INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. APLICAÇÃO RETROATIVA. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO.

PLEITO SUBSIDIÁRIO DE RECONHECIMENTO DO EMPREGO DE ARMA BRANCA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. ACOLHIMENTO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE E GRAVIDADE DA CONDUTA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001374-70.2018.8.24.0036, da comarca de Jaraguá do Sul 2ª Vara Criminal em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Caroline Gentil de Oliveira.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial 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. Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 16 de abril de 2020.

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Jaraguá do Sul, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia em face de Calione Gentil de Oliveira, imputando-lhe a prática do delito capitulado no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, pois, segundo consta na inicial:

No dia 6 de março de 2018, por volta das 17h30min, nas dependências da “Farmácia Ativa”, situada na Rua Maria Umbelina da Silva, 35, Bairro Vila Lenzi, Município e Comarca de Jaraguá do Sul, o denunciado Calione Gentil de Oliveira, juntamente com Luan, ainda não identificado, em união de desígnios e comunhão de vontades, almejando auferir ganho patrimonial, adentraram no estabelecimento comercial encapuzados e, mediante grave ameaça, exercida com uma faca (fl. 15), o denunciado anunciou o assalto e ordenou que a atendente Lucimar Januário Ronchi entregasse o dinheiro do caixa, ao mesmo instante que seu comparsa subtraiu a bolsa de uma cliente.

Após receber todo o valor existente no caixa, o denunciado depositou no balcão da farmácia o dinheiro e exigiu mais. Contudo, diante da chegada de mais clientes no local, evadiram-se, deixando o montante no balcão, levando apenas a bolsa, a qual foi abandonada na fuga.

Portanto, o denunciado e seu cúmplice somente não consumaram o delito de roubo por circunstâncias alheias às suas vontades.

Na sequência, após ser informado o fato à Polícia Militar, os agentes públicos realizaram rondas ostensivas pela região e lograram êxito em abordar o denunciado portando a faca utilizada no assalto (fls. 1-2).

Finalizada a instrução, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia, para condenar o réu ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, fixados no mínimo legal, por infração ao disposto no art. 157, § 2º, II, c/c o art. 14, II, e no art. 157, § 2º, II, todos do Código Penal, em concurso formal (fls. 87-97).

Inconformado com a prestação jurisdicional, o representante do Ministério Público interpôs apelação criminal, mediante a qual postulou: a) a declaração de inconstitucionalidade formal do art. 4º da Lei n. 13.654/2018, por via de controle difuso, por inobservância ao devido processo legislativo, com a consequente aplicação da circunstância prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, adequando-se a reprimenda aplicada ao acusado; b) a declaração de inconstitucionalidade material do mesmo dispositivo legal, em sede de controle difuso, por violação ao princípio da proporcionalidade, em face da proibição da proteção deficiente, com a consequente aplicação da circunstância prevista no dispositivo já mencionado, com os reflexos na dosimetria da pena; e c) subsidiariamente, o reconhecimento do emprego de arma branca como circunstância judicial negativa, já que inerente às circunstâncias do crime, com a adequação da pena aplicada o acusado (fls. 108-120).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 132-140), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Dr. Paulo de Tarso Brandão, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do reclamo (fls.147-149).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

1 Do mérito

Ab initio, avulta pontuar que as normas mais benéficas ao réu “*devem ser imediatamente aplicadas, consoante o disposto no art. 5º, XL, da Carta Magna*” (HC 121408, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 13/5/2014), ainda que a *novatio legis in melius* seja superveniente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, hipótese em que a tarefa compete ao juízo da execução penal, na forma do verbete sumular 611 do Supremo Tribunal Federal.

Nessa senda, a Lei n. 13.654/2018 promoveu alterações no artigo 157 do Código Penal, dentre elas, excluiu o inciso I do § 2º, que estabelecia majorante para o roubo pelo emprego de “arma” – tanto própria, quanto imprópria –, e incluiu o § 2º-A, prevendo como causa de aumento de pena o uso de “arma de fogo”.

Conclui-se, portanto, que, diante da nova redação, a utilização de arma imprópria não mais autoriza a exasperação da reprimenda na derradeira etapa da dosimetria. Constitui, assim, norma penal mais benéfica ao réu, razão pela qual produz efeitos retroativos, na forma do art. 5º, XL, da CF/88 e do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, atingindo, inclusive, as condenações acobertadas pelo manto da coisa julgada, conforme reconhece o magistrado *a quo*.

Ocorre que, na visão do representante do Ministério Público, a sentença objurgada laborou em equívoco, na medida em que deixou de aplicar a referida majorante, fato que deu ensejo à interposição do presente recurso de apelação.

De acordo com a acusação, o art. 4º da Lei n. 13.654/2018 apresenta inconstitucionalidade formal, por suposto vício no processo legislativo, e material, ao argumento de que ofende o princípio da proporcionalidade e da proibição da proteção deficiente em matéria penal, razão pela qual não deve ser aplicado ao caso em apreço.

Contudo, razão não lhe assiste.

Em julgamento realizado em 6/2/2019, nos autos do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0017841-38.2018.8.24.0000, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça analisou a matéria objeto do presente apelo, decidindo da seguinte forma:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DA LEI FEDERAL N. 13.654/18, QUE PROMOVEU ALTERAÇÕES NO CÓDIGO PENAL PARA EXCLUIR O EMPREGO DE ARMA BRANCA OU IMPRÓPRIA COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO CRIME DE ROUBO (ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL).

ALEGADO VÍCIO FORMAL NO PROCESSO LEGISLATIVO. INOCORRÊNCIA. MERA

IRREGULARIDADE OCORRIDA NO MOMENTO DA PUBLICAÇÃO DA VOTAÇÃO TERMINATIVA NA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA (CCJ) DO SENADO FEDERAL. EQUÍVOCO CORRIGIDO PELA COORDENAÇÃO DE REDAÇÃO LEGISLATIVA (CORELE), SANANDO O ERRO CONTIDO NA PUBLICIDADE ANTERIOR. ERRO FORMAL NÃO VERIFICADO.

SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE EM MATÉRIA PENAL. LIMITES À ATUAÇÃO JURISDICIONAL QUE NÃO PERMITE EXCESSOS. ESCOLHA DO LEGISLADOR. AUSÊNCIA DE DADOS EMPÍRICOS A COMPROVAR A PROTEÇÃO INEFICIENTE. IMPROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0017841-38.2018.8.24.0000, de Canoinhas, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Órgão Especial, j. em 6/2/2019).

Desse modo, diante do teor do julgado, tem-se que restou afastada, no âmbito desta Corte, a questão atinente à inconstitucionalidade da norma que revogou o art. 157, § 2º, I, do Código Penal, razão pela qual a presente apelação, no ponto, não comporta provimento.

Nesse sentido, destaca-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. DENÚNCIA PELO CRIME DE ROUBO COM EMPREGO DE ARMA (ART. 157, §2º, I, DO CÓDIGO PENAL, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 13.654/2018). SENTENÇA CONDENATÓRIA POR ROUBO SIMPLES (CP, ART. 157, CAPUT). RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DA LEI 13.654/2018, COM A CONSEGUINTE APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. DESPROVIMENTO. QUESTÃO SUBMETIDA À JULGAMENTO PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE, OCASIÃO EM QUE SE RECHAÇOU A EXISTÊNCIA DE VÍCIOS FORMAIS E MATERIAIS. ENTENDIMENTO DE QUE POR SER BENÉFICA, A ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DEVE SER APLICADA AOS FATOS PRATICADOS ANTERIORMENTE, DE FORMA RETROATIVA. DECISÃO OBSERVADA PELO MAGISTRADO NA SENTENÇA RECORRIDA (CPC, ART. 927, V). OUTROSSIM, ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE NÃO SERÁ SUBMETIDA PELOS ÓRGÃOS FRACIONÁRIOS QUANDO JÁ HOUVER PRONUNCIAMENTO DO ÓRGÃO ESPECIAL DA RESPECTIVA CORTE (CPC, ART. 949, PARÁGRAFO ÚNICO). EMPREGO DE ARMA BRANCA DEVIDAMENTE RECONHECIDO NA PRIMEIRA FASE ANTE A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTANCIAS DO CRIME. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS À DEFENSORA NOMEADA PARA APRESENTAÇÃO DAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 1º, 2º E 8º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, C/C O ART. 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E RESOLUÇÃO 11/2019 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0000056-45.2018.8.24.0103, de Araquari, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. em 4/2/2020).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA (ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS), POR DUAS VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CÓDIGO PENAL). SUSCITADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4º DA LEI N. 13.654/18 POR PARTE DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA JÁ APRECIADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA RECONHECIDA. O Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por ocasião do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade n. 0017841-38.2018.8.24.0000, concluiu pela constitucionalidade do art. 4º da Lei n. 13.654/18, afigurando-se inoportuno submeter novamente a matéria à apreciação daquele colegiado. RECURSO DEFENSIVO. PLEITEADA A EXCLUSÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO ENTÃO PREVISTA NO ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. COMPROVAÇÃO DE QUE O AGENTE, EM AMBAS AS EMPREITADAS, VALEU-SE DE UMA FACA PARA AMEAÇAR AS VÍTIMAS. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 13.654/18, QUE DEIXOU DE CONSIDERAR O EMPREGO DE ARMA BRANCA COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA. REVOGAÇÃO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA. TODAVIA, NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DE REFERIDA CIRCUNSTÂNCIA NA PRIMEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. DOSIMETRIA READEQUADA NO PONTO. INOCORRÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A superveniente Lei n. 13.654/18, ao revogar o inciso I do § 2º do art 157 do Código Penal, impossibilitou a consideração do emprego de arma branca como causa majorante do crime de roubo. Em casos tais, imperioso o expurgo da referida causa de aumento da dosimetria, afigurando-se legítimo, por outro lado, considerar a utilização de arma branca na primeira fase do cálculo da pena, como circunstância judicial desfavorável, desde que não ocorra *reformatio in pejus* (TJSC, Apelação Criminal n. 0013416-82.2017.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. em 31/10/2019).

De outro lado, conforme vem reiteradamente decidindo este Egrégio Tribunal de Justiça, o emprego de arma branca para a prática do crime de roubo demonstra maior reprovabilidade da conduta, a autorizar o aumento da pena-base pela mensuração negativa da circunstância do crime.

Nesse sentido, colhe-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE PESSOAS (CP, ART. 157, § 2º, I E II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. PROVA DA MATERIALIDADE. EXISTÊNCIA DO FATO. APREENSÃO PARCIAL DA RES FURTIVA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. TESTEMUNHOS. LAUDO PERICIAL. 2. PROVA DA AUTORIA. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DOS POLICIAIS MILITARES. RECONHECIMENTO DO AGENTE. 3.1. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA BRANCA. USO COMPROVADO. AFASTAMENTO. POSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. 3.2. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MIGRAÇÃO. USO DE ARMA BRANCA. [...] 3.1. A Lei 13.654/18, que revogou o inciso I do § 2º do art. 157, que determinava o acréscimo da pena de 1/3 até a metade se a violência ou grave ameaça fosse exercida com emprego de arma, por se tratar a alteração, no ponto, benéfica ao acusado (que agora permite o aumento apenas em relação ao emprego de arma de fogo), é aplicável ao caso, devendo ser conferida a retroatividade da lei penal mais benéfica. 3.2. Diante do afastamento da causa de aumento quanto ao emprego de arma branca para a perpetração do delito, torna-se viável a migração dessa circunstância para elevar a pena na primeira fase dosimétrica, desde que assegurada a non *reformatio in pejus*. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0009374-84.2016.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. em 26/3/2019).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO SIMPLES E ROUBO TENTADO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA (CP, ART. 157, CAPUT, E 157, § 2º, I, C/C ART. 14. II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA SOMENTE EM RELAÇÃO AO SEGUNDO DELITO. MÉRITO. PREJUDICADO. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA BRANCA EM RAZÃO DE SUPERVENIÊNCIA DE LEI MAIS BENÉFICA (LEI 13.654/2018). TODAVIA, POSSIBILIDADE DE MIGRAÇÃO PARA A PRIMEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA MODALIDADE RETROATIVA (CP, ARTS. 107, IV, 109, VI E 110, § 1º). - Embora a Lei 13.654/2018 tenha revogado o inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal - tratando-se, portanto, de lei penal superveniente mais benéfica ao acusado e que impede o reconhecimento da majorante em questão - é viável a valoração do emprego de arma branca (faca) na primeira fase da dosimetria, a título de circunstância judicial [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0011177-62.2013.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. em 25/4/2019).

E deste relator:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO IMPRÓPRIO, CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, §§ 1º e 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA PARA O DELITO DE FURTO QUALIFICADO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE ADEQUAÇÃO TÍPICA PARA O CRIME DE ROUBO IMPRÓPRIO CIRCUNSTANCIADO. CABIMENTO, EM PARTE. EMPREGO DE ARMA BRANCA COM O PROPÓSITO DE ASSEGURAR A DETENÇÃO DA COISA. CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO NECESSÁRIO PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE ROUBO. EMPREGO DE ARMA PELO COMPARSA. CONDIÇÃO OBJETIVA QUE SE COMUNICA AO CORRÉU, VISTO QUE INGRESSOU NA ESFERA DO DOLO. REFORMA DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO USO DE FACA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 13.654/18. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. MIGRAÇÃO DESTA CIRCUNSTÂNCIA PARA A PENA-BASE. PRECEDENTES. “[...] quanto ao crime de roubo cometido com emprego de arma branca ou imprópria, verifica-se a ocorrência superveniente de novatio legis in mellius, devendo a lei benéfica retroagir para excluir a majoração da pena, ex vi art. 5º, XL, da Constituição Federal” (TJSC, Apelação Criminal n. 0002546-90.2016.8.24.0012, de Caçador, rel. Des. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. em 5/7/2018). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0004041-59.2014.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. em 4/4/2019).

Dessarte, o recurso ministerial merece ser provido no ponto, de modo que seja alterada a pena-base no tocante às circunstâncias do crime, pois a utilização de faca revela a maior gravidade e reprovabilidade da conduta perpetrada, sendo possível a negatização de tal diretriz para a primeira fase dosimétrica.

Passa-se ao cálculo propriamente dito.

Na fase inaugural, com relação a ambos os delitos, permanecendo incólumes as demais vetoriais

do art. 59 do Código Penal, diante das circunstâncias do crime (emprego de arma branca), fixa-se a pena-base em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, mantidos no mínimo legal.

Na etapa intermediária, o sentenciante, embora tenha consignado a inexistência de qualquer circunstância agravante a ser considerada, reconheceu a incidência da atenuante da confissão espontânea, deixando, contudo, de reduzir a reprimenda por já se encontrar no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Não obstante, no presente momento, diante da alteração operada nas penas-base dos delitos pelos quais o acusado restou condenado, possível a mitigação das reprimendas ao piso legal diante da atenuante supracitada.

Na terceira fase, assim como no cálculo atinente ao concurso de crimes, não há alterações a serem realizadas, mantendo-se, pois, os termos da sentença recorrida, inclusive no que se refere à soma das penas aplicadas, que permanece concretizada em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa.

2 Dispositivo

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

Apelação Criminal n. 0000628-82.2012.8.24.0047, de Papanduva

Relator: Desembargador Zanini Fornerolli

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE – POLUIÇÃO DO SOLO E DAS ÁGUAS (ART. 54, § 2º, V, DA LEI N. 9.605/98) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA.

SUPOSTA ERRONIA EM RAZÃO DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE DEFESA ANTES DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO – RECLAMO AFASTADO – EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA QUE NÃO OBSTA A CONTINUIDADE DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL – ART. 222, §§ 1º E 2º, DO CPP – AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO.

A inversão da ordem constante do art. 400 do CPP, que trata do interrogatório e da oitiva de testemunhas de acusação e de defesa, não configura nulidade quando o ato for realizado por carta precatória, cuja expedição não suspende o processo criminal, consoante disciplinam os §§ 1º e 2º do art. 222 do CPP, ainda mais quando não há prova efetiva a respeito do efetivo prejuízo à parte.

PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA OU ATIPICIDADE DA CONDUTA – TESES RECHAÇADAS – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS – AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL, TERMO DE EMBARGO E INTERDIÇÃO, RELATÓRIO DE VISTORIA E FISCALIZAÇÃO E DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS AGENTES FISCAIS ASSEGURANDO O LANÇAMENTO DE DEJETOS SUÍNOS POTENCIALMENTE POLUENTES DIRETAMENTE AO SOLO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL PELA ACUSADA NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EMPRESARIAL – DEFESA QUE NÃO LOGROU DESCONSTITUIR O FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – DESCUMPRIMENTO REITERADO DAS NORMAS AMBIENTAIS – ELEMENTO SUBJETIVO CONFIGURADO – CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO – CONDENAÇÃO MANTIDA.

I – Evidenciando as provas documental e testemunhal a materialidade e a autoria do delito de poluição ambiental decorrente do lançamento de resíduos líquidos e sólidos em área de preservação permanente, e de reserva legal, com prejuízo à vegetação e aos recursos hídricos locais, a manutenção do decreto condenatório é medida imperativa.

II - O delito tipificado no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei n. 9.605/98, segundo entendimento deste Tribunal, independe da ocorrência de dano para a sua configuração, uma vez que se trata de delito classificado como de perigo abstrato, na medida em que o risco inerente à conduta é presumido pelo tipo penal, de modo que não se exige, para a caracterização do delito, sequer a realização da prova pericial para atestar o dano ao meio ambiente ou à saúde humana (TJSC, ACr n. 0014237-82.2013.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 23.1.2020).

DOSIMETRIA DA PENA – SEGUNDA FASE – ATENUANTES DO ART. 14, I, II E IV – AVENTADA BAIXA ESCOLARIDADE, ARREPENDIMENTO POSTERIOR E COLABORAÇÃO COM OS FISCAIS DA VIGILÂNCIA AMBIENTAL – INSUBSISTÊNCIA – EVIDÊNCIAS CONCRETAS DA PLENA CIÊNCIA QUANTO A ILICITUDE DO ATO PELA INSURGENTE – COMPROMISSO DE ADEQUAÇÃO E REGULARIZAÇÃO DAS ATIVIDADES DE SUINOCULTURA À LEGISLAÇÃO AMBIENTAL DESCUMPRIDO – CIRCUNSTÂNCIAS QUE AFASTAM OBJETIVAMENTE A POSSIBILIDADE DA ATENUAÇÃO DA PENA.

Não devem incidir as atenuantes do art. 14, I, II e IV, da Lei n. 9.605/98 se, comprovado o baixo grau de instrução e escolaridade, é possível vislumbrar por outros meios de prova que a ré possuía consciência da

ilicitude do ato e, ainda assim, não exitou em persistir descumprindo as normas, reiterando a prática de atividade potencialmente poluidora.

II – A pouca escolaridade e a extrema simplicidade do agente, por si sós, não são argumentos escorreitos para ensejar a isenção de pena, até porque o desconhecimento da lei é inescusável (TJSC, ACr 2013.054018-8, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 21.08.2014).

AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ART. 15, II, “A”, DA LEI N. 9.605-98 – IMPOSSIBILIDADE – INFRAÇÃO COMETIDA NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA.

Uma vez que o ilícito praticado decorreu de atividade visando a obtenção de vantagem pecuniária, correta se faz a aplicação da agravante preconizada no art. 15, II, “a”, da Lei n. 9.605/98.

ERRO MATERIAL DA SENTENÇA – MENÇÃO DA AGRAVANTE DA ALÍNEA “B” DO ART. 15, II, DA LEI N. 9.605/98, QUANDO CERTO SERIA ALÍNEA “A” – RETIFICAÇÃO NECESSÁRIA QUE NÃO OFENDE O PROCESSO PENAL, NEM ENSEJA NOVA DECISÃO.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000628-82.2012.8.24.0047, da comarca de Papanduva Vara Única em que é Apelante Irene Marquetti e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso, corrigindo, de ofício, o erro material do dispositivo utilizado para agravamento da pena, para constar art. 15, II, “a”, da Lei n. 9.605/98, nos termos da fundamentação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Alexandre D’Ivanenko, presidente com voto, e o Exmo. Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 4 de junho de 2020.

Desembargador ZANINI FORNEROLLI
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por Irene Marquetti, agricultora, nascida em 3.7.1958, por meio de defensor constituído, contra sentença proferida pelo Juiz de Direito Rogério Manke, em atuação na Vara Única da Comarca de Papanduva/SC, que julgou procedente a denúncia para condená-la à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária no valor de 5 (cinco) salários mínimos, pela prática do crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98.

Em suas razões, pretende sua absolvição por atipicidade da conduta e/ou ausência de provas da materialidade e da autoria delitivas. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento de nulidade processual em razão da inversão da ordem de oitiva das testemunhas de acusação e defesa diante da expedição de carta precatória. Por fim, mantida a condenação, requer o reconhecimento das circunstâncias atenuantes previstas no art. 14, I, II e IV, da Lei n. 9.605/98, bem como o afastamento da agravante do art. 15, II, “b”, do mesmo Diploma Legal e, ainda, a desclassificação do crime (fls. 499-511).

Nas contrarrazões, o Ministério Público pugna pelo desprovimento do recurso (fls. 528-540).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo de Tarso Brandão, opinando pela conservação do pronunciamento hostilizado (fls. 554-559).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por Irene Marquetti, agricultora, nascida em 3.7.1958, por meio de defensor constituído, contra sentença proferida pelo Juiz de Direito Rogério Manke, em atuação na Vara Única da Comarca de Papanduva/SC, que julgou procedente a denúncia para condená-la à pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e na prestação pecuniária no valor de 5 (cinco) salários mínimos, pela prática do crime previsto no art. 54, § 2º, V, da Lei n. 9.605/98.

Segundo narra a peça acusatória, no dia 24 de novembro de 2011, foi constatado que a denunciada Irene Marquetti, na sua propriedade situada na localidade Arroio Fundo, zona rural do Município de Papanduva, efetuou o lançamento diretamente ao solo de grande quantidade de dejetos suínos provenientes de esterqueira, atingindo área de reserva legal e área de preservação permanente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos, expondo a perigo, de maneira grave, a saúde pública e o meio ambiente (fls. 36-37).

A sentença reconheceu a procedência da acusação e condenou Irene Marquetti pelo crime de poluição de recursos hídricos.

Inconformada, a sentenciada recorre buscando a sua absolvição por atipicidade da conduta e/ou inexistência de provas da materialidade e da autoria delitivas. Alternativamente, pugna pelo reconhecimento de nulidade processual em razão da inversão da ordem de oitiva das testemunhas de acusação e defesa diante da expedição de carta precatória. Mantida a condenação, requer o reconhecimento das circunstâncias atenuantes previstas no art. 14, I, II e IV, da Lei n. 9.605/98, bem como o afastamento da agravante do art. 15, II, “b”, do mesmo Diploma Legal e, ainda, a desclassificação do crime.

1. Do pleito absolutório

Por primeiro, a recorrente pretende sua absolvição por atipicidade da conduta e/ou ausência de provas da materialidade e da autoria delitivas.

Segundo alega, depois de 120 dias sedimentados, os dejetos podem ser aplicados ao solo e jogados diretamente em mananciais e recursos hídricos sem prejuízo ao meio ambiente e/ou saúde pública, circunstância não sopesada pelo juízo *a quo* ao prolatar a sentença condenatória. Alega que, não bastasse isso, inexistem documentos capazes de comprovar a mortandade de qualquer tipo de vegetação, tendo inclusive o despejo sido feito em área reservada para tal finalidade, tudo numa clara demonstração da atipicidade da conduta. Sustenta, por fim, que não restou esclarecido por nenhum técnico que, de fato, ocorreu o despejo de forma voluntária a um córrego, o que ocorreu foi um acidente por excesso de chuva com entupimento das áreas de fuga das lagoas, situação de força maior que provocou o extravasamento de material poluente sem qualquer ingerência da recorrente (dolo).

Em que pese os esforços da defesa, adianta-se, a condenação é irretocável.

Nos termos do art. 54, § 2º, da Lei n. 9.605/98, constitui fato típico “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição da flora. [...] § 2º Se o crime: [...] V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.”

No que se refere à comprovação da conduta típica, o Auto de Infração Ambiental de fl. 42, o Termo de Embargo e Interdição ou Suspensão de fl. 43 e o Relatório de Vistoria e Fiscalização de fls. 44-58 são esclarecedores.

Com efeito, os agentes da FATMA, Rogério Cavazotti (fiscal) e Daniel Beltrão Bettio (engenheiro agrônomo), ao receberem denúncia de crime ambiental e procederem verificação *in loco*, descreveram no incluso relatório de fiscalização que “durante a vistoria foi constatado o lançamento indiscriminado de dejetos suínos provenientes da esterqueira considerada (D3), sendo que o lançamento estava sendo efetuado através do sistema de distribuição de dejetos (composto por moto-bomba e tubo em PVC)”. Detalharam ainda que “o lançamento estava sendo realizado diretamente no solo, em grande quantidade e de maneira irresponsável, ocasionando o acúmulo de dejetos em diversas e grandes poças”. De acordo com o a análise da matrícula do imóvel, afirmaram que “o lançamento irregular atingiu área de Reserva Legal composta, em sua maioria, de vegetação em estágio inicial de regeneração (gramíneas), bem como em faixa de Área de Preservação Permanente - APP. A deposição irregular de dejetos ocasionou danos à vegetação, especialmente pelo excesso de amônia e nitratos que leva a saturação e morte das células vegetais. Destaca-se que a capacidade poluente dos dejetos suínos, em termos comparativos, é muito superior a de outras espécies. Utilizando-se o conceito de equivalente populacional um suíno, em média, equivale a 3,5 pessoas. [...] Em alguns pontos a Área de Preservação Permanente-APP foi demarcada por estacas de madeira unidas por um fio, sendo constatado que a vegetação encontra-se em estágio inicial de regeneração natural, não sendo observado o plantio de

mudas, nem indícios de seu desenvolvimento, o que configura que as mudas ali plantadas sucumbiram por falta de tratamentos silviculturais.” (fls. 46-47).

A propósito, ao serem ouvidos em juízo, os agentes públicos não destoaram (mídias de fl. 12).

Rogel Cavazotti foi categórico ao tecer que, na qualidade de fiscal da FATMA, efetuou diligência na propriedade da ré e no local havia um cano que estava direcionado para Área de Preservação Permanente. Frisou que não havia ruptura no tanque de dejetos, ou seja, o dejetos foi bombeado para fora, onde se formam várias lagoas, várias poças de dejetos em várias partes, inclusive atingindo Área de Preservação Permanente, chegando a cair dentro do córrego. Esclareceu que os dejetos maturados até podem ser usados na lavoura, mas na Área de Preservação Permanente não.

Em uníssono, o engenheiro agrônomo Daniel Beltrão ainda agregou que a distribuição irregular havia sido feita através de uma valeta aberta manualmente que direcionava os dejetos ao córrego (era uma distribuição irregular), e no dia não constataram que a chuva fosse o motivo do derramamento. Assegurou, ainda, que a valeta passava pela APP antes do córrego, com 30 a 50 centímetros de largura, sendo que, quando chegava na APP, ela se espalhava contaminando, além do córrego, a APP. Esclareceu, também, que os dejetos de suínos são bem carregados de metais pesados e bem rico de nutrientes, razão pelo qual deve estar pelo menos 120 dias sedimentado para que possa ser aplicado ao solo e, jogados diretamente em mananciais e recursos hídricos, são bem contaminantes. Ressaltou, também, que muito embora não pudesse constatar se o esterco já estivesse maturado, mesmo que estivesse, não poderia ser despejado em córregos. A valeta onde existia os vestígios dos dejetos tinha características de terem sido produzida pelo próprio homem. Por fim, consignou “que na APP houve extravasão de dejetos, a valeta meio que finalizava e ele se espalhava na APP em direção ao córrego.”

De sua vez, a testemunha Laurice Carolina Carvalho Armstrog, bióloga e fiscal da FATMA confirmou os dados do relatório de fiscalização e da elaboração do auto de infração. Segundo ela, tinha o lançamento de dejetos suínos direto no solo e a vegetação estava toda seca por causa do excesso de nitrogênio, que tinha pego uma também uma parte da Reserva Legal. Disse lembrar que, na época, a acusada já tinha sido autuada pela Polícia Militar anteriormente pelo mesmo crime, fez algumas adequações, mas continuou praticando o mesmo crime de lançamento irregular de dejetos. Ainda, consignou que ré era cooperada de uma grande cooperativa que “pega os suínos” (mídia de fl. 12).

Dos excertos acima, pode-se concluir que: (i) houve o lançamento de dejetos suínos diretamente ao solo em APP e de Reserva Legal, causando poluição em níveis tais que poderiam resultar em danos à saúde humana e que pôs em risco o equilíbrio da área afetada; (ii) a acusada era proprietária do imóvel rural onde foi constatado o dano ambiental, caracterizando assim a sua responsabilidade pelos cuidados exigidos no desempenho das atividades de suinocultura; (iii) a acusada já havia sido autuada anteriormente pela prática do mesmo delito, portanto tinha ciência das implicações e prejuízos dele decorrentes.

É bem verdade que, instada a falar sobre os fatos, a acusada negou a prática criminosa, apenas

justificando que havia um dreno que entupiu, razão pela qual chamou uma retroescavadeira para arrumar e, ao realizar o serviço, acabou danificando a lona provocando o vazamento de um pouco de esterco na terra, situação que só foi agravada pelas fortes chuvas que assolaram a região na época, ocasionando acúmulo de material nas partes de menor declive do terreno (mídia de fl. 11). Trouxe para infirmar as suas assertivas três testemunhas - Elton Schons (prático), Frederico Rodrigues de Souza (funcionário da acusada) e Júnior Rodrigues (auxiliar da acusada) – as quais, obviamente, confirmaram a ausência de qualquer tipo de irregularidade, principalmente de escoamento em córrego (mídias de fl. 10) .

Não obstante, repise-se, os servidores da FATMA afirmaram e reiteraram diversas vezes que no momento da vistoria havia um cano de PVC direcionado para a área de reserva legal e uma vala destinando os dejetos potencialmente poluidores para um córrego, comprovando ter havido intervenção humana para a ocorrência do fato criminoso.

É de se destacar, a propósito, que o delito tipificado no art. 54, § 2º, inciso V, da Lei n. 9.605/98, segundo entendimento deste Tribunal, independe da ocorrência de dano para a sua configuração, uma vez que se trata de delito classificado como de perigo abstrato, na medida em que o risco inerente à conduta é presumido pelo tipo penal, de modo que não se exige, para a caracterização do delito, sequer a realização da prova pericial para atestar o dano ao meio ambiente ou à saúde humana (TJSC, ACr n. 0014237-82.2013.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 23.1.2020).

Na espécie, mesmo que o laudo pericial não tenha encontrado dejetos despejados diretamente sobre o solo, importante ressaltar que referida prova foi produzida em 05.12.2012, mais de um ano após os fatos narrados na exordial acusatória, de modo que, obviamente, qualquer vestígio naturalmente já teria se esvaído com o transcurso do tempo.

Logo, impossível o acolhimento do pleito absolutório.

2. Do reconhecimento de nulidade processual

Alternativamente, busca-se o reconhecimento de nulidade processual pela inversão da ordem de oitiva das testemunhas de acusação e defesa pela necessária expedição de carta precatória.

Mais uma vez, sem razão.

Com efeito, resta assente na legislação, doutrina e jurisprudência o entendimento segundo qual a inversão da ordem dos depoimentos não constitui óbice processual intransponível, uma vez que, nos moldes dos §§ 1º e 2º do art. 222 do CPP, a expedição de carta precatória não suspende a instrução criminal, que deve prosseguir em respeito ao princípio da celeridade processual (STJ, RHC 94.479/PE, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 22.5.2018, DJe 30.5.2018; TJSC, ACr n. 0001292-28.2011.8.24.0119, de Garuva, rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, 1ª CCr, j. 26.7.2018; ACr n. 0002472-40.2011.8.24.0035, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, 1ª CCr, j. 23.11.2017); ACr n.

0002075-63.2014.8.24.0103, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, 4ª CCr, j. 9.11.2017; ACr n. 0002060-25.2010.8.24.0042, de Maravilha, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 1.2.2018).

Ou seja, “havendo testemunhas a serem ouvidas em outras comarcas, não há que se respeitar a ordem estabelecida no art. 400, *caput*, do CPP. Pode o magistrado, assim que designar audiência de instrução e julgamento, determinar a expedição de precatória para ouvir todas as testemunhas de fora da Comarca, sejam elas de acusação ou de defesa” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 870).

Não fosse isso bastante, consoante se depreende do termo de fl. 10, o procurador da ré não se opôs quanto a inversão da ordem de oitiva das testemunhas - apenas requereu que o interrogatório fosse realizado após o retorno da carta precatória -, não podendo agora utilizar disso como argumento de nulidade.

Ademais, não se tem, em absoluto, demonstração efetiva de prejuízo à defesa, necessária ao acolhimento e declaração de nulidade relativa, razões pelas quais o desprovimento do reclamo também no ponto é medida imperativa.

3. Da dosimetria da pena

Finalmente, no que pertine ao pretense reconhecimento das circunstâncias atenuantes previstas no art. 14, I, II e IV da Lei 9.605/98, bem como afastamento da agravante do art. 15, II, “b”, do mesmo Diploma Legal, de igual forma não assiste razão à apelante.

Com efeito, para que a baixa escolaridade seja atenuante de pena, “o agente deve ter baixo nível intelectual e não guardar consigo suficiente noção da consequência de seu ato em face dos recursos ambientais amparados pelo tipo penal. A comprovação do baixo grau de instrução ou escolaridade e a correção lógica com a conduta imputada devem estar evidentes no caso concreto [...]. Portanto, ainda que presentes os requisitos, deve ser pesquisado se os conhecimentos tradicionais da região do crime apontam para a consciência da conduta e de seus efeitos. Em caso positivo, não deve incidir a atenuante”. (MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 230).

In casu, apesar de informar possuir ensino fundamental incompleto (fl. 243), a ré demonstrou possuir plena ciência sobre a ilicitude do ato, tanto que, em seu depoimento, negou a prática criminosa, justificando que havia um dreno que entupiu, razão pela qual chamou uma retroescavadeira para arrumar. Ora, caso não tivesse ciência da ilicitude, certamente admitiria o seu cometimento, apenas imaginando que nada de errado teria feito.

Ademais, vale destacar que “a pouca escolaridade e a extrema simplicidade do agente, por si sós, não são argumentos escorreitos para ensejar a isenção de pena prevista no art. 21, *caput*, do Código Penal, até porque, de acordo com o mesmo dispositivo legal, o desconhecimento da lei é

inescusável” (TJSC, ACr 2013.054018-8, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 21.08.2014).

De igual modo, não há morada para aplicação das atenuantes de arrependimento posterior e colaboração com os fiscais de vigilância ambiental, uma vez que, conforme registrado por ocasião do exame do mérito recursal, a ré já havia firmado compromisso para adequar e regularizar as suas atividades de suinocultura à legislação ambiental no ano de 2010 (fls. 75-79), e mesmo assim não exitou em persistir descumprindo as normas.

Aliás, a tese de que contratou uma retroescavadeira para “remediar” os danos, à míngua de qualquer prova – rememore-se que os agentes de fiscalização foram uníssonos quanto a ausência de ruptura no tanque de dejetos, mas de instalação de sistema de distribuição de dejetos composto por bomba e tudo PVC -, sequer serviria para consubstanciar a efetiva reparação do dano ambiental.

Por outro lado, a circunstância agravante deve ser mantida pelos próprios fundamentos estancados na sentença, devendo apenas receber correção quanto ao erro material da alínea – de “b” para “a” (fls. 24-25).

Isso porque, conforme motivado, é inquestionável que a ré praticou a poluição durante o exercício de sua atividade profissional objetivando, assim, auferir vantagem pecuniária quando não procedeu a todas as adaptações necessárias para a realização do seu mister.

Imperiosa, assim, a manutenção da sentença tal como prolatada.

Ante o exposto, o voto é pelo desprovimento do recurso, corrigindo, de ofício, o erro material do dispositivo utilizado para agravamento da pena, para constar art. 15, II, “a”, da Lei n. 9.605/98, nos termos da fundamentação.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0014334-97.2018.8.24.0023, Capital

Relator: Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (LEI 10.826/03, ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV); TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/03, ART. 33, *CAPUT*). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES.

RECURSO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DO TRÁFICO DE DROGAS. POLICIAIS MILITARES QUE ENCONTRAM NA RESIDÊNCIA DO AGENTE MACONHA, CRACK E COCAÍNA, BEM COMO UMA BALANÇA DE PRECISÃO E UM RÁDIO COMUNICADOR. DROGA FRACIONADA PARA VENDA. AUTORIA CONFIGURADA. ALEGAÇÃO AFASTADA.

ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA IMPOSTA. INSUBSISTÊNCIA. QUESTÃO DE POLÍTICA CRIMINAL. ENTENDIMENTO PACIFICADO DESTA CORTE NO SENTIDO DE QUE É COMPATÍVEL COM O TEXTO CONSTITUCIONAL. OUTROSSIM, EVENTUAL INCAPACIDADE FINANCEIRA QUE DEVE SER ANALISADA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL.

RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. APREENSÃO DE 35,5G DE MACONHA, 162G DE COCAÍNA E 315,6G DE CRACK. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE QUE JUSTIFICAM O AUMENTO DA PENA-BASE.

AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VARIEDADE DE DROGA E QUANTIDADE, BEM COMO AÇÃO PENAL EM CURSO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ELEMENTOS QUE PERMITEM O AFASTAMENTO DO REDUTOR. MINORANTE AFASTADA.

ALTERAÇÃO DE REGIME. PENA FIXADA ACIMA DE OITO ANOS - REGIME FECHADO.

RECURSOS CONHECIDOS. PROVIDO O ACUSATÓRIO E DESPROVIDO O DEFENSIVO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0014334-97.2018.8.24.0023, da comarca da Capital 2ª Vara Criminal em que são apelantes e apelados Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Jean Amador da Silva.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade de votos, conhecer de ambos os recursos, e dar provimento ao reclamo do ministério público para afastar o tráfico privilegiado, exasperar a pena-base e fixar o regime fechado para resgate inicial de pena, e pelo desprovimento do apelo da defesa.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer (Presidente) e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Doutor Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 16 de janeiro de 2020.

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Jean Amador da Silva, imputando-lhe a prática do delito previsto no art. 16, *caput*, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03 e art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, conforme os seguintes fatos narrados na inicial acusatória (fls. 46-49):

I. No dia 25 de setembro de 2018, por volta das 16h, policiais militares receberam informes indicando que uma residência, localizada na Rua da Apicultura, s/n, casa próxima ao n. 420, bairro Sanco Grande, nessa Comarca, funcionava como um ponto de comercialização de drogas, razão pela qual dirigiram-se ao local.

Ao aproximar-se, a guarnição avistou o denunciado Jean Amador da Silva pulando a janela da residência e evadindo-se pelo telhado da casa vizinha com uma arma de fogo em mãos. Diante disso, a guarnição deu voz de parada ao denunciado, que não foi acatada, e assim, visando evitar eminente ou injusta agressão por parte de Jean, um dos agentes públicos efetuou um disparo de arma de fogo, atingindo a perna do denunciado.

Em sequência, Jean dispensou a arma de fogo, arremessando o objeto em um matagal, e se rendeu. Em buscas pelo terreno, a guarnição logrou localizar e apreender a arma.

Assim, constatou-se que o denunciado Jean portava, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, um revólver marca Taurus, calibre .38, com a numeração de série suprimida e 6 (seis) munições calibre .38, conforme Auto de Exibição e Apreensão de p. 9.

II. Realizadas buscas na residência do denunciado, os agentes públicos constataram que Jean guardava e tinha em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, 2 (duas) porções da droga '*Cannabis sativa*' ou 'maconha', com massa bruta total de 35,5g (trinta e cinco gramas e cinco decigramas), 24 (vinte e quatro) pacotinhos de plástico branco, contendo a droga 'cocaína', em forma de pó, com massa bruta total de 8,0g (oito gramas), 100 (cem) pacotinhos de plástico azul, contendo a droga 'cocaína', em forma de pó, com massa bruta total de 90,4g (noventa gramas e quatro decigramas), 138 (cento e trinta e oito) pacotinhos de plástico branco, contendo a droga 'cocaína', em forma de pó, com massa bruta total de 37,3g (trinta e sete gramas e três decigramas), 1 (um) pacote da droga 'cocaína', em forma de pó, com massa bruta total de 26,9g (vinte e seis gramas e nove decigramas) e 1 (uma) sacola contendo a droga 'cocaína', em forma de pedra, com massa bruta total de 315,6g (trezentos e quinze gramas e seis gramas) conforme Auto de Exibição e Apreensão de p. 9 e Laudo de Constatação n. 0862/18 de p. 17.

Os entorpecentes apreendidos se destinavam à comercialização clandestina a terceiros e são substâncias capazes de causar dependência física e/ou psíquica, de uso proibido em todo o território nacional.

Foi apreendido também uma balança de precisão e um radiocomunicador objetos utilizados pelo

denunciado para praticar o delito em tela. E ainda, R\$ 33,50 (trinta e três reais e cinquenta centavos) produto do tráfico ilícito praticado por Jean.

Recebida a denúncia (fl. 52), e encerrada a instrução processual, sobreveio sentença (fl. 125-140), por meio da qual o magistrado *a quo* julgou procedente a pretensão ministerial, condenando o acusado às penas de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 176 dias-multa, arbitrados individualmente no mínimo legal, pelo cometimento dos delitos estampados no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03 e art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Inconformadas com a prestação jurisdicional, as partes interpuseram recurso de apelação.

O ministério público, em suas razões (fls. 152-167), insurge-se contra a individualização da pena, almejando seu incremento.

Alega que a quantidade e variedade da droga deve ser utilizada na primeira fase para elevar a reprimenda do acusado.

Advoga também o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06.

Subsidiariamente, pretende a diminuição da fração do redutor da lei de drogas.

Por fim, sustenta que “ao regime de cumprimento de pena fixado ao Recorrido Jean, entende o Apelante que, independente do provimento dos pleitos anteriores, diante da gravidade da ação e dos prejuízos que o tráfico de drogas traz à sociedade, a fixação de regime aberto ao Recorrido não será suficiente a atender aos objetivos da pena. Deve, pois, ser alterado para o regime fechado o início do resgate da reprimenda.”

O acusado, por sua vez, requer sua absolvição do crime de tráfico de drogas, pois ausente qualquer prova da mercancia ilícita.

Não sendo este o entendimento desta Colenda Câmara, requer o reconhecimento da inconstitucionalidade da pena de multa, pois “confere possibilidade de quitação apenas à pequena parcela da sociedade brasileira, violando, assim, o princípio constitucional da igualdade, especialmente na sua dimensão substancial, que exige, segundo a máxima aristotélica, o tratamento distinto a pessoas em situações desiguais na exata medida da desigualdade.”

Defende também que “não possuindo condições para pagar a dívida – o que provavelmente nunca poderá fazê-lo –, a pena pecuniária acaba por revestir-se de caráter perpétuo [...]”.

Foram apresentadas contrarrazões pelo órgão ministerial às fls. 216-224 e pelo acusado às fls. 191-198.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Marcílio de Novaes Costa (fls. 236-246), manifestando-se pelo conhecimento de ambos os recursos, pelo provimento do acusatório e desprovimento do defensivo.

Este é o relatório.

VOTO

Analisados os pressupostos de admissibilidade, o recurso merece ser conhecido.

1. Autoria do delito de tráfico de drogas – recurso do acusado

O crime de tráfico de drogas encontra-se tipificado no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, *in verbis*:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

É consabido que, para caracterização do delito em exame, não se mostra imprescindível que sejam apreendidos objetos comumente identificados no cenário da narcotraficância (como balança de precisão e material para embalagem da droga), tampouco que o sujeito seja flagrado no ato da mercancia ou que exista investigação prévia policial, uma vez que o art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 configura um delito que comporta diversas condutas e, em sendo assim, pode ser cometido pela prática de qualquer uma das ações previstas no tipo penal, dentre elas “ter em depósito e guardar”, bem como porque o que prepondera são as peculiaridades de cada caso concreto, mormente a dinâmica da abordagem.

Aliás, nem mesmo a quantidade e natureza da droga localizada são circunstâncias isoladas e determinantes para a configuração do delito, porquanto inexistente um critério rígido e matemático para se definir a condição de traficante.

No caso, a materialidade delitiva é inconteste, haja vista que foram apreendidos “uma balança pequena”, “um rádio comunicador de cor azul”, 35,5g de maconha, 162g de cocaína e 315,5 de *crack* (fls. 9, 17, 90-92).

Nesta toada, importante mencionar que, desde que haja a apreensão de algum tóxico na operação, não é necessário, para demonstração da materialidade do crime de tráfico, que seja localizado o entorpecente na posse direta e exclusiva do denunciado.

Até porque, no presente caso, a prova oral colhida sob o crivo do contraditório, bem como os fatos comprovados pela investigação, permitem a devida imputação dos respectivos entorpecentes ao acusado, comprovando de forma cabal a autoria delitiva.

Sobre o tema, vale mencionar o seguinte julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. Vigora no Direito brasileiro e no Direito contemporâneo em geral o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado. A condenação por tráfico de drogas e por associação para o tráfico de drogas prescinde da efetiva apreensão de entorpecentes na posse de um acusado específico, cuja responsabilidade pode ser definida racionalmente, a despeito de apreendida a droga na posse de terceiro, com base no contexto probatório, a autorizar o provimento condenatório. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à condenação. Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 103736, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 14-08-2012 PUBLIC 15-08-2012 – grifou-se).

E, ainda, desta Corte:

Apelação criminal. Crime contra a saúde pública. Tráfico de drogas envolvendo adolescente (art. 33, caput, c/c O art. 40, vi, ambos da lei n. 11.343/2006). Sentença condenatória. Recurso defensivo. Pleito absolutório. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO PRESO EM FLAGRANTE APÓS CUMPRIMENTO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. APREENSÃO DE 3 (TRÊS) PORÇÕES DE MACONHA EM PONTO APONTADO COMO LOCAL UTILIZADO POR ELE PARA A VENDA DE ENTORPECENTES. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS PROTEGIDAS INDICANDO A CONDIÇÃO DE TRAFICANTE DO APELANTE. INVESTIGAÇÕES QUE LEVARAM À EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO QUE RESTOU POSITIVADO. DEPOIMENTOS UNÍSSONOS DOS AGENTES ESTATAIS. Adolescente que confessa, ainda na delegacia, estar comercializando entorpecentes a pedido do denunciado. Retratação em juízo. Irrelevância. Nítido intuito de fazer o acusado furtar-se à responsabilidade penal. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DA DROGA NA POSSE DIRETA DO APELANTE. MANIFESTO NEXO ETIOLÓGICO POR FORÇA DO CONTEXTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA O VÍNCULO DO AGENTE COM O MATERIAL APREENDIDO NA POSSE DE TERCEIRO E NO ALVO DO MANDADO RESPECTIVO. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0001046-10.2018.8.24.0047, de Papanduva, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 04-06-2019 – grifou-se).

Dessa forma, quanto à autoria, reforça-se que esta emerge da prova testemunhal produzida tanto na fase policial como judicial.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se ao exame da prova oral.

Douglas Rodrigues da Silva, policial militar, ouvido na fase administrativa, relatou que receberam informações da central de inteligência de que haveria tráfico de drogas no local dos fatos. Deslocaram à residência citada e, quando se aproximaram, viram o acusado, com uma arma em mãos, pulando da janela para um telhado vizinho. Disse que foi dada voz de parada, porém

não foi acatada, então dispararam contra o denunciado, acertando-o na perna. Este jogou sua arma ao lote lindeiro e se entregou. Narrou que fizeram varredura pela casa e encontraram drogas fracionadas para venda e um pouco de dinheiro. A arma foi buscada e estava municada e com a numeração de série suprimida (audiovisual da fl. 27).

Em juízo, Douglas Rodrigues da Silva manteve sua narrativa. Historiou que sua guarnição foi informada pela inteligência de que em uma casa no saco grande o acusado estava comercializando drogas. Ao chegar ao local, ouviram que alguém estava tentando fugir, a residência foi cercada, e viu Jean sobre o telhado. Mandou-o ficar parado, então ele fez menção de atirar e o depoente golpeou o gatilho, acertando a perna do acusado. Após ser alvejado, Jean Amador da Silva livrou-se da arma e se rendeu. A testemunha ainda mencionou que na morada foram encontradas drogas fracionadas e no terreno vizinho a arma de fogo (audiovisual da fl. 124).

Daniel Bonatelli da Silva também atribuiu a autoria criminosa ao acusado. Relatou, sob o crivo do contraditório, que sua guarnição recebeu informação do setor de inteligência que havia um homem praticando tráfico de drogas; foram ao local, e ouviram alguns barulhos. Quando viu que vinham de uma pessoa que estava no telhado correu para a parte lateral da casa, de onde pode escutar seu companheiro dizendo “polícia, larga a arma” e em seguida o disparo. Asseverou que a situação foi controlada e fizeram buscas na casa e no terreno vizinho, encontraram na residência drogas embaladas para a venda, um pouco de dinheiro e balança de precisão. No lote ao lado, foi achada a arma de fogo (audiovisual da fl. 124).

Lucas Bittencourt de Souza, perante o juiz de direito, também imputou ao acusado os crimes de tráfico de drogas e porte de arma de fogo com numeração suprimida. Contou que tomaram conhecimento pela parte de inteligência da polícia de que havia tráfico de drogas em uma residência, foram ao local e quando chegaram ouviram um barulho de telhas, então verificaram que o acusado corria por sobre a casa com uma arma de fogo em mãos. Pediram a ele que parasse e largasse a arma, porém ele fez menção de efetuar um disparo contra a guarnição, assim revidaram e o acertaram na perna. Ele desceu e jogou a arma no terreno vizinho. Frisou que encontrou a o revólver que ele usava, mas não entrou na casa (audiovisual da fl. 124).

Dessarte, todos os policiais militares imputam ao acusado a prática do crime de tráfico de drogas.

Nesse ponto, convém anotar que não restou comprovada qualquer má-fé ou intenção em prejudicar o réu, logo, seus testemunhos merecem confiança, inclusive porquanto, no caso, foram ouvidos em audiência judicial e prestaram compromisso de dizer a verdade, inexistindo contradita da defesa.

A respeito: “A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que “os depoimentos prestados por Policiais, quando suas declarações forem coerentes, merecem acolhimento, uma vez que não infirmadas por outras provas. Porque não faria sentido o Estado credenciar agentes para exercer o serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e depois lhes negar crédito quando fossem prestar contas acerca de suas tarefas no exercício da função (TJSC, Apelação Criminal n. 2009.006293-5, Des. Rui Fortes, j. em 4/5/2010).” (TJSC, Apelação Criminal

n. 0002690-39.2015.8.24.0064, de São José, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 27-06-2017).

No tocante a alegação do acusado de que a droga foi encontrada em outra casa e que na residência onde estava não acharam ilícitos, ela é completamente isolada nos autos, não há qualquer outro elemento de prova que a ampare, salvo o próprio interrogatório do acusado.

Por essas razões, é mantida a condenação de Jean Amador da Silva pelo crime de tráfico de drogas.

Cabe ainda observar que não houve recurso da condenação pelo crime de porte ilegal de arma de uso restrito; porém, como já exposto acima, as testemunhas do processo confirmam que o acusado empunhava artefato bélico ilícito com numeração suprimida.

Diante disso, passe-se à análise da dosimetria da pena.

2. Dosimetria – aumento da pena-base – recurso do ministério público

Na primeira fase, o *parquet* busca a majoração da pena-base do acusado em virtude da quantidade e natureza da droga apreendida.

O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Nesse contexto, tem-se que, “consoante firme entendimento desta Corte, na fixação da reprimenda básica, deve-se valorar, com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, conforme o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006” (STJ, Min. Jorge Mussi)” (TJSC, Apelação Criminal n. 0000119-12.2017.8.24.0069, de Sombrio, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 26-03-2019).

Nos autos quatro elementos são aptos a agravar a pena do acusado: a diversidade da droga (maconha, crack, e cocaína), sua natureza, a quantidade (35,5g de maconha, 162,g de cocaína e 315,6 de crack, fls. 91-92) e uma ação penal em curso em que se imputa ao acusado também o crime de tráfico de drogas (0011775-70.2018.8.24.0023).

Nesse ponto, cabe frisar que o Superior Tribunal de Justiça entende que não configura *bis in idem* a aferição da quantidade e natureza da droga na primeira fase para exasperação de reprimenda e concomitantemente na terceira etapa dosimétrica para negar a minorante do tráfico privilegiado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉU QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA SOPESADA TAMBÉM NA PRIMEIRA ETAPA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT

NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

3. Concluído pela instância antecedente, com fulcro na quantia da substância apreendida - 4 tijolos de maconha (342,8g) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos, que o paciente se dedica ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. Esta Corte tem entendimento firme de que é possível a aferição da quantidade e da natureza da substância entorpecente, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base e, na terceira, para justificar o afastamento da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 - quando evidenciado o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes - sendo tal hipótese distinta da julgada, em repercussão geral, pela Suprema Corte no ARE 666.334/AM.

5. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 531.270/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 04/12/2019).

Assim, tem-se que é possível a utilização da natureza e/ou quantidade de droga para incremento da pena na primeira fase da dosimetria, sem violação ao princípio do *non bis in idem*.

Tal entendimento se extrai principalmente do art. 42 da Lei n. 11.343/2006: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

A jurisprudência não destoia:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS [ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06]. RÉU MOTORISTA DE TÁXI E APLICATIVOS (UBER) APREENDIDO COM GRANDE QUANTIDADE DE MACONHA (1.764 KG). RECURSO DA DEFESA. [...] MANUTENÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA COMO DESFAVORÁVEL. QUANTIDADE DE DROGAS VALORADA NA PRIMEIRA FASE NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. “A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. - No caso, a exasperação das penas-base dos pacientes acima mínimo legal, tomando por base a nocividade do entorpecente apreendido - crack -, constitui motivação idônea para tal fim, pois em consonância à jurisprudência desta Corte. Precedentes. - O fato de o sentenciante ter destacado, para exasperar as penas-base, apenas a nocividade da droga apreendida não viola o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, pois este não exige a cumulatividade dos requisitos referentes à quantidade e à natureza do entorpecente. - Habeas corpus não conhecido. (HC 358.166/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 26/08/2016). AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. ENTRETANTO,

FRAÇÃO FIXADA NO IMPORTE DE 1/4 (UM QUARTO). CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE NÃO JUSTIFICAM A EXASPERAÇÃO NESSE IMPORTE. READEQUAÇÃO E APLICAÇÃO DA RAZÃO DE 1/6 (UM SEXTO). [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0000499-58.2018.8.24.0050, de Pomerode, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 18-06-2019 - grifou-se).

Isto é, entende-se que, aos traficantes envolvidos com maiores quantidades de entorpecentes e/ou absortos no comércio de drogas mais lesivas à saúde humana (como por exemplo, o crack - conhecido, inclusive, como “pedra da morte”), em atenção ao princípio da individualização da pena, deve ser imposta pena com maior rigor, haja vista que seria desproporcional e desarrazoado equipará-los aos agentes criminosos que realizam a venda apenas de maconha, por exemplo (entorpecente de menor nocividade).

A propósito, a doutrina de Renato Brasileiro Lima também leciona:

Como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva a substância ou quando maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa. De fato, não se pode equiparar a conduta daquele que é preso com um quilograma de maconha com a daquele que é preso com um quilograma de cocaína, já que esta droga tem um caráter viciante e destrutivo bem mais elevado que aquela. (Legislação Criminal Especial Comentada. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 803).

No caso, frisa-se que o acusado foi apreendido com *crack*, cocaína e maconha, sendo que “a pedra” era portada em quantidade significativa.

Logo, a natureza, a diversidade da droga e a quantidade permitem o aumento da pena-base de Jean Amador da Silva

Então, nesta etapa, é aplicado o aumento de pena de 1/6, acarretando na pena-base de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa.

Quanto a pena do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, esta é mantida no mínimo legal (3 anos de reclusão e 10 dias-multa).

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes e por essa razão não há alteração nas reprimendas.

3. Afastamento do tráfico privilegiado – recurso do ministério público

Por fim, na etapa derradeira, quanto ao delito de drogas, incidiu, em primeiro grau, a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Nesse ponto, o ministério público pretende o afastamento da causa especial de diminuição de pena.

Assiste razão ao *parquet*.

Observa-se dos autos que o acusado foi apreendido com tipos diversos de droga (maconha, crack, e cocaína), algumas de natureza grave, em quantidade que não pode ser considerada ínfima (35,5g de maconha, 162g de cocaína e 315,6 de crack, fls. 91-92) e, além disso, possui uma ação penal em curso em que lhe é atribuída a prática de tráfico de drogas (0011775-70.2018.8.24.0023).

Esses elementos justificam o afastamento do redutor, pois apontam que o acusado se dedica a prática na narcotraficância.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, em sede de *habeas corpus*, tem decidido manter o afastamento do redutor do tráfico de drogas:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. LICITUDE DA PROVA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas de natureza permanente, assim compreendido aquele cuja a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão ou autorização judicial para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, conforme ressalva o art. 5º, XI, da Constituição Federal. 3. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. 4. No caso, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que, após chegada ao local para averiguação de “denúncia anônima” recebida de um casal de suposta prática de preparo das substâncias e de tráfico ilícito de entorpecentes, dois indivíduos perceberam a presença dos policiais e correram para dentro do imóvel, momento em que os policiais decidiram ingressar na residência e apreenderam 141 porções de crack (42,56g), 138 de cocaína (27,19g) e 111 de maconha (336,87g), além de peneiras, um liquidificador, um rolo de plástico filme e um prato, todos com resquícios de uma substância na coloração branca. 5. É inviável a apreciação por esta Corte Superior do pleito de reconhecimento da atenuante de confissão espontânea, prevista no art. 65, III, “d”, do Código Penal, sob pena de indevida supressão de instância, posto que o tema não foi debatido no Tribunal de origem. 6. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). 7. Concluído pela instância antecedente, com fundamento na quantidade e na variedade de drogas - 141 porções de crack (42,56g), 138 de cocaína (27,19g) e 111 de maconha (336,87g) -, assim como nos demais elementos constantes dos autos (apreensão de petrechos utilizados para preparo e individualização da substância), que o paciente se dedica

ao tráfico de drogas, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. 8. O regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em razão da aferição negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram o aumento da pena-base, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. 9. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal). 10. Habeas corpus não conhecido. (HC 530.121/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME PRISIONAL. MODO INTERMEDIÁRIO ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006). 3. Hipótese em que o Tribunal de origem negou a aplicação da minorante por entender que a quantidade dos entorpecentes apreendidos (219,8 gramas de maconha e 1,6g de cocaína) e o registro de atos infracionais na adolescência, inclusive análogos ao tráfico de entorpecentes, comprovam a habitualidade delitiva do paciente. Logo, a alteração desse entendimento - para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes. 4. Esta tem Corte decidido que o envolvimento do paciente quando menor em atos infracionais, sobretudo quando relacionados ao crime de tráfico de entorpecentes, podem justificar a não aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto demonstra a dedicação do agente a práticas criminosas. 5. Mantido o quantum da pena do paciente em patamar superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, inviável a fixação do regime aberto, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos exatos termos dos arts. 33, § 2º, “b”, e 44, I, ambos do Código Penal. 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 537.485/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019).

Por essa razões, afasto o redutor, tornando definitiva as penas de 5 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa para o tráfico de drogas e 3 anos de reclusão de 10 dias-multa para o delito de porte ilegal de arma de uso restrito.

Diante do concurso material de crimes, a pena é estipulada em 8 anos e 10 meses de reclusão e 593 dias-multa.

4. Inconstitucionalidade da pena de multa – recurso do acusado

Por fim, o acusado requer o afastamento da pena de multa, ao argumento de que ela é inconstitucional.

No entanto, tem-se que não há falar em inconstitucionalidade da pena de multa prevista pela Lei n. 11.343/2006, uma vez que se trata de política criminal, estabelecida pelo legislador justamente para desestimular a prática de crimes que envolvam o tráfico de drogas, os quais assolam em grande parte este país, representando, inclusive, um dos principais problemas sociais que afetam a sociedade como um todo - situação que justifica a diferenciação existente entre o número máximo e mínimo de dias-multa em relação ao art. 49, *caput*, do Código Penal e que encontra amparo no art. 5º, XLVI, “c”, da Constituição Federal.

Acerca da matéria pacificada nesta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, C/C §4º, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. [...] INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA. NÃO OCORRÊNCIA. QUESTÃO DE POLÍTICA CRIMINAL. COMPATIBILIDADE COM O TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0022436-16.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 14-02-2019 - grifou-se).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS MAJORADO PELO ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT, § 4º C/C ART. 40, VI). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PENA DE MULTA. APLICAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 49 DO CÓDIGO PENAL. INSUBSISTÊNCIA. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE INEXISTENTE. DISTINÇÃO DO LEGISLADOR EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E COM A FINALIDADE DE DESESTIMULAR A PRÁTICA DO REFERIDO CRIME. SENTENÇA MANTIDA. - O pedido de redução da multa-tipo por ausência de condições financeiras para honrar com o pagamento do valor fixado pela sentença penal condenatória não pode ser conhecido, pois eventual impossibilidade de pagamento deverá ser apreciada pelo Juízo da Execução Penal. [...] - A aplicação da pena de multa no crime de tráfico de drogas obedece o preceito secundário do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, de modo que não há falar em inconstitucionalidade, porquanto se trata de lei especial em relação ao Código Penal, cuja distinção atende o princípio da proporcionalidade e visa justamente desestimular a prática do referido delito. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovidimento do recurso. - Recurso conhecido em parte e desprovido. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000059-91.2018.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 14-02-2019 - grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, “CAPUT”, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. [...] TESE DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PENA DE MULTA PREVISTA NA LEI DE DROGAS. REJEIÇÃO. COMPATIBILIDADE COM O TEXTO CONSTITUCIONAL. “O legislador infraconstitucional objetivou punir mais severamente o agente que comete o crime de tráfico de drogas, o qual é altamente reprovável, motivo de diversos outros crimes e que prejudica a sociedade como um todo, visando lucro fácil e sem muito esforço, de forma que não há falar em inconstitucionalidade da pena de multa constante do preceito secundário do tipo penal incriminador” (Apelação Criminal n. 0001083-62.2015.8.24.0008, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 3/3/2016)”. (Apelação Criminal n. 0009972-23.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 5-12-2017). [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0010188-81.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Alexandre d’Ivanenko, Quarta Câmara Criminal, j. 13-12-2018 - grifou-se).

Por essas razões, incabível o acolhimento da alegada inconstitucionalidade da pena de multa cominada na Lei n. 11.343/2006, de maneira que mantém-se a sanção pecuniária imposta, porquanto “considerando que a multa integra preceito secundário do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei de Drogas, a sua aplicabilidade e valoração não fica a cargo da discricionariedade do Poder Judiciário. Na hipótese, a multa foi fixada com correção técnica e proporcionalidade à pena privativa de liberdade. No mais, a lei viabiliza o parcelamento no Juízo de Execução (art. 169 da Lei n.º 7.210/1984)” (TJSC, Apelação Criminal n. 0002335-25.2015.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. 02-04-2019).

Isto é, eventual impossibilidade financeira deve ser analisada pelo Juiz da Execução Penal.

Assim, sem razão o acusado.

5. Regime fechado – recurso do ministério público

No tocante ao regime de resgate de reprimenda, este deve ser fixado no fechado, diante do *quantum* de pena imposto. (CP, art. 33, § 2º, “a”).

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento de ambos os recursos, pelo provimento do reclamo do ministério público para afastar o tráfico privilegiado; exasperar a pena-base e fixar o regime fechado para resgate inicial de pena; e pelo desprovimento do apelo da defesa.

Este é o voto.

Agravo de Execução Penal n. 0011966-51.2019.8.24.0033, de Itajaí

Relator: Des. Luiz Cesar Schweitzer

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL (LEI 7.210/1984, ART. 197). DECISÃO QUE INDEFERIU POSTULAÇÃO PARA VISITA DE COMPANHEIRA. INSURGIMENTO DO REEDUCANDO.

ADUZIDA POSSIBILIDADE DE QUE SUA CONVIVENTE LHE ENCONTRE NO ERGÁSTULO EM QUE RECOLHIDO. INVIABILIDADE. GERENTE DO PRESÍDIO QUE EXPLICOU HAVER RECEIO DA PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS PELO CASAL, TENDO EM VISTA QUE AMBOS FORAM CONDENADOS POR TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES, ESTANDO A FEMININA, ADEMAIS, CUMPRINDO PENA EM REGIME PRISIONAL ABERTO. ANÁLISE JUDICIAL RESTRITA À LEGALIDADE DO PRONUNCIAMENTO ADMINISTRATIVO. UNIDADE PRISIONAL, NESTE PONTO, QUE DETÉM PLENO DOMÍNIO DAS SUAS CONDIÇÕES ESTRUTURAIS E FÍSICAS E, ENTÃO, CONHECIMENTO DE COMO TAL PROCEDIMENTO PODE OU NÃO GARANTIR A SEGURANÇA DO LOCAL. EXEGESE DO ART. 41, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEP. PRECEDENTES.

Considerando que o cumprimento da pena é supervisionado concomitantemente pelos Poderes Judiciário e Executivo, cabe a este os pronunciamentos acerca da conveniência e oportunidade do exercício do direito de visitas ao recluso, dado o caráter discricionário de sua atuação, competindo àquele, então, somente o controle da legalidade de ato administrativo do diretor de estabelecimento prisional, não podendo decidir sobrepondo-se à atribuição deste.

PRONUNCIAMENTO CONSERVADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0011966-51.2019.8.24.0033, da comarca de Itajaí (Vara de Execuções Penais), em que é agravante Carlos Antônio Feltz Machado e agravado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

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

Participaram do julgamento, realizado no dia 12 de março de 2020, foi presidido pela os Exmos. Srs. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza e Antônio Zoldan da Veiga.

Representou o Ministério Público a Exma. Sra. Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 24 de março de 2020.

Luiz Cesar Schweitzer
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo em execução penal interposto por Carlos Antônio Feltz Machado contra decisões lavradas pela MM. Juíza de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Itajaí, consubstanciadas no indeferimento do pedido formulado por sua companheira Bruna Rocha para lhe visitar na unidade prisional em que se encontra recolhido e no subsequente conhecimento e rejeição de correlatos embargos de declaração.

Em síntese, sustenta o agravante o desacerto do pronunciamento objurgado, ao argumento de que “[...] a decisão administrativa que vedou a realização de visitas viola o disposto no art. 41, X, da LEP, vez que não foi devidamente fundamentada e está calcada em juízo meramente hipotético sem qualquer respaldo concreto” (*sic*, fls. 3).

Explica, ademais, que o fato de sua convivente ostentar condenação criminal não é motivo suficiente para tolher o seu direito de visitas, especialmente porque aquela obteve autorização do juízo que fiscaliza a execução de sua pena para encontrar o apenado no ergástulo.

Em suas contrarrazões, o Promotor de Justiça oficiante pugna pelo inacolhimento da insurgência.

Realizado o juízo de retratação, o pronunciamento restou mantido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça Odil José Cota, opinou pelo conhecimento e desprovimento do reclamo.

É o relatório.

VOTO

Presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, conhece-se da irresignação e passa-se à análise do seu objeto.

Consoante relatado, pleiteia o apenado a possibilidade de receber visitas de Bruna Rocha, sob o argumento de que a decisão administrativa é ilegal, violando o disposto no art. 41, X, da LEP, porquanto não foi devidamente fundamentada, uma vez que as razões expostas não são suficientes para impedir o encontro do casal no Presídio Masculino do Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí.

Razão não lhe assiste.

O exame dos autos de execução penal n. 0002756-32.2016.8.24.0113 através do Sistema de Automação da Justiça do Primeiro Grau - SAJ/PG5 evidencia que Carlos Antônio Feltz Machado cumpria penas unificadas em dez anos, dez meses e vinte dias no regime prisional fechado (fls.

145-147) quando sua companheira postulou ao Juízo da execução penal autorização para visitá-lo.

Inicialmente, a pretensão foi indeferida por entender não se encontrar a requerente no rol de pessoas autorizadas previsto no item 19 da Instrução Normativa 001/2010/DEAP/GAB/SSP (fls. 25-26).

Provocada a novamente decidir sobre a questão através da oposição de embargos de declaração, a Togada singular manteve sua posição, então sob os bem lançados fundamentos:

Analisando os autos, a negativa da unidade, deu-se em razão da requerente ter sido condenada nos autos n. 0003199-12.2018.8.24.0113 por crime capitulado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 e, em razão disso, existe receio real de atividade criminosa conjunta, uma vez que o apenado responde por crimes da mesma espécie.

De outro lado, a LEP dispõe que:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

(...)

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

Como deixa clara a redação do artigo, embora o recebimento de visitas pelo preso se trata de um direito, não é absoluto, podendo ser suspenso ou restringido por ato motivado da direção do estabelecimento.

Enquanto a suspensão se trata de espécie de sanção administrativa (art. 53, da LEP), ou seja, o direito já existia, mas vê seu exercício temporariamente suspenso, a restricção se trata do exercício de controle realizado pela direção do estabelecimento.

A solução da LEP parece evidentemente adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, vez que o apenado encontra-se sobre a tutela do Estado, em um sistema híbrido.

A custódia direto do apenado se dá através do Poder Executivo, que administra o estabelecimento penal. O dia a dia do interno é administrado, portanto, pela direção do ergástulo público.

Ao Poder Judiciário compete a fiscalização da boa execução do resgate da pena pela Administração Pública (função de Corregedoria), bem como a análise e concessão de pedidos atinentes à execução penal (progressões, regressões, somas, indultos, comutações e etc).

Nesta lógica, a regra esculpida na LEP apenas reforça esta lógica. A Direção do Estabelecimento analisará os pedidos de visita ao interno, sendo a regra a concessão. Poderá, todavia, excepcionalmente e mediante ato fundamentado restringir tal exercício, desde que fundamente o ato, de acordo com a realidade pessoal do interno, do visitante, do estabelecimento, ou dos demais internos e peculiaridades do caso.

Logo, a função do juízo da execução penal, em matéria de visitas é meramente de controle do ato administrativo.

Havendo insurgência em relação a solução adotada pela direção, não é competência do Judiciário rever seus fundamentos, até porque a própria LEP dispõe que é poder do Diretor restringir o direito a visitas (art. 41,

parágrafo único, da LEP), ou seja, é vedado ao juiz proferir nova decisão substitutiva.

O que é feito, portanto, é uma análise da legalidade. O indeferimento é formal (proferido por meio escrito, coerente, por autoridade competente) e materialmente adequado (a fundamentação é idônea).

Ponderado tudo isso e analisando o caso concreto, temos que a decisão administrativa é formalmente válida, devidamente emitida, por escrito, pela autoridade competente.

Em relação ao aspecto material, verifica-se que o ato foi devidamente fundamentado, ou seja, por critérios de segurança e manutenção da ordem do próprio ergástulo, já que a negativa administrativa se deu em virtude da requerente cumprir pena no PEC n. 0003199-12.2018.8.24.0113 e não em virtude dela não ser uma das pessoas listados na normativa nº001.

Diante do exposto, **CONHEÇO** dos embargos, porquanto tempestivos, e **NEGO-LHES** o provimento (*sic*, fls. 29-30).

Acertado o pronunciamento em questão.

Com efeito, dispõe a Lei de Execução Penal que “Constituem direitos do preso: [...] visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados” (art. 41, *caput* e X), porém tal prerrogativa poderá ser “[...] suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento” (parágrafo único).

Sob esse prisma, extrai-se que, de fato, cabe ao estabelecimento a resolução acerca da conveniência e oportunidade do exercício do direito de visita ao recluso, competindo ao Poder Judiciário apenas examinar sua legalidade sem, entretanto, adentrar no mérito administrativo.

Acerca da natureza discricionária dessa decisão da unidade prisional, colhe-se da doutrina o ensinamento de Norberto Avena:

Também há controvérsia quanto à possibilidade de a suspensão ou restrição dos direitos referidos partir do diretor da casa prisional, conforme a literalidade do art. 41, parágrafo único, da LEP. Nesse contexto, há quem defenda que, dadas a jurisdicionalização da execução e a natureza dos direitos que podem ser suspensos ou restringidos, ao juízo da execução criminal caberia a adoção de tais medidas. Essa tese, contudo, não prospera, compreendendo a jurisprudência majoritária que a questão em tela concerne à esfera administrativa e, assim, deve ser analisada pelo diretor da unidade prisional, nos termos da lei, descabendo ao Poder Judiciário até mesmo adentrar no chamado mérito administrativo das medidas adotadas, apenas podendo interferir no aspecto da legalidade ou não dessas providências.

As medidas de suspensão ou restrição dos direitos podem ser adotadas individual ou coletivamente, exigindo, em qualquer caso, a motivação, devendo ser estabelecidas por prazo determinado. Caso aplicadas pela direção da casa prisional sem que estejam presentes circunstâncias fáticas que as autorizem, ou impostas imotivadamente, podem elas ser impugnadas mediante as vias judiciais cabíveis, como o *mandado de segurança*, sem prejuízo da possibilidade de instauração de incidente de excesso ou desvio da execução, nos moldes do art. 185 da LEP (*Execução penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 77).

Nesse sentido os agravos de execução penal n. 0010513-89.2017.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo, j. 15-2-2018, e n. 0002189-98.2017.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 19-10-2017.

De toda sorte, havendo flagrante incorreção por parte da autoridade penitenciária, é medida sensata o reexame da matéria por parte do Poder Judiciário, sob pena de encapsular-se a compreensão administrativa dos acontecimentos em invólucro impenetrável, situação vedada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

Posto isso, verifica-se que o Gerente do Presídio Masculino do Complexo Penitenciário do Vale do Itajaí explicou que Bruna Rocha está cumprindo pena no regime aberto no PEC n. 0003199-12.2018.8.24.0113 em trâmite na comarca de Camboriú e proibida de se ausentar daquela circunscrição sem anuência judicial, bem assim que “[...] o fato de a requerente ter sido condenada pelo crime de tráfico de drogas é suficiente para indeferir o pedido de visitas ao interno, inclusive, por critérios de segurança e manutenção da ordem do próprio ergástulo” (*sic*, fls. 21). Complementou, ao final, “[...] que a negativa não é apenas baseada no fato de estar condenada, mas no receio real de que há indícios de atividades criminosas conjunta, pois o recluso responde a processos criminais também por tráfico de entorpecentes, havendo riscos decorrentes deste fato” (*sic*, fls. 22).

No que concerne ao argumento de que a companheira do reeducando não possui autorização para se retirar do local onde sua execução é fiscalizada, verifica-se a incorreção da decisão administrativa, porquanto se extrai das fls. 18-19 que a Magistrada da Vara Criminal da comarca de Camboriú permitiu, nos autos do processo de execução penal n. 0003199-12.2018.8.24.0113 “[...] a pessoa de **BRUNA ROCHA** a ausentar-se da Comarca de **CAMBORIÚ/SC, uma vez por semana**, com o fito de deslocar-se até a cidade de **Itajaí/SC**, sem prejuízo das demais condições impostas, as quais deverão ser por ela observadas mesmo que ausente dos limites da jurisdição” (*sic*, fls. 18).

Todavia, não há ilegalidade na justificativa de que há receio real de que com as visitas iniciem as atividades criminosas conjuntamente entre o casal, dado que ambos sofreram condenações por tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, e que o indeferimento do pedido se mostra necessário por critérios de segurança e manutenção da ordem.

Isso porque, sendo o responsável direto pela fiscalização do ergástulo e, portanto, conhecedor tanto das situações de suas instalações quanto de pessoal, ninguém melhor que seu gerente para indicar se possuem condições de, com tais procedimentos, garantir a integridade do espaço.

Não cabe ao Poder Judiciário decidir sobre a conveniência administrativa de alocar pessoal e estrutura física, pois não tem conhecimento das prioridades enfrentadas pela administração prisional.

Dessa maneira, não há razão para alterar o mérito do pronunciamento exarado na esfera administrativa.

Nesse diapasão, extrai-se do acervo de julgados da Corte precedente análogo à espécie em apreço e observado também pela douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 50-51):

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE VISITA. COMPANHEIRA CONDENADA NO MESMO PROCESSO QUE O REEDUCANDO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E QUE ATUALMENTE CUMPRE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. ATO DISCRICIONÁRIO DO DIRETOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL DEVIDAMENTE MOTIVADO. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA ORDEM E DA SEGURANÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Agravado de Execução Penal n. 0009416-83.2019.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo, j. 17-12-2019).

Ao arremate, imperioso consignar que não se trata de medida de caráter perpétuo, pois, ao analisar o processo de execução penal n. 0003199-12.2018.8.24.0113, constata-se que Bruna Rocha foi condenada à pena de um ano e oito meses de reclusão, possui dois dias de detração e compareceu em audiência admonitória para iniciar o respectivo resgate em 23-11-2018 (fls. 40-41), de modo que, por certo, logo terá sua sanção completamente saldada, o que lhe permitirá novamente pleitear a visita ao companheiro.

Por tais razões, irretocável a decisão profligada.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Apelação Criminal n. 0002660-85.2015.8.24.0037, de Joaçaba

Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA. FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). INSERÇÃO DE DADO FALSO EM FICHA DE CONTROLE DE FREQUÊNCIA DE ALUNO MATRICULADO EM CENTRO DE FORMAÇÃO DE CONDUTOR (CFC). REFERÊNCIA A HORAS/AULA NÃO MINISTRADAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO CONFIGURAÇÃO. VONTADE DIRIGIDA À ALTERAÇÃO DA VERDADE SOBRE FATO JURIDICAMENTE RELEVANTE. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO. NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE OITIVA JUDICIAL DE TODAS AS VÍTIMAS ENVOLVIDAS. IRRELEVÂNCIA. PROVAS COLHIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO QUE APONTAM A EXISTÊNCIA DE ESQUEMA VISANDO SONEGAR AULAS PRÁTICAS DE DIREÇÃO EM CENTRO DE FORMAÇÃO DE CONDUTORES. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002660-85.2015.8.24.0037, da comarca de Joaçaba Vara Criminal em que são Apelante(s) Maria Salete Cavalheiro da Silva Moslinger e outro e Apelado(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Luiz César Schweitzer e o Exmo. Sr. Desembargador Antônio Zoldan da Veiga.

Compareceu à sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho.

Florianópolis, 25 de junho de 2020

Luiz Neri Oliveira de Souza
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Joaçaba, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Maria Salete Cavalheiro da Silva Moslinger, Atenilson Antônio Moslinger e Luiz Carlos Belotto, os dois primeiros pela prática dos crimes previstos no artigo 299 (documento público), c/c artigo 71 (19 vezes) do Código Penal, e artigo 304, c/c artigo 71 (2 vezes) do Código Penal, em concurso

material (artigo 69 do CP); e o último apenas pelo crime previsto no art; 299 do Código Penal (por uma vez), conforme os seguintes fatos descritos na inicial acusatória, *in verbis* (fls. 47-54):

Inferre-se dos autos de inquérito policial incluso que nos anos de 2014 e 2015, em reiteradas oportunidades, os denunciados Maria Salete Cavalheiro da Silva Moslinger e Atenilson Antônio Moslinger, proprietários do Centro de Formação de Condutores Estrela, localizado na Av. XV de Novembro, 745, Centro de Joaçaba, e do Centro de Formação de Condutores Treze Tílias, localizado na Rua José Bonifácio, 151, em Treze Tílias, inseriram e fizeram inserir informações falsas em documentos públicos, com o fim de alterar verdade sobre fato juridicamente relevante, e fizeram uso de documentos sabidamente falsos.

O denunciado Luiz Carlos Beloto, na data de 31 de março de 2015, também fez inserir informação falsa em documento público.

Fato 1:

Os denunciados Maria Salete e Atenilson são proprietários dos Centros de Formação de Condutores Estrela e Treze Tílias, ambos credenciados junto ao DETRAN para a ministração dos cursos exigidos para a confecção e a renovação de Carteiras Nacionais de Habilitação (CNHs).

Os CFCs administrados pelos denunciados ficavam responsáveis pela autuação dos processos administrativos a ser, posteriormente, protocolizados junto ao órgão de trânsito, recolhendo os documentos pessoais do candidato; ministrando aulas teórico-técnicas e encaminhando o candidato para o respectivo teste; encaminhando o candidato para a avaliação psicológica e para o exame de aptidão física e mental; ministrando aulas práticas de volante e encaminhando o candidato para o exame de prática de direção veicular.

O curso de prática de direção veicular a ser ministrado pelos centros de formação de condutores deve atender às regras estabelecidas nas Resoluções do CONTRAN n. 168/2004 e n. 358/2010, com as alterações dadas pela Resolução 493/2014, e na Portaria do DETRAN n. 655/20141.

Buscando cooptar um maior número de alunos, os denunciados praticavam preços bem inferiores àqueles oferecidos pelos concorrentes. Para sustentar esses valores e ainda assim garantir a lucratividade do negócio, eles burlavam as normas legais, especialmente no que se refere à quantidade de horas/aulas ministradas no curso de prática de direção veicular e aos horários dessas aulas.

Visando legitimar sua conduta e validar os processos administrativos de confecção e renovação de CNH junto ao DETRAN, os denunciados passaram a fraudar os procedimentos, inserindo e fazendo inserir informações falsas no denominado “Controle de Frequência de Aulas Práticas - CFAP”.

As fraudes engendradas pelos denunciados consistiam no seguinte: a) utilização de instrutores não habilitados para a ministração de aulas práticas de direção para determinadas categorias, fazendo constar o nome de instrutor diverso; b) registro de aulas práticas de direção não realizadas ou realizadas em datas e horários diversos; c) registro de quilometragem inicial e final dos veículos utilizados na ministração das aulas diversa da constante nos hodômetros dos veículos.

Para levar a efeito as fraudes acima mencionadas, os denunciados ordenavam aos instrutores, seus subordinados, e responsáveis pelo preenchimento dos CFAPs, que inserissem dados inverídicos nos mencionados documentos, fornecendo previamente a eles planilhas manuscritas contendo as datas e horários das aulas e a quilometragem dos veículos a ser preenchidos.

Assim agindo, nos dias 14 de abril e 1º de julho de 2014, os instrutores Paulo R. S. Ramos e Gleidson Kozlinski, obedecendo às ordens dos empregadores, os denunciados Maria Salete e Atenilson, inseriram nos

Controles de Frequência de Aulas Práticas de fls. 142 e 144 - autos 2660-85, em nome de Tatiane Polo Tanelo (fl. 131 - autos 2660-85), datas e horários de aulas diversos e em quantidade bem superior às realmente ministradas.

Eles fizeram com que a candidata assinasse no campo correspondente a 20 (vinte) aulas de direção e 20 (vinte) de pilotagem, quando na verdade ela realizou não mais do que 10 (dez) aulas.

Para legitimar a fraude, informaram falsamente a quilometragem inicial e final dos veículos utilizados nas aulas, registrando um número aleatório que não corresponde àquele constante nos respectivos hodômetros.

No dia 19 de junho de 2014, sob às ordens dos denunciados, o instrutor Gleidson Kozlinski novamente inseriu no Controle de Frequência de Aulas Práticas de fl. 192 - autos 2660-85, em nome de João Pedro Scheurich (fl. 182 - autos 2660-85), datas e horários de aulas diversos e em quantidade superior às realmente ministradas.

Posteriormente, ele informou falsamente a quilometragem inicial e final do veículo utilizado nas aulas, registrando um número aleatório que não corresponde àquele constante no hodômetro.

Na data de 30 de dezembro de 2014, um instrutor não identificado, sob o comando dos denunciados, inseriu no Controle de Frequência de Aulas Práticas de fl. 566 - autos n. 2845-26, em nome de Sérgio Reis Fernandes (fls. 548 - autos n. 2845-26), candidato à alteração de categoria de sua CNH, datas e horários de aulas diversos e em quantidade superior às realmente ministradas.

Tal pessoa fez com que o candidato assinasse no campo correspondente a 20 (vinte) aulas, quando na verdade realizou apenas 2 (duas) aulas, sempre no período da manhã.

O documento de fl. 566 dos autos n. 2845-26, ainda, consta o nome do instrutor como sendo Maria Salete Moslinger, habilitada à ministração de aulas para a categoria "D", sendo que, na realidade, as aulas foram ministradas por um instrutor do sexo masculino.

Ainda, foi informada falsamente a quilometragem inicial e final do veículo utilizado nas aulas, registrando um número aleatório que não corresponde àquele constante no hodômetro.

Na data de 20 de janeiro de 2015 a instrutora Ivanir Bortoli Neumays, sob às ordens dos denunciados, inseriu no Controle de Frequência de Aulas Práticas de fl. 616 - autos n. 2845-26, em nome de Simone Silva (fl. 603 - autos n. 2845-26) datas e horários de aulas diversos das realmente ministradas, uma vez que a candidata nunca participou de aulas no período noturno.

No dia 28 de fevereiro de 2015 o instrutor Gleidson Kozlinski, sob às ordens dos denunciados, inseriu no Controle de Frequência de Aulas Práticas

de fl. 582 - autos n. 2845-26, em nome de Karina Alberti da Fonseca (fl. 569 - autos n. 2845-26) datas e horários de aulas diversos, uma vez que a candidata nunca participou de aulas depois das 19h.

Nas duas oportunidades acima mencionadas, os instrutores informaram falsamente a quilometragem inicial e final dos veículos utilizados nas aulas, registrando um número aleatório que não corresponde àquele constante no respectivo hodômetro.

No início do ano de 2015 os denunciados Maria Salete e Atenilson, em comum acordo, deram entrada ao processo de alteração de categoria da CNH em nome de Márcio Luiz Maier (fl. 259 - autos n. 2660-85), morador da cidade de Palmas/PR.

Para justificar a obtenção de CNH em localidade diversa de seu domicílio, o denunciado Atenilson orientou o candidato a apresentar comprovante de residência falso, consistente no contrato de aluguel do imóvel onde reside a filha deste, na Rua Guilherme Luginsland, 295, apto 504, Bairro Flor da Serra, em Joaçaba (fls.

248-253 – autos n. 2660-85).

Mesmo tendo ciência da falsidade da informação, os denunciados fizeram com que ela fosse inserida nos documentos que instruíram o processo protocolizado junto ao DETRAN (fls. 243-253 – autos n. 2660-85).

Em continuidade à ação delituosa, nos dias 7 de março e 17 de abril de 2015, obedecendo às ordens emanadas dos denunciados Maria Salete e Atenilson, Fabieli Fachin e Gleidson Kozlinski fizeram inserir nos Controles de Frequência de Aulas Práticas de fls. 18 e 20 – autos n. 2660-85, em nome de Juliana Gemeli (fl. 7 – autos n. 2660-85), datas e horários de aulas diversos e em quantidade superior às realmente ministradas.

Para legitimar a fraude, eles informaram falsamente a quilometragem inicial e final dos veículos utilizados nas aulas, registrando um número aleatório que não corresponde àquele constante nos respectivos hodômetros.

Na data de 16 de maio de 2015, em cumprimento às determinações dos denunciados Maria Salete e Atenilson, o instrutor Fernando Menegat inseriu no Controle de Frequência de Aulas Práticas de fl. 598 – autos n. 2845-26, em nome de Natane Daniele Ribeiro (fl. 588 – autos n. 2845-26), datas e horários de aulas diversos às realmente ministradas à candidata, que não participou de nenhuma aula no período noturno.

No dia 9 de junho de 2015, mais uma vez obedecendo às ordens dos denunciados, o instrutor Fernando Menegat inseriu no Controle de Frequência de Aulas Práticas de fl. 93 – autos n. 2660-85, em nome de Gelson Pizzi (fl. 90 - autos n. 2660-85), candidato à alteração de categoria de sua CNH, datas e horários de aulas diversos e em quantidade superior às realmente ministradas ao candidato.

O documento de fl. 93 – autos n. 2660-85, ainda, consta o nome do instrutor como sendo Maria Salete Moslinger, habilitada à ministração de aulas para a categoria “D”, sendo que, na realidade, as aulas foram ministradas pelo instrutor Fernando Menegat.

Para legitimar a fraude, foi informado falsamente a quilometragem inicial e final do veículo utilizado nas aulas, registrando um número aleatório que não corresponde àquele constante no hodômetro.

No dia 12 de junho de 2015, sempre sob as ordens dos denunciados Maria Salete e Atenilson, o instrutor Fernando Menegat mais uma vez inseriu no Controle de Frequência de Aulas Práticas de fl. 73 - autos n. 2660-85, em nome de Ademir Roberto Concatto (fl. 64 - autos n. 2660-85), candidato à alteração de categoria de sua CNH, datas e horários de aulas diversos e em quantidade superior às realmente ministradas.

Ele fez com que o candidato registrasse a presença, mediante assinatura, em 20 (vinte) aulas, quando na verdade lhe foi ministrada apenas uma.

O documento de fl. 73 - autos n. 2660-85, ainda, consta o nome do instrutor como sendo Maria Salete Moslinger, habilitada à ministração de aulas para a categoria “D”, sendo que, na realidade, a aula foi ministrada pelo instrutor Fernando Menegat.

Para legitimar a fraude, foi informado falsamente a quilometragem inicial e final do veículo utilizado na aula, registrando um número aleatório que não corresponde àquele constante no hodômetro.

No dia 17 de junho de 2015, uma funcionária do CFC Estrela, a qual não foi identificada, obedecendo às ordens dos denunciados, fez com que Elimar Júnior Lima de Almeida (fl. 51 - autos n. 2660-85) lançasse sua assinatura no Controle de Frequência de Aulas Práticas de fl. 56 – autos n. 2660-85, confirmando a realização de 20 (vinte) aulas, quando na verdade lhe foi ministrada apenas uma.

O documento de fl. 56 – autos n. 2660-85, ainda, consta o nome do instrutor como sendo Maria Salete Moslinger, sendo que a aula foi ministrada pelo instrutor Fernando Menegat.

No dia 28 de agosto de 2015 a instrutora Elisângela Tides da Luz, sob as ordens dos denunciados Maria Salete e Atenilson, inseriu no Controle de Frequência de Aulas Práticas de fl. 270 - autos n. 2845-26, em nome

de Vinicius Tanelo Carrel (fl. 260 - autos n. 2845-26), datas e horários de aulas diversos e em quantidade superior às realmente ministradas.

Ela fez com que o candidato registrasse a presença, mediante assinatura, em 25 (vinte e cinco) aulas de volante, quando na verdade lhe foram ministradas apenas 18 (dezoito), nenhuma delas no período noturno, como se fez constar.

Posteriormente, foi informado falsamente a quilometragem inicial e final do veículo utilizado nas aulas, registrando um número aleatório que não corresponde àquele constante no hodômetro.

No dia 18 de setembro de 2015, obedecendo às determinações dos denunciados Maria Salete e Atenilson, a instrutora Ivaneide Batista da Silva inseriu no Controle de Frequência de Aulas Práticas de fl. 212 - autos n. 2845-26, em nome de Leonardo Zanoni de Lima (fl. 541 - autos n. 2845-26), datas e horários de aulas diversos e em quantidade superior às realmente ministradas.

No documento de fl. 212 - autos n. 2845-26 constam aulas realizadas no dia 18 de setembro de 2015, nos horários das 19h, 21h30min e 22h20min, e no dia 19 de setembro de 2015, nos horários das 7h30min, 10h e 10h50min. Ocorre que o processo no qual o documento estava inserido foi protocolizado junto ao DETRAN na tarde do dia 18 de setembro de 2015, ou seja, em data anterior à realização das aulas informadas.

Para legitimar a fraude, foi informado falsamente a quilometragem inicial e final do veículo utilizado nas aulas, registrando um número aleatório que não corresponde àquele constante no hodômetro.

No dia 19 de setembro de 2015, sempre em obediência às determinações dos denunciados, a instrutora Ivaneide Batista da Silva inseriu no Controle de Frequência de Aulas Práticas de fl. 279 - autos n. 2845-26, em nome de Jaqueline Ferreira Brandão (fl. 387 - autos n. 2845-26), datas e horários de aulas diversos às realmente ministradas, especialmente nos dias 14 a 19 de setembro de 2015, quando não foram realizadas aulas.

Por fim, ela informou falsamente a quilometragem inicial e final do veículo utilizado nas aulas, registrando um número aleatório que não corresponde àquele constante no hodômetro.

Assim agindo, em 19 (dezenove) oportunidades, entre os meses de abril de 2014 e setembro de 2015, os denunciados Maria Salete e Atenilson, agindo em comunhão de esforços e unidade de desígnios, com a finalidade de alterar verdade sobre fato juridicamente relevante, inseriram e fizeram inserir informações falsas nos Controles de Frequência de Aulas Práticas de candidatos à confecção e renovação de CNH, documentos esses destinados a instruir os processos protocolizados junto ao órgão de trânsito (DETRAN).

Fato 2:

No mês de abril de 2015 os denunciados Maria Salete Cavalheiro da Silva Moslinger e Atenilson Antônio Moslinger, em comum acordo, instruíram o processo administrativo de confecção de CNH em nome de Juliana Gemeli com os documentos denominados “Exame de Prática de Direção Veicular”, categorias “A” e “B”, acostados às fls. 307 e 306 – autos n. 2660-85, respectivamente, e o documento acostado à fl. 305 - autos n. 2660-85, todos falsos.

Os mencionados documentos contêm as assinaturas do policial avaliador Valmari Coradi falsificadas, fato que era do conhecimento dos denunciados, que, mesmo assim, fizeram uso deles, encaminhando-os ao DETRAN juntamente com os demais documentos que instruíram o processo de confecção de CNH em nome de Juliana Gemeli (fls. 9-21 e 304-307 – autos n. 2660-85).

Fato 3:

Em 31 de março de 2015, o denunciado Luiz Carlos Belotto inseriu informação falsa no documento de fl. 245 – autos n. 2660-85, atestando que Márcio Luiz Maier havia se submetido a correção cirúrgica de miopia

no olho esquerdo, o que na realidade nunca aconteceu.

O candidato Márcio Luiz Maier, morador da cidade de Palmas/PR, possuía problemas de visão que motivaram o rebaixamento da categoria de sua CNH pelo DETRAN do Paraná.

Para que fosse possível a obtenção de nova habilitação na categoria desejada pelo candidato, o denunciado Luiz Carlos Belotto, médico oftalmologista credenciado junto ao DETRAN para a avaliação dos candidatos à obtenção ou renovação de CNH, fez constar a informação inverídica no documento por ele preenchido e assinado, o qual foi utilizado para instruir processo protocolizado junto ao órgão de trânsito.

Fato 4:

No mês de abril de 2015, os denunciados Maria Salete Cavalheiro da Silva Moslinger e Atenilson Antônio Moslinger, mediante conjugação de esforços e unidade de desígnios, instruíram o processo administrativo de alteração de categoria de Carteira Nacional Habilitação (CNH) em nome de Márcio Luiz Maier com o documento acostado à fl. 245 - autos n. 2660-85, sabidamente falso.

O mencionado documento contém a informação falsamente inserida pelo médico oftalmologista Luiz Carlos Belotto de que o candidato havia se submetido a correção cirúrgica de miopia no olho esquerdo, habilitando-o a obter a CNH na categoria pretendida.

Os denunciados, mesmo tendo ciência da falsidade da informação constante no mencionado documento, utilizaram-no para instruir o processo protocolizado junto ao DETRAN (fls. 243-253 – autos n. 2660-85).

Encerrada a instrução, o magistrado *a quo* proferiu sentença, nos seguintes termos (fls. 996-1026):

Neste contexto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia para:

a) condenar Maria Salete Cavalheiro da Silva Moslinger às penas de:

a.1) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Tatiane Polo Tanello automóvel);

a.2) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Tatiane Polo Tanello motocicleta);

a.3) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de João Pedro Scheurich);

a.4) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Sérgio Reis Fernandes);

a.5) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Simone Silva);

a.6) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Karina Alberti da Fonseca);

a.7) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Juliana Gemelli automóvel);

a.8) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Juliana Gemelli motocicleta);

- a.9) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Natane Daniele Ribeiro);
- a.10) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Gelson Pizzi);
- a.11) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Ademir Roberto Concatto);
- a.12) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Elimar Júnior Lima de Almeida);
- a.13) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Vinicius Tanelo Carrel);
- a.14) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Leonardo Zanoni de Lima);
- a.15) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Jaqueline Ferreira Brandão);
- a.16) penas estas unificadas (art. 71 do CP) em 2 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais 21 dias-multa, estes fixados em 1/10 do salário mínimo, nos termos da fundamentação.

A pena privativa de liberdade fica substituída por restritivas de direito na modalidade de prestação pecuniária de 5 (cinco) salários mínimos e prestação de serviços à comunidade pelo prazo de duração da pena, nos termos da fundamentação.

b) absolver Maria Salete Cavalheiro da Silva Moslinger das imputações referentes ao crime previsto no art. 299 do CP (falsificação do endereço do candidato Márcio Luiz Maier) e aos crimes previstos no art. 304 do CP, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP.

c) condenar Atenilson Moslinger às penas de:

- c.1) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Tatiane Polo Tanello automóvel);
- c.2) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Tatiane Polo Tanello motocicleta);
- c.3) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de João Pedro Scheurich);
- c.4) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Sérgio Reis Fernandes);
- c.5) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Simone Silva);
- c.6) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Karina Alberti da Fonseca);
- c.7) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Juliana Gemelli automóvel);
- c.8) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Juliana Gemelli motocicleta);

- c.9) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Natane Daniele Ribeiro);
- c.10) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Gelson Pizzi);
- c.11) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Ademir Roberto Concatto);
- c.12) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Elimar Júnior Lima de Almeida);
- c.13) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Vinicius Tanelo Carrel);
- c.14) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Leonardo Zanoni de Lima);
- c.15) 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 13 dias-multa, por infração ao art.299 do Código Penal (falsificação do CFAP de Jaqueline Ferreira Brandão);
- c.16) penas estas unificadas (art. 71 do CP) em 2 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão, em regime inicial aberto, mais 21 dias-multa, estes fixados em 1/10 do salário mínimo, nos termos da fundamentação.

Inconformados, Maria Salete Cavalheiro da Silva Moslinger e Atenilson Antônio Moslinger, ambos representados por defensor constituído, interpuseram apelação criminal.

Maria Salete pretende a absolvição, ao argumento de a conduta ser atípica por ausência de dolo ou, subsidiariamente, por falta de provas judicializadas, em especial porque a inserção de dados era responsabilidade dos instrutores e não sua. Enfatizou, quanto ao aspecto, que apenas três alunos foram ouvidos em juízo, motivo pelo qual a condenação, caso mantida, deve limitar-se aos fatos a eles atrelados, afastando-se ou reduzindo-se o aumento decorrente da continuidade delitiva (fls. 1045-1069).

Atenilson, nas razões acostadas às fls. 1073-1080, igualmente pretende ser absolvido por falta de provas, em especial porque a inserção de dados nas planilhas dos condutores era atribuição dos instrutores, destacando não possuir “*nenhuma função administrativa ou instrutiva*” nas autoescolas.

Em contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 1084-1091).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Sr. Dr. Andrey Cunha Amorim, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento dos recursos (fls. 1100-1108).

VOTO

Presentes os pressupostos legais de admissibilidade, os recursos devem ser conhecidos.

Inicialmente, de dizer que a pretensão absolutória, comum às defesas dos acusados, não pode ser satisfeita, pois, ao contrário do que sustentam, as provas produzidas sob o crivo do contraditório apontam, sem qualquer dúvida, para a autoria dos crimes de falsidade ideológica pelos quais foram condenados.

Por essa via, revelam os autos que os apelantes eram os proprietários dos Centros de Formação de Condutores (CFCs) Estrela e Treze Tílias – ambos credenciados junto ao DETRAN para ministrar os cursos exigidos para a confecção e renovação de Carteiras Nacionais de Habilitação.

No exercício desse mister, deixavam de prestar as aulas práticas de direção a seus alunos, porém, determinavam a inserção, em suas planilhas de frequência, do número de horas/aula exigidos na capacitação dos condutores, bem como registravam nos veículos quilometragens inverídicas a fim de compatibilizar o suposto uso dos veículos com as aulas falsamente ministradas.

Com essa prática, reduziam significativamente os custos do serviço em face à diminuta utilização dos veículos, o que lhes permitia cobrar valores abaixo daqueles praticados no mercado, potencializando a prática criminosa decorrente do maior número de alunos que os procuravam (seja em razão do baixo preço, ou mesmo interessado nas “facilidades” do “método de ensino” aplicado).

No aspecto, diversas pessoas de outros municípios – inclusive do Estado do Paraná (que lá haviam rebaixado sua categoria em face à perda de 60% da visão) contrataram seus serviços, a deixar evidente que, além da redução de custos, a maior captação de clientes potencializou os lucros ilícitos das empresas, objetivo pretendido e alcançado pelos acusados.

A temática ora em discussão, é de se dizer, restou profundamente analisada pelo magistrado de forma que, a fim de evitar tautologia, transcreve-se trecho da sentença da lavra do Dr. Márcio Umberto Bragaglia, o qual se utiliza como razões de decidir.

A materialidade dos crimes é extraída dos depoimentos de alunos e instrutores, dos Controles de Frequência de Aulas Práticas (p. 18/20/56/73/93/142/144/192 dos autos 2660-85 e 212/270/279/566/598/616 dos autos n. 2845-26) e do contrato de locação de p.248-253.

Da análise pormenorizada dos memoriais apresentados pelas Defesas de Maria Salete e Atenilson, vê-se que a controvérsia em relação aos delitos de falsidade ideológica cinge-se à ausência de provas acerca da autoria. Não há, com efeito, divergência entre Acusação e Defesa acerca da falsidade dos documentos elencados pelo Ministério Público no Tópico.

De qualquer modo, faz-se necessária a citação dos principais depoimentos que constam no processo. Aqui, valho-me, em parte, das transcrições efetuadas pelo Parquet, não impugnadas pelas partes.

O Delegado Regional de Polícia Civil, Daniel Sá Fortes Régis, contou em Juízo que as investigações tiveram início a partir de informações colhidas pela Divisão de Investigação Criminal (DIC) acerca de suposta falsificação de documentos pelos CFCs Treze Tílias e Estrela. Inicialmente, a chefe do setor de CNH da DRP de Joaçaba teria percebido inconsistências na documentação da candidata Juliana Gemelli, sendo esta intimada para prestar depoimento, oportunidade em que teria confirmado que não fez todas as aulas e que

pagou R\$ 600,00 para Atenilson, a fim de que fosse dispensada da realização do teste de direção veicular, obrigatório para a obtenção da CNH. Com base no depoimento de Juliana, afirmou ter representado pela expedição de mandados de busca e apreensão nos dois CFCs e na residência dos investigados Atenilson e Maria Salete, oportunidade em que foram colhidos centenas de processos de habilitação com indícios de adulteração de informações colocadas nas planilhas de aulas, bem como apreendidas folhas de papel A4 nas quais eram inseridas as quilometragens e as informações de horários de aulas que deveriam ser inseridas nas planilhas, para que as informações constantes nos hodômetros aparentassem alguma compatibilidade. Também foram apreendidos os veículos, a fim de demonstrar que os hodômetros não haviam sido adulterados, mas sim as planilhas.

Após, de acordo com o Delegado, foram colhidos os depoimentos de vários alunos de ambos os CFCs, comprovando-se que as planilhas eram efetivamente adulteradas, pois os candidatos não prestavam o número de aulas previsto legalmente. O Delegado afirmou, também, que foram identificados candidatos que não moravam na região, mas vinham de outros locais para obter a CNH, fraudando comprovantes de residência, com destaque para um morador de Palmas/PR (Márcio Luiz Maier) que teve a categoria de sua CNH rebaixada no órgão de trânsito do Paraná por ter perdido 60% da visão de um olho, tendo sido supostamente fraudados documentos tanto pelo médico quanto pelo CFC a fim de que o interessado pudesse dispor da habilitação na categoria “AE”.

Ainda segundo o Delegado, os denunciados Maria Salete e Atenilson criaram uma demanda, pois claramente os CFCs Estrela e Treze Tílias. Conseguiram isto, porque, em sua visão, tinham seus custos diminuídos e um número maior de alunos, “ganhavam na escala”, uma vez que não ministravam o número de aulas que eram necessárias, havendo alunos que realizavam uma ou duas das 20 (vinte) aulas exigidas, o que gerava economia significativa em relação à depreciação dos veículos e, principalmente, em combustível. Afirmou que, através dos relatos dos proprietários dos demais CFCs, foi possível verificar que o preço cobrado pelos CFCs Estrela e Treze Tílias não cobria sequer os custos da atividade.

Sobre a participação dos funcionários, o Delegado afirmou que o instrutor Fernando, ouvido no primeiro inquérito, foi categórico ao relatar acerca da orientação repassada pelos proprietários dos dois CFCs, para que, no caso de alunos que soubessem dirigir, não fossem dadas todas as aulas e fraudadas as respectivas planilhas. A situação ficou ainda mais clara no segundo inquérito, quando cumpriram outro mandado de busca e apreensão, sendo que entre a primeira e a segunda apreensão o modus operandi se manteve o mesmo, o que foi inclusive argumento para que representasse pela prisão temporária dos investigados, de modo a conter a continuidade delitiva. Afirmou que também teria representado pela prisão preventiva caso as autorizações dos CFCs não tivessem sido suspensas administrativamente pelo Diretor do DETRAN.

O Delegado afirmou que o modus operandi era tão “enraizado” nos dois CFCs que eles sequer se preocupavam com datas, tanto que outra razão a fundamentar o pedido de prisão temporária foi a protocolização de um processo cujas aulas seriam dadas no dia seguinte, já com indicação da quilometragem e assinatura do aluno. Segundo ele, a prática era uma cultura dentro das duas empresas (mídia de p.745).

Luciane Thais Contini Senger, à época Coordenadora do Setor de CNH da Delegacia Regional de Polícia Civil em Joaçaba, relatou, em síntese, que as suspeitas de falsificação começaram quando foi verificada, em um teste de categoria “B”, a falsificação da assinatura do examinador de trânsito Valmari. Segundo ela, o contato com os processos e, por consequência, com as assinaturas dos examinadores, é frequente no setor, motivo pelo qual uma estagiária, observando diferença na assinatura do examinador, reportou os fatos à testemunha, que imediatamente comunicou o Delegado. A partir daí, com a apreensão de documentos e oitiva de candidatos, foram constatadas falsificações nas planilhas de aulas práticas, que consistiam na realização de aulas a menos e marcação de quilometragem com diferença em relação aos hodômetros. Afirmou, ainda, que quase a totalidade dos documentos apreendidos apresentava indícios de alteração, tanto que as pessoas convocadas a prestar depoimento foram selecionadas por amostragem, porque o volume era

muito grande. Contou também que houve um caso, inclusive, em que o processo foi entregue à CIRETRAN em data anterior ao fim das aulas que estavam anotadas, em evidente fraude e que nunca aconteceu com outras autoescolas o mesmo problema (mídia de p.745).

Fernando Menegat, em Juízo, relatou que trabalhou como instrutor no CFC Estrela pelo prazo de um ano; era habilitado a dar aulas para as categorias “B” (carro) e “E” (caminhão), mas acabava dando aulas para as categorias “C” (ônibus) e “D” (carreta), apesar de legalmente só poder ministrar em duas; Maria Salete e Atenilson que determinaram que assim fosse feito, o que no início reclamou mas depois acabou acatando; a marcação das quilometragens não era feita de maneira correta; as planilhas das aulas que deveriam ser ministradas aos alunos eram entregues em branco, várias já assinadas por estes, colhidas no balcão do CFC; houve situações em que ministrou aulas, na categoria “D”, em que na planilha constou como instrutora Maria Salete, o que era corriqueiro; o mínimo de 20 horas aula era raramente observado, sendo que os alunos faziam bem menos e assinavam como se houvessem realizado; a maioria dos alunos já ia para a aula falando que faria menos horas; esta situação era de conhecimento dos acusados, tanto que falou com eles sobre o assunto, mas a explicação era de que a pessoa morava fora, que já havia acertado desta maneira, etc.; houve vários casos de pessoas que considerou inaptas, mas mesmo assim iam para o teste prático; ninguém jamais reprovou, pois o teste é fácil; havia também irregularidades na marcação das quilometragens, sendo que o que constava na planilha não refletia a realidade, pois tinha que “jogar 8, 10 quilômetros” pra “fechar” com o hodômetro; afirmou que ele próprio fazia, a mando dos proprietários; via que tinha alunos que com 5, 6 aulas não estavam prontos para dirigir; ressaltou que somente ele dava aulas da categoria “D” na autoescola; nunca levou a outras pessoas as irregularidades porque precisava do emprego e, ademais, os réus sempre foram bons patrões; tem absoluta certeza de que os réus tinham conhecimento dos fatos (mídia de p. 769-776).

O depoimento extrajudicial de Fernando Menegat é no mesmo sentido (p. 44-45).

Ivanir Bortoli Neumayr, instrutora veicular, ouvida como informante, afirmou que trabalhou na autoescola Estrela por cerca de 1 ano e meio; já de início foi-lhe fornecido um mapa e informado que as quilometragens não precisavam ser preenchidas rigorosamente, pois poderia ser feito depois; realmente, preenchia o campo da quilometragem fazendo uma média daquilo que havia andado com o aluno; a ordem era no sentido de os candidatos que sabiam dirigir não precisavam realizar todas as aulas; mas suas aulas deu todas; os candidatos assinavam as planilhas; recebia um salário fixo, independente das horas ministradas (mídia de p. 745).

Sérgio Reis Fernandes, aluno do CFC de propriedade dos acusados, afirmou em Juízo que fez apenas duas aulas práticas, no período matutino, as quais foram ministradas por um homem, baixo, moreno, que lhe disse que por já saber dirigir não precisava fazer mais aulas, apenas aguardar o teste final; a planilha de frequência não estava preenchida quando exarou suas assinaturas; foi atendido em Treze Tílias por uma mulher, sendo posteriormente encaminhado a Joaçaba, onde foi atendido por um “senhor gordo”, para quem pagou, e também disse que depois “davam um jeito de colocar as horas”; quando assinou os papéis estavam o “senhor gordo” e uma mulher, que deveria ser mulher dele, e os dois pareciam ser os donos (p.887).

Ademir Concatto, aluno do CFC Estrela, em juízo relatou que pretendia alterar sua categoria de habilitação para “D”; fez apenas uma aula prática, tendo o instrutor afirmado que não havia mais necessidade de outras aulas, pois já sabia dirigir; o instrutor era um homem; assinou um documento antes, que havia uma planilha, e estava toda preenchida; as assinaturas foram colhidas por uma senhora; reprovou no psicotécnico, não tendo, portanto, recebido a CNH (mídia de p. 745).

Elimar Júnior Lima de Almeida, também aluno, asseverou que fez apenas uma aula prática, tendo sido informado pelo instrutor, homem, que não seria necessário realizar outras, pois já sabia dirigir; assinou uma

planilha na autoescola, exarando sua assinatura várias vezes em uma coluna; não chegou a realizar o teste final, pois o CFC foi fechado (mídia de p. 745).

Vinicius Tanelo Carrel, ex-aluno, também ouvido como informante, relatou que fez todas as aulas teóricas, mas somente 18 aulas de direção de carro e 3 aulas de direção de moto; as aulas não foram feitas em maior quantidade por orientação dos instrutores, pois já estaria apto; exarou várias assinaturas na planilha em que ficam registradas as aulas, com os horários e quilometragens que seriam obrigatórias; pelo que lhe pareceu, e conforme outros colegas lhe comentaram, a prática da colheita das assinaturas pela secretária sem que todas as aulas tivessem sido ministradas deveria ser algo corriqueiro e inclusive por ordem da chefia; não era algo realizado “escondido”; o atendimento era bom (mídia de p. 745).

Nineti Correia Cortellini afirmou em juízo que obteve sua CNH através do CFC Estrela, tendo realizado todas as aulas teóricas e práticas; seu instrutor inicialmente foi Fernando Menegat, o qual a teria “cantado”, mas como “não deu bola”, o instrutor teria passado a tratá-la mal, dizendo que “nunca aprenderia a dirigir”; após o fato, solicitou à ré Maria Salete que gostaria de mudar de instrutor, sem informá-la do real motivo; Fernando falava mal da autoescola e dizia que iria “ferrar” com eles, pois iria sair da empresa; não tem mais reclamações, sendo que conhece várias pessoas que teriam utilizado dos serviços do CFC; não soube explicar porque não relatou a ninguém o suposto abuso que teria sofrido ou o fato de que haveria um instrutor que queria prejudicar o CFC (mídia de p. 745).

Simone Marques Vanini relatou em juízo que trabalhou no CFC Estrela, primeiro como secretária, depois como instrutora e então diretora de ensino; enquanto lá trabalhou, os alunos cumpriam com os horários e nunca recebeu pedidos de diminuição do número de aulas; a ré Maria Salete exigia que tudo fosse feito corretamente; não sabe de irregularidades no CFC e de nada que desabone a conduta da ré (mídia de p. 745).

Vítor Fedato de Oliveira afirmou em juízo que obteve sua CNH no CFC de propriedade dos réus; cumpriu todas aulas práticas e teóricas e pagou com desconto, por ser amigo do filho dos réus; não possui reclamações (mídia de p. 745).

Luiz Vastres, Osni Silveira de Ávila e Valmor Slongo deram depoimentos meramente abonatórios (mídia de p. 745).

Laura Aparecida Brustelin Varela, na fase policial, declarou:

Que procurou o Centro de Formação de Condutores Estrela-CFC ESTRELA, para dar entrada ao processo de 1ª habilitação; Que lhe foi cobrado o valor de R\$ 1.300,00 (um mil e trezentos reais); [...]; Que conversou com o proprietário do CFC Estrela, o senhor Atenilson Moslinger, e este lhe pediu que assinasse a planilha de Controle de aulas práticas, tanto para a categoria “A”, quanto para a categoria “B”, em todos os campos correspondentes ao aluno; Que a depoente então assinou as planilhas que estavam em branco; Que a depoente assinou todas as 20 linhas na coluna destinada ao aluno; Que assinou a planilha para moto e carro; Que neste meio tempo a depoente resolveu ir embora para outra cidade; Que ficou residindo na cidade de Florianópolis por aproximadamente 02 meses; Que após este tempo resolveu entrar em contato com o senhor Atenilson Moslinger, e explicar para ele que gostaria de realizar as outras etapas do processo naquela cidade; Que então Atenilson lhe explicou que a depoente não poderia fazer o processo de transferência; Que como a depoente havia dado entrada no CFC dele, o processo teria de ser concluído no CFC de Atenilson; Que a depoente explicou para Adenilson que não poderia realizar as aulas práticas, em virtude da distância; Que Atenilson lhe disse que não haveria nenhum problema; Que quando a depoente estivesse com viagem marcada para Joaçaba/SC, era só ligar para ele e dizer quem era; Que Atenilson providenciaria algumas aulas para a depoente, e na sequência marcaria o teste veicular na Delegacia para a depoente; Que a depoente ainda indagou Atenilson se não teria nenhum problema fazer só algumas aulas; Que ele lhe explicou que não; Que bastaria a depoente fazer 03 ou 04 aulas práticas, que ele marcaria o teste para a depoente, e depois

preencheria as planilhas com os demais dados necessários; [...]; Que no dia 27/9/2015 a depoente retornou para Joaçaba, e procurou o CFC Estrela, para saber o andamento de seu processo; Que a depoente então conversou com duas pessoas que estavam no CFC; Que uma delas a depoente conhece; Que trata-se do filho de Atenilson; [...]; Que antes da depoente sair o rapaz lhe disse que caso alguém da Delegacia lhe procurasse era para a depoente dizer que tinha realizado todas as aulas práticas; Que na verdade a depoente não fez nenhuma; Que diante da situação a depoente resolveu procurar o pessoal da Delegacia para relatar o fato; [...]. (p. 487-488 dos autos n. 2845-26).

Dalcita Pires de Mello, na fase policial, relatou:

Que a depoente é funcionária do Centro de Formação de Condutores CFC Estrela desta cidade; Que iniciou na empresa há aproximadamente 40 dias atrás; Que foi contratada pela senhora Maria Salete Moslinger; [...]; Que a depoente não tinha acesso irrestrito aos processos dos alunos; [...]; Que quando chegava uma pessoa para tratar de assuntos como aulas realizadas, processos parados, sempre ficava ao cargo de sua colega Priscila ou um dos proprietários; Que quando chegava alguma pessoa para realizar algum tipo de pagamento, a orientação repassada pelos proprietários era para que chamassem um deles; Que quem dizia o valor das taxas, fossem elas de “retestes” ou de valor da CNH, eram os proprietários; Que os proprietários repassavam o valor do serviço ou taxa para o cliente e a depoente e sua colega apenas confeccionavam o recibo no valor estipulado pelos donos do CFC, e os proprietários mesmo que assinavam o recibo; [...]; Que percebeu por várias vezes os Diretores e Priscila se reunindo a portas fechadas; Que quando a depoente retornava de alguma tarefa externa e chegava no grupo onde eles estavam, a conversa que estavam discutindo era trocada de imediato; Que parecia que estavam escondendo alguma coisa ou falando da depoente; Que geralmente os assuntos referente aos processos, os Diretores tratavam tudo com sua colega Priscila; [...] Que os proprietários do CFC ETRELA são Maria Salete e Atenilson Moslinger; [...]; Que já ouviu a colega Priscila ligar para alunos e solicitar que se dirigissem ao CFC para assinar a planilha. (p.401-403 dos autos n.2845-26).

Rudimar Nora, na fase policial, relatou:

Que é proprietário do Centro de Formação de Condutores CENTER nesta cidade; Que trabalha no ramo de autoescola a aproximadamente 21 (vinte e um) anos; Que o custo para formar um aluno na categoria AB (carro e motocicleta) na escola do depoente, atualmente, é de aproximadamente 1.840 (mil quatrocentos e oitenta reais); Que o valor repassado para o cliente é de 1.900,00 (mil novecentos reais); [...]; Que tem conhecimento de que os preços cobrados pelos concorrentes são aproximados aos cobrados Estrela chegou a cobrar o valor de 1.200 (mil e duzentos reais) por uma primeira habilitação na categoria AB; Que há vários custos envolvidos no processo de habilitação, dentre eles gasolina, pneu, manutenção do veículo, depreciação do valor do veículo, funcionários internos e externos, aluguel, telefone; [...]; Que desta forma, o CFC Estrela, cobrando valores abaixo do custo da CNH, causou concorrência desleal; [...] Que o depoente afirma que não há possibilidade de formar um aluno praticando toda carga horária exigida pelo DETRAN cobrando valores abaixo do preço de custo; Que tal ato seria trabalhar no prejuízo; Que o depoente afirma que isso não é possível, apenas se não for cumprida toda exigência do DETRAN, principalmente quanto à carga horária de aulas práticas; [...]. (p.546-547 dos autos n. 2845-26).

Cleoci Surdi, na fase policial, relatou:

Que no ano de 2014 deu entrada ao processo para aquisição da 1ª Habilitação, na Autoescola Estrela; Que lhe pediram R\$ 1.400,00 pela CNH pronta; [...] Que informa que teve apenas uma aula com o veículo “MONTANA”; Que as demais foram realizadas com um Renault/Sandero e com um outro veículo que a depoente não sabe informar as características; [...] Que recorda que nas primeiras aulas não lhe foi apresentado nenhum documento para assinatura após o término das aulas práticas; Que só no final das aulas, é que lhe apresentaram a planilha de controle de frequência das aulas práticas; Que foi a senhora

Maria Salete Moslinger quem lhe pediu para assinar no campo específico para o aluno; Que a depoente assinou as 20 linhas de uma vez só. (p. 278-279 dos autos n. 2845-26).

Sandra Lunardelli, na fase policial, relatou:

Que é funcionária do Centro de Formação de Condutores LP, nesta cidade; Que é instrutora e ministra aulas práticas de direção veicular; [...]; Que o valor cobrado para obtenção de CNH categoria AB é de R\$ 1.900,00 (mil e novecentos reais), enquanto o aluno que pretende categoria B é de R\$ 1.700,00 (mil e setecentos) reais; Que além disso, o valor cobrado para o aluno que pretende categoria A é de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) e alteração de categoria é R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais); Que acredita que o custo da Auto Escola para formar um aluno, considerando salários, fastos com veículos, depreciação, aluguel, etc., exceda 70 (setenta por cento) do valor cobrado pelo CFC LP; [...]; Que o CFC Estrela, cobrando valores abaixo do custo da CNH, causou concorrência desleal; Que tal conhecimento se baseia na pesquisa de preços praticados pelos alunos, os quais se dirigiam ao CFC LP e alegavam que a auto escola Estrela cobrava valores bem abaixo dos praticados; [...]. (p. 311-312 dos autos n. 2845-26).

Márcio Ricardo Wolfart, na fase policial, relatou:

Que é proprietário do Centro de Formação de Condutores LP nesta cidade; Que trabalha no ramo de auto escola há aproximadamente 18 (dezoito) anos; [...]; Que o custo para formar um aluno na categoria AB (carro e motocicleta) na auto escola do depoente, atualmente, é de aproximadamente R\$ 1.400,00; que o valor repassado para o cliente que pretende categoria AB de CNH é de R\$ 1.900,00, enquanto o aluno que pretende categoria B é de R\$ 1.700,00; [...]; que tem conhecimento de que o CFC Estrela chegou a cobrar R\$ 600,00 para alteração de categoria (de B para C ou D), enquanto o valor praticado pelo CFC do depoente é de R\$ 950,00; [...]; que tem conhecimento de que os preços cobrados pelos concorrentes são aproximados aos cobrados pelos depoentes, exceto o CFC Estrela; que tem conhecimento de que o Centro de Formação de Condutores Estrela cobra valores abaixo do custo praticado pela empresa do depoente; Que é sabido que os proprietários do CFC Estrela são Atenilson Moslinger e Maria Salete Moslinger; Que o CFC Estrela, cobrando valores abaixo do custo da CNH, causou concorrência desleal; [...]; que o depoente afirma que não há possibilidade de formar um aluno praticando toda a carga horária exigida pelo DETRAN cobrando valores abaixo do preço de custo; que tal ato seria trabalhar no prejuízo; que ao ponto de vista do depoente, a cobrança abaixo do custo não é possível, exceto se não for cumprida toda exigência do DETRAN, principalmente quanto a carga horária de aulas práticas; [...]. (p. 313-314 dos autos n. 2845-26).

Gustavo Chaves, na fase policial, relatou:

Que no ano de 2013 deu entrada ao processo para aquisição da 1ª Carteira Nacional de Habilitação-CNH, na Auto Escola Estrela; Que lhe pediram R\$ 1.250,00 pela CNH, pronta; Que quem negociou o valor com o depoente foi o senhor Atenilson Moslinger, vulgo “NILSON”; Que o depoente pagou este valor à vista; [...]. (p. 315 dos autos n. 2845-26).

Luana Paganella Sangali, na fase policial, relatou:

Que neste ano deu entrada ao processo para aquisição da Carteira Nacional de Habilitação-CNH, na Auto Escola Estrela; Que lhe pediram R\$ 1.500,00 pela CNH, pronta; Que quem negociou o valor com a depoente foi o senhor Atenilson Moslinger; [...]. (p. 315 dos autos n. 2845-26).

A ré **Maria Salete**, em seu interrogatório judicial, em síntese, negou os fatos e afirmou que sempre trabalhou com honestidade e seriedade; as planilhas deveriam ser preenchidas conforme as aulas eram realizadas, assim como a conferência dos hodômetros; alguns alunos primeiro faziam as aulas de carro, realizavam o teste e depois faziam as aulas de moto; dava as aulas de ônibus, mas eventualmente havia substituição por outro instrutor; só assinava as aulas que dava; sentiu-se temerosa de que a escola fosse fechar, o que pode ter ocasionado algum descontrole nas marcações; o instrutor Fernando era bom no começo, mas depois ficou

desleixado (mídia de p. 745).

O réu **Atenilson**, em juízo, em síntese, também negou as acusações; afirmou que seu papel era de abrir a autoescola e atender os clientes, sendo que a parte documental eram as secretárias que faziam; não ministrava aulas práticas; a secretária encaminhava os processos; nunca verificou documentação; o papel de orientação dos instrutores era da ré Maria Salete e da Diretor Geral; a responsabilidade da questão de horas-aula era do instrutor; não havia orientação para os instrutores no sentido de que aquele aluno que soubesse dirigir não precisaria fazer todas aulas; havia pedidos de alunos para fazer menos aulas, mas nunca autorizou (mídia de p.745).

Passa-se agora à verificação da situação individualizada de cada documento falsificado em relação à cada aluno do CFC.

Tatiane Polo Tanelo: percebe-se que os Controles de Frequência de Aulas Práticas juntados às p. 142 e 144 apresentam informações falsas inseridas, notadamente no que toca às datas, horários e número das aulas realizadas, veículo utilizado e também à quilometragem. As informações foram ali inseridas pelos instrutores Paulo Ramos e Gleidson Kozlinski, subordinados aos acusados.

Com efeito, apesar de no documento de p. 142 constar a realização de 20 aulas de direção em um veículo Renault/Sandero, a aluna foi clara ao afirmar que utilizou um veículo Ford/Fiesta de cor preta (possivelmente aquele periciado às p.339-342), que as aulas ocorriam das 19:00 às 20:00h, que geralmente fazia uma aula por dia, com duração de uma hora, e que não realizou todas as aulas, por sugestão do instrutor (p. 131). Ocorre que o documento de p. 142, de forma falsa, indica a realização de todas as aulas, inclusive em horários posteriores às 20 horas, bem como a realização em todos dias, de duas aulas de uma hora cada, o que contraria os dizeres da aluna.

O CFAP das aulas de motocicleta juntado à p. 144 também não espelha a realidade, pois a aluna asseverou que não realizou todas as aulas práticas, que as aulas ocorriam das 15h às 16h e que nunca realizou aulas no período compreendido entre 20:50 às 21:40h, apesar da obrigatoriedade da realização de aulas noturnas, como previsto na Portaria n.655 do DETRAN (p.131). Porém, o documento conta com todas as aulas, em horários diversos do relatado pela aluna e, inclusive, no período em que ela claramente afirmou que jamais realizou aulas.

A falsidade das marcações de quilometragem é óbvia e decorrente da não realização das aulas.

O instrutor Gleidson deu depoimento às p. 311-312, ainda como funcionário da autoescola, registrou que as planilhas de frequência eram recebidas da secretaria no início das aulas de determinado aluno, as quais devolvia ao final, devidamente preenchidas, mas que às vezes acontecia de esquecer de colher as assinaturas ou as planilhas se extraviarem por ação do tempo. Destacou que não era comum preencher a planilha de frequência sem a assinatura dos alunos, que não coagia os alunos a realizar o teste final antes da realização de todas as aulas, mas que era comum a solicitação destes para fazê-lo, mas que nunca teria aceitado. Ainda, não deu explicações sobre o caso concreto da aluna Tatiane, porém afirmou que eventualmente marcou nas planilhas a realização de aulas em horários tardios (21h às 22h), apesar de não ter ministrado as aulas, considerando sua segurança pessoal e do aluno, já que o local de treinamento ficava em local ermo.

Ele prestou novo depoimento às p. 411-412 e relatou, novamente, que incluía nas planilhas as aulas práticas noturnas, sem que tivesse efetivamente ministrado, orientação que vinha da direção do CFC, que algumas vezes foi-lhe sugerido que enviasse alunos para teste de práticas veiculares antes do término das aulas práticas e que admite que alguns alunos que não praticaram todas as aulas de direção foram encaminhados para teste.

Por fim, houve certificação por parte do CFC (p.135).

João Pedro Scheurich: o CFAP juntado à p. 192 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca às datas, horários e número das aulas realizadas e também à quilometragem. As informações foram ali inseridas pelo instrutor Gleidson Kozlinski, subordinado aos acusados.

Com efeito, o aluno relatou não se recordar quantas aulas fez, mas que não foram todas e que não realizou aulas noturnas de motocicleta, apesar da obrigatoriedade da realização de aulas noturnas, como previsto na Portaria n.655 do DETRAN (p.182). Porém, o documento de p. 192 conta com todas as aulas, inclusive no horário noturno (aulas 17, 18, 19 e 20), o que contraria seu depoimento

A falsidade das marcações de quilometragem é óbvia e decorrente da não realização das aulas. O depoimento do instrutor Gleidson não incidiu sob o caso concreto (p. 311-312). Por fim, houve certificação por parte do CFC (p.183).

Sérgio Reis Fernandes: o CFAP juntado à p. 566 dos autos n. 2845-26 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca às datas, horários e número das aulas realizadas, nome da instrutora e também à quilometragem. Não foi possível identificar o nome do verdadeiro instrutor que assinou o documento. Com efeito, o aluno relatou que realizou apenas duas aulas práticas, ambas no período da manhã, ministradas por um instrutor do sexo masculino e que assinou as presenças todas de uma vez (p. 548 dos autos n. 2845-26). Seu depoimento foi confirmado em Juízo, conforme antes citado (p.887). Entretanto, o documento de p. 566, falsamente, indica a realização de 15 aulas, inclusive em horário noturno, e supostamente ministrados pela ré Maria Salete.

A falsidade das marcações de quilometragem é óbvia e decorrente da não realização das aulas. Contudo, no presente caso, a falsificação é ainda mais evidente, na medida em que a quilometragem final do veículo MCM 6268, supostamente utilizado para a ministração da aulas, constante no CFAP é de 140.418 quilômetros, enquanto que o laudo pericial de p. 332-337 dos presentes autos atesta que a quilometragem é de 113.775 quilômetros.

Por fim, houve certificação por parte do CFC (p.565).

Simone Silva: o CFAP juntado à p. 616 dos autos n. 2845-26 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca aos horários e também à quilometragem. As informações foram ali inseridas pela instrutora Ivanir Bortoli Neumayr, subordinada aos acusados. Com efeito, a aluna relatou que não realizou nenhuma aula prática no período noturno, apesar da obrigatoriedade prevista na Portaria n.655 do DETRAN, que assinou toda a planilha de presença de uma única vez na Auto Escola e que a planilha estava em branco, sem marcação de quilometragem (p. 603 dos autos n. 2845-26). Entretanto, o documento de p. 616, falsamente, indica a realização de 3 aulas no período noturno (14ª, 17ª e 20ª).

A falsidade na quilometragem está no fato de que as aulas não foram realizadas no período noturno, o que torna, portanto, impossível a sequência de quilometragem conforme constante no CFAP.

Na fase policial, a instrutora Ivanir afirmou que as assinaturas na planilha de presença eram colhidas somente ao final, que não colocava a quilometragem, que esta não conferia com o hodômetro e que havia alunos que já sabiam dirigir e pediam para fazer o teste final antes e, nestes casos, o aluno não realizava todas as horas exigidas, mas assinava como se tivesse feito (p. 49-50). Em Juízo, ouvida como informante, a instrutora, apesar de asseverar que sempre deu todas as suas aulas, confirmou que já de início foi-lhe fornecido um mapa e informado que as quilometragens não precisavam ser preenchidas rigorosamente, que preenchia o campo da quilometragem fazendo uma “média” daquilo que havia andado com o aluno e que a ordem era no sentido de os candidatos que sabiam dirigir não precisavam realizar todas as aulas (mídia de p. 745).

O fato de a informante ter afirmado que deu todas as suas aulas não impede a constatação do ilícito, já que, neste caso, a falsificação está na indicação do fornecimento de aulas no período noturno e não no número total de aulas.

Por fim, houve certificação por parte do CFC (p.615).

Karina Alberti da Fonseca: o CFAP juntado à p. 582 dos autos n. 2845-26 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca aos horários. As informações foram ali inseridas pelo instrutor Gleidson Kozlinski, subordinado aos acusados. Com efeito, a aluna relatou que nunca ficou depois das 19:00 horas, e que assinava a planilha de presença de uma única vez (p. 569 dos autos n. 2845-26). Entretanto, o documento de p. 582, falsamente, indica a realização de 2 aulas que ultrapassaram as 19h (14 e 15). A falsidade na quilometragem está no fato de que as aulas não foram realizadas no período noturno, o que torna, portanto, impossível a sequência de quilometragem conforme constante no CFAP.

O depoimento do instrutor Gleidson não incidiu sob o caso concreto, porém ele próprio afirmou que não ministrava aulas no período noturno, especialmente para candidatas mulheres (p. 311-312).

Por fim, houve certificação por parte do CFC (p.585).

Juliana Gemelli: percebe-se que os Controles de Frequência de Aulas Práticas juntados às p. 18 e 20 apresentam informações falsas inseridas, notadamente no que toca às datas, horários e número das aulas realizadas e também à quilometragem. As informações foram ali inseridas pelos instrutores Fabieli Fachin e Gleidson Kozlinski, subordinados aos acusados.

Com efeito, a aluna relatou, com certeza, que realizou no máximo oito aulas práticas e em apenas um dia realizou duas aulas, bem como que tratou diretamente com o acusado Nilson questões referentes a pagamentos e assinatura de documentos. Ainda, informou que, inicialmente, conversou com Salete, esposa de Nilson (p. 7-8). Porém, os documentos de p. 18/20 indicam a realização de 20 aulas cada um, bem como em várias oportunidades a realização de duas e três aulas em um mesmo dia, contrariando o depoimento da aluna.

A falsidade das marcações de quilometragem é óbvia e decorrente da não realização das aulas. O depoimento do instrutor Gleidson não incidiu sob o caso concreto e a instrutora Fabieli não deu muitos detalhes do ocorrido, pois era ouvida na condição de investigada (p. 311-312/313).

Por fim, houve certificação por parte do CFC (p.9).

Natane Daniele Ribeiro: o CFAP juntado à p. 598 dos autos n. 2845-26 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca aos horários. As informações foram ali inseridas pelo instrutor Fernando Menegat, subordinado aos acusados.

Com efeito, a aluna relatou que nunca realizou aula no período noturno, que o pessoal da autoescola lhe informou que o mínimo de horas práticas para carro seria de 15 horas, que assinou a planilha de controle de frequência na recepção CFC e que estava toda em branco. Entretanto, o documento de p. 598, falsamente, indica a realização de 8 aulas no período noturno (4, 7, 10, 13, 19, 22, 24 e 25).

A falsidade na quilometragem está no fato de que as aulas não foram realizadas no período noturno, o que torna, portanto, impossível a sequência de quilometragem conforme constante no CFAP.

O instrutor Fernando Menegat, em Juízo, apesar de não discorrer sobre o fato concreto, relatou que a marcação das quilometragens não era feita de maneira correta; as planilhas das aulas que deveriam ser ministradas aos alunos eram entregues em branco, várias já assinadas por estes, colhidas no balcão do CFC; o mínimo de 20 horas aula era raramente observado, sendo que os alunos faziam bem menos e assinavam como se houvessem realizado; a maioria dos alunos já ia para a aula falando que faria menos horas; esta situação era de conhecimento dos acusados, tanto que falou com eles sobre o assunto, mas a explicação era de que a pessoa morava fora, que já havia acertado desta maneira, etc.; houve vários casos de pessoas que considerou inaptas, mas mesmo assim iam para o teste prático; ninguém jamais reprovou, pois o teste é fácil; havia também irregularidades na marcação das quilometragens, sendo que o que constava na planilha não

refletia a realidade, pois tinha que “jogar 8, 10 quilômetros” pra “fechar” com o hodômetro; afirmou que ele próprio fazia, a mando dos proprietários; via que tinha alunos que com 5, 6 aulas não estavam prontos para dirigir; tem absoluta certeza de que os réus tinham conhecimento dos fatos (mídia de p. 769-776).

Por fim, houve certificação por parte do CFC (p.597).

Gelson Pizzi: o CFAP juntado à p. 93 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca ao nome da instrutora e também à quilometragem. As informações foram ali inseridas pelo instrutor Fernando Menegat, subordinado aos acusados. Com efeito, o aluno relatou que assinou as planilhas de frequência de uma única vez, que o instrutor que sempre o acompanhou foi Fernando, não Maria Salete, e que pediu para não realizar todas as aulas, sendo que o instrutor disse que ele já estava apto (p. 90).

Entretanto, o documento de p. 93, falsamente, indica que as aulas teriam sido ministradas pela ré Maria Salete.

A falsidade das marcações de quilometragem é evidente, na medida em que a quilometragem final do veículo MCM 6268, supostamente utilizado para a ministração da aulas, constante no CFAP é de 145.805 quilômetros, enquanto que o laudo pericial de p. 332-337 dos presentes autos atesta que a quilometragem é de 113.775 quilômetros.

O instrutor Fernando Menegat, em Juízo, apesar de não discorrer sobre o fato concreto, relatou que trabalhou como instrutor no CFC Estrela pelo prazo de um ano; era habilitado a dar aulas para as categorias “B” (carro) e “E” (caminhão), mas acabava dando aulas para as categorias “C” (ônibus) e “D” (carreta), apesar de legalmente só poder ministrar em duas; Maria Salete e Atenilson que determinaram que assim fosse feito, o que no início reclamou mas depois acabou acatando; a marcação das quilometragens não era feita de maneira correta; houve situações em que ministrou aulas, na categoria “D”, em que na planilha constou como instrutora Maria Salete, o que era corriqueiro; havia também irregularidades na marcação das quilometragens, sendo que o que constava na planilha não refletia a realidade, pois tinha que “jogar 8, 10 quilômetros” pra “fechar” com o hodômetro; afirmou que ele próprio fazia, a mando dos proprietários; via que tinha alunos que com 5, 6 aulas não estavam prontos para dirigir; ressaltou que somente ele dava aulas da categoria “D” na autoescola; nunca levou a outras pessoas as irregularidades porque precisava do emprego e, ademais, os réus sempre foram bons patrões; tem absoluta certeza de que os réus tinham conhecimento dos fatos (mídia de p. 769-776).

Ademir Roberto Concatto: o CFAP juntado à p. 73 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca ao número das aulas realizadas, nome da instrutora e também à quilometragem. As informações foram ali inseridas pelo instrutor Fernando Menegat, subordinado aos acusados.

Com efeito, o aluno relatou que assinou as planilhas de frequência de uma única vez, no próprio CFC, que fez apenas uma aula prática, inclusive por um trajeto curto, e que o instrutor que o acompanhou foi Fernando, não Maria Salete (p. 64). Ademir confirmou seus dizeres em Juízo (mídia de p. 745). Entretanto, o documento de p. 73, falsamente, indica que as aulas teriam sido ministradas em 20 oportunidades e pela ré Maria Salete.

A falsidade das marcações de quilometragem é evidente, na medida em que a quilometragem final do veículo MCM 6268, supostamente utilizado para a ministração da aulas, constante no CFAP é de 145.967 quilômetros, enquanto que o laudo pericial de p. 332-337 dos presentes autos atesta que a quilometragem é de 113.775 quilômetros. O instrutor Fernando Menegat, em Juízo, apesar de não discorrer sobre o fato concreto, relatou que trabalhou como instrutor no CFC Estrela pelo prazo de um ano; era habilitado a dar aulas para as categorias “B” (carro) e “E” (caminhão), mas acabava dando aulas para as categorias “C” (ônibus) e “D” (carreta), apesar de legalmente só poder ministrar em duas; Maria Salete e Atenilson que determinaram que assim fosse feito, o que no início reclamou mas depois acabou acatando; a marcação das quilometragens não

era feita de maneira correta; houve situações em que ministrou aulas, na categoria “D”, em que na planilha constou como instrutora Maria Salete, o que era corriqueiro; havia também irregularidades na marcação das quilometragens, sendo que o que constava na planilha não refletia a realidade, pois tinha que “jogar 8, 10 quilômetros” pra “fechar” com o hodômetro; afirmou que ele próprio fazia, a mando dos proprietários; via que tinha alunos que com 5, 6 aulas não estavam prontos para dirigir; ressaltou que somente ele dava aulas da categoria “D” na autoescola; nunca levou a outras pessoas as irregularidades porque precisava do emprego e, ademais, os réus sempre foram bons patrões; tem absoluta certeza de que os réus tinham conhecimento dos fatos (mídia de p. 769-776).

Elimar Júnior de Lima Almeida: o CFAP juntado à p. 56 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca ao número das aulas realizadas e ao nome da instrutora.

Com efeito, o aluno relatou que no dia 17/6/2015 fez sua única aula prática, com o instrutor Fernando, sendo que este, após terem feito determinado trajeto, informou-lhe que ele já estava apto, não precisaria realizar todas as 20 aulas, bastando se deslocar até a autoescola, conversar com o pessoal e assinar alguns documentos. Contou que no CFC uma moça lhe orientou a assinar todas as linhas de um documento, onde constava “aluno”, tendo assim procedido. Elimar confirmou seus dizeres em Juízo (p. mídia de p.745).

O documento de p. 56 não contém os horários e as quilometragens, pois foi apreendido antes que pudesse ser totalmente preenchido na autoescola, em atendimento à praxe corriqueira. Porém, a falsidade já está caracterizada, na medida em que o aluno assinou as 20 aulas, sendo que fez unicamente uma, e a instrutora aparece como sendo a ré Maria Salete, quando quem ministrou as aulas foi o instrutor Fernando.

O depoimento de Fernando Menegat já foi citado anteriormente e também serve para este caso.

Vinicius Tanelo Carrel: o CFAP juntado à p. 270 dos autos n. 2845-26 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca às datas, horários e número das aulas realizadas e também à quilometragem. As informações foram ali inseridas pela instrutora Elisângela Tides da Luz, subordinada aos acusados. Com efeito, o aluno relatou que realizou somente 18 aulas práticas de automóvel, quando o correto seriam 25, e que não realizou qualquer aula no período noturno, apesar da obrigatoriedade prevista na Portaria n.655 do DETRAN. Em Juízo, Vinicius confirmou, de maneira bastante clara e firme, seus dizeres (mídia de p.745). Porém, o documento de p. 270 indica a realização de 25, inclusive em horário noturno (9, 12, 15 e 16), contrariando o depoimento do aluno.

A falsidade das marcações de quilometragem é evidente, na medida em que a quilometragem final do veículo Ford Fiesta MLI 7233, supostamente utilizado para a ministração da aulas, constante no CFAP é de 42.233 quilômetros, enquanto que o laudo pericial de p. 339-342 dos presentes autos atesta que a quilometragem é de 37.915 quilômetros. A instrutora Elisângela Tides da Silva, extrajudicialmente, afirmou que ministrou todas as aulas para o aluno e que preenchia corretamente as planilhas com as quilometragens, entretanto, seu depoimento é derruído pelo que disse o aluno Vinicius judicialmente, bem como pela perícia realizada pelo IGP (p. 405-407). A instrutora, ainda, relatou que os proprietários do CFC já chegaram a dizer que se um aluno fosse bem era para a depoente dar só algumas aulas e encaminhar para o teste, mas sempre disse não, pois “as planilhas não iriam fechar”.

Por fim, houve certificação por parte do CFC (p.269).

Leonardo Zanoni de Lima: o CFAP juntado à p. 212 dos autos n. 2845-26 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca às datas, horários e número das aulas realizadas e também à quilometragem. As informações foram ali inseridas pela instrutora Ivaneide Batista da Silva, subordinada aos acusados.

Com efeito, o aluno relatou que somente realizou aulas no período noturno, que jamais foi-lhe ministrada aula nos sábado e que acredita não ter participado de todas as aulas exigidas. Ocorre que o documento de

p. 212 indica a realização de aulas nos dias 18/9/15, nos horários das 19h, 21:30h e 22:20h, e 19/9/15, nos horários das 07:30h, 10:00h e 10:50h (20, 21, 22, 23, 24 e 25, ao passo que o documento foi protocolado junto ao DETRAN na tarde do dia 18/9/2015, ou seja, antes da realização das supostas aulas, o que foi confirmado pela testemunha Luciane Senger em Juízo (mídia de p. 745) e já constava às p. 193-195 dos autos n. 2845-26.

Além disso, há marcação de uma aula no período diurno (7). A falsidade das marcações de quilometragem é evidente, na medida em que a quilometragem final do veículo Renault Sandero MJG 7897, utilizado para a ministração da aulas, constante no CFAP é de 84.245 quilômetros, enquanto que o laudo pericial de p. 349-352 dos presentes autos atesta que a quilometragem é de 79.211 quilômetros.

A instrutora Ivaneide Batista da Silva, extrajudicialmente, registrou que nunca ministrava aulas durante o dia e uma das razões seria a incompatibilidade de horários e que nunca teria solicitado que alunos assinassem as planilhas de frequência em branco. Entretanto, confirmou ter preenchido a planilha de frequência do candidato Leonardo de maneira irregular (p. 276-277 dos autos n. 2845-26).

Por fim, houve certificação por parte do CFC (p.210).

Jaqueline Ferreira Brandão: o CFAP juntado à p. 392 dos autos n. 2845-26 apresenta informações falsas inseridas, notadamente no que toca às datas, horários e número das aulas realizadas e também à quilometragem. As informações foram ali inseridas pela instrutora Ivaneide Batista da Silva, subordinada aos acusados.

Com efeito, a aluna relatou que assinou as planilhas de uma única vez, sendo que algumas aulas já estavam preenchidas, e que não realizou aula prática no dia 19/9/2015 (p. 388 dos autos 2845-26). Porém, o documento de p.392 indica a realização de duas aulas em 19/9/2015. A falsidade das marcações de quilometragem é evidente, na medida em que a quilometragem final do veículo Renault Sandero MJG 7897, utilizado para a ministração da aulas, constante no CFAP é de 84.226 quilômetros, enquanto que o laudo pericial de p. 349-352 dos presentes autos atesta que a quilometragem é de 79.211 quilômetros.

Por fim, houve certificação por parte do CFC (p.391).

Márcio Luiz Maier: aqui, melhor sorte assiste aos acusados. É que, apesar de realmente ter restado comprovado nos autos que o endereço apresentado pelo candidato como sendo de sua residência não era verídico, pois no local residia sua filha, não há como se apontar, estreme de dúvidas, que o réu Atenilson efetivamente sabia desta informação.

No depoimento de p. 259-260, prestado perante o Delegado de Polícia, o candidato contou que “comentou com NILSON que sua residência era em Palmas/PR”, entretanto, esta é a única informação que aponta para o conhecimento do acusado da situação neste tópico tratada. No restante do depoimento extrajudicial não há, sobre este tópico, relatos indicando a ciência de Atenilson, mas tão somente a confissão do próprio candidato de que efetivamente não residia no local.

Além disso, há de se destacar que o contrato de locação de p.248-252 consta como locatário a pessoa do Sr. Márcio Luiz Maier, documento assinado por testemunhas e autenticado em cartório.

Com efeito, considerando que a prova judicial não incidiu sobre esta específica situação (ciência inequívoca do réu acerca do real domicílio do candidato), que a prova extrajudicial sobre o tema cinge-se a uma única linha do depoimento policial do candidato, que a conduta destoa das demais tratadas neste ponto da sentença (falsificação dos CFAP's) e que há efetivamente um contrato de locação de imóvel localizado na cidade de Joaçaba que consta o candidato Márcio Luiz Maier como locatário, há no mínimo dúvida sobre a atuação e ciência dos réus acerca da falsidade, razão pela qual a absolvição é medida de rigor.

No que tange à autoria de todos os demais delitos descritos no item “Fato 1” da denúncia, como já foi dito aqui, os réus Atenilson e Maria Salete apresentaram negativa total, sustentando os dois que dentre suas

funções na empresa não estava a análise das planilhas de quilometragem dos veículos e de horas-aula dos alunos. Ocorre que esta versão é inverossímil, pra não dizer impossível, o que não seria exagero afirmar.

Ora, os dois réus eram os proprietários dos CFC's, atendiam e tratavam de pagamentos com clientes, administravam os locais, ministravam aulas (no caso de Maria Salete, como ela mesma relatou), mas jamais chegaram perto dos processos dos alunos?

Durante todos estes anos que possuem autoescola, nunca verificaram se as aulas estavam sendo fornecidas pelos instrutores? Nunca receberam reclamações dos alunos sobre o tema? As dezenas de processos irregulares foram obra maquiavélica das secretárias que colhiam as assinaturas? É verdade que a prova não é tão incisiva no sentido de imputar diretamente aos acusados o ato prático de colher as assinaturas em planilhas em branco e depois, eles próprios, preenchê-las da forma que era exigida pelas normas do DETRAN, ou o contrário, colher as assinaturas depois que as planilhas já estivessem preenchidas. Entretanto, para casos como o que se apresenta, a jurisprudência tem consagrado a Teoria do Domínio do Fato, no sentido de permitir a imputação do fato criminoso não somente àquele agente que de forma direta realiza a conduta prevista no tipo penal, mas também àqueles que possuem o controle finalístico da ação, o comando, gestão e inclusive o poder de interromper a conduta criminosa.

[...]

É óbvio que esta Teoria deve ser adotada com cautela, a fim de evitar a odiosa responsabilidade penal objetiva, repelida pelo ordenamento. Inclusive, sobre o tema, destaco que este Juízo tem tomado este cuidado, notadamente na matéria tributária, em que, por vezes, pessoas se veem envolvidas em processos criminais unicamente por possuírem a qualidade de sócios de determinada pessoa jurídica que, por uma série de razões, deixou de pagar tributos. Quando comprovado, ainda que na fase inicial do processo, que o denunciado/indiciado não possuía qualquer poder de ação no caso concreto, a providência do Juízo, com concordância do Ministério Público local com atribuições na área, tem sido a absolvição ou até rejeição da denúncia.

Porém, o caso vertente não possui estes contornos. Não há risco de penalização objetiva. Há dezenas de documentos em que comprovadamente foram inseridas informações inverídicas, há perícias nos veículos, há depoimentos de ex-instrutores confirmando a realização de práticas ilegais em obediência às ordens superiores, há depoimentos de ex-alunos, tanto na fase policial quanto em Juízo, confirmando a não realização de aulas e há os firmes e esclarecedores depoimentos judiciais do Delegado Regional de Polícia e da então Coordenadora do CIRETRAN local, explicando como se deu a investigação e o descobrimento das fraudes.

Nesta ordem de ideias, toda a gama de provas produzidas tanto na fase inquisitorial quanto em Juízo dão a segurança de que os acusados efetivamente ditavam a maneira como as atividades de sua própria empresa seriam desenvolvidas - como aliás era de se esperar - o que permitia a cobrança de valores muitas vezes inferiores à prática do mercado, justamente diante dos menores custos decorrentes da ministração de aulas em número menor do que o legalmente exigido.

Após analisar todo o feito, a sensação que tive é a de que os acusados incorporaram uma prática ilícita, com consequências bastante graves (autorização para que pessoas inábeis obtivessem CNH), como se fosse algo natural e aceito por todos, algo como, "se a pessoa já sabe dirigir, por que tem que fazer todas estas aulas?". A resposta pode estar nos 37.306 óbitos e 204.000 feridos hospitalizados devido a acidentes de trânsito nas rodovias nacionais, segundo dados do Ministério da Saúde no ano de 2015.

Assim, não competia aos acusados decidir se cumpririam ou não com as determinações do DETRAN, ainda que esta situação fosse (ou seja) comum no meio das autoescolas. Não concordavam com a prática e a assumiram "porque todo mundo faz"? Pois que denunciassessem às autoridades competentes, não podendo este Juízo cancelar as graves, sequenciais e reiteradas práticas ilícitas.

Neste norte, destaco que talvez tivesse sido mais adequado aos réus, empresários, geradores de renda para o município, terem comparecido ao Juízo para relatar os fatos com sinceridade, assumir os equívocos, confirmar os erros. Mas talvez pela influência das grandiosas autoridades deste País, que dia após dia bradam sua total inocência e ingenuidade, porque, coitados, nunca viram ou ouviram nada dos esquemas criminosos que corriam arditosamente sob suas barbas, tenham preferido a busca por subterfúgios ao invés da simples verdade. Deste modo, diante da farta prova documental, pericial e testemunhal confirmada em Juízo, é possível concluir, sem dúvidas, de que os acusados Atenilson e Maria Salete, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, de maneira dolosa, inseriram e fizeram inserir, na condição de proprietários das autoescolas e gestores do modus operandi ali praticado, informações falsas nos Controles de Frequência de Aulas Práticas de candidatos à confecção e renovação de CNH, documentos que eram destinados a instruir processos protocolados junto ao DETRAN.

O objetivo era alterar a verdade de fato juridicamente relevante, no caso, o número real de horas aula, os horários em que foram praticadas, o veículo utilizado, o instrutor e a quilometragem. A relevância das falsidades é evidente e exsurge do fato de que a informação verdadeira não permitiria aos candidatos obter as habilitações ou mudanças de categoria que pretendiam.

Assim, presentes autoria, materialidade e tipicidade de 15 crimes previstos no artigo 299, caput, do Código Penal, e presente a culpabilidade, já que os réus são imputáveis, tinham potencial consciência da ilicitude e podiam e deviam ter agido de maneira diversa, a condenação de Atenilson Moslinger e Maria Salete Cavalheiro Moslinger é a solução adequada, nos termos do artigo 71 do Código Penal (sublinhamos).

A título de esclarecimento, salienta-se que “a técnica da fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF” (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes), sobretudo porque expostos os elementos de convicção utilizados para respaldar o raciocínio lógico aqui explanado (A esse respeito: STF. HC 112.207/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 25-09-2012; HC 92.020/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 08-11-2010; HC 93.574/PB, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 01-08-2013 e do STJ HC 388.243/RS, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 15-05-2018).

Pois bem.

Em que pese a análise da (in) adequação típica das condutas praticadas deva, via de regra, preceder a incursão no campo probatório, no caso dos autos a suposta atipicidade da conduta está fundamentada na ausência de dolo. Por assim dizer, o elemento volitivo, determinante para a configuração delitiva, somente poderá ser analisado com base nas provas produzidas ou, em outras palavras, é questão que se confunde com o mérito e, justamente por isso, deve com ele ser analisada.

Consoante o trecho da sentença anteriormente transcrito, os elementos de prova carreados demonstram que os apelantes Atenilson e Maria Salete infringiram, por 15 (quinze) vezes, a norma legal tipificada no art. 299, caput, do Código Penal, ao determinarem ao funcionários de seus Centro de Formação de Condutores (CFC) a inclusão de dados falsos nos processos de capacitação de condutores por eles geridos, na vil tentativa de obter vantagem econômica.

No aspecto, os depoimentos judiciais do Delegado Regional de Polícia Civil **Dr. Daniel Sá Fortes Régis; da** Coordenadora do Setor de CNH da Delegacia Regional de Polícia Civil em Joaçaba,

Luciane Thais Contini Senger; dos instrutores do “CFC Estrela” **Fernando Menegat** e **Ivanir Bortoli Neumayr** (os quais trabalharam no local por cerca de 1 ano) e dos alunos **Sérgio Reis Fernandes**, **Ademir Concatto**, **Elimar Júnior Lima de Almeida** e **Vinicius Tanelo Carrel**, não deixam dúvidas que Atenilson e Maria Salete determinavam aos instrutores que deixassem de prestar aulas práticas aos condutores que já possuíssem alguma experiência na direção de automotores.

Eles eram orientados e pedir aos alunos que assinassem as planilhas de frequência (CFAP) em branco, possibilitando a inclusão posterior de horas/aula como se efetivamente tivessem sido prestadas, com registro de dados falsos quanto à quilometragem percorrida pelos veículos de ensino, tudo afim de dar veracidade à fraude praticada.

Referida prática tinha por fim alterar “a verdade *“sobre fato juridicamente relevante”*”, atestando aos condutores experiência prática que não detinham, conduta que encontra correspondente legal no crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal, cuja redação é a seguinte:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular

Acerca do elemento volitivo exigido para a configuração do tipo penal, colhe-se dos ensinamentos de Celso Delmanto:

O dolo, que consiste na vontade livre e consciente de omitir, inserir ou fazer inserir, e o elemento subjetivo do tipo referido pelo especial fim de agir (“com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”). Na doutrina tradicional indica-se o “dolo específico”. Não há forma culposa. Não há crime, portanto, se o agente age por brincadeira ou faz declaração atestando a maioria de filhas menores tão somente para que esta ingresse num concurso de beleza, boate ou festa. (DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto Delmanto. Código Penal Comentado, 1ª edição.. Saraiva, 1/2016. Biblioteca digital do TJSC).

No mesmo sentido:

O primeiro é o dolo. Não basta, porém, a vontade de alterar a verdade. Exige-se um segundo elemento subjetivo do tipo, que é a intenção de lesar contida na expressão “com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”. Nesse sentido: RJTJSP, 46:356, 49:343, 53:326 e 70:334; RF, 223:304; RT, 488:310, 543:331, 542:339, 590:334, 537:272 e 520:370. Há entendimento no sentido de não se exigir a intenção de causar dano: RT, 255:575. Exige-se o conhecimento de falsidade: RT, 491:292. Não há falso culposos: RT, 537:272. (JESUS, Damásio de. *Código penal anotado*, 23ª edição.. Saraiva, 10/2015. Biblioteca digital do TJSC).

Com efeito, o dolo específico de *alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante* restou demonstrado na clara e inequívoca conduta dos agentes ao determinarem que seus funcionários inserissem dados falsos nos prontuários dos alunos para fazer constar como obtidas as aulas práticas exigidas por lei para formação dos condutores.

O dolo é tão evidente que a orientação para colocar “quilometragem a mais” nas planilhas para “fechar” os apontamentos não deixa dúvidas de que a intenção era a de, eficazmente, “*alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante*”.

Nessa perspectiva, presente o “dolo específico”, não há falar em ausência de adequação típica das condutas praticadas.

Em caso semelhante, já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADOS. CADERNO PROBATÓRIO SUFICIENTEMENTE PRODUZIDO NO CADERNO PROCESSUAL. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL UNÍSSONAS. APELANTE QUE COLOU FOTOGRAFIA SUA NA CARTEIRA DE IDENTIDADE DE OUTREM. ALEGADO FRAGILIDADE PROBATÓRIA DO DOLO SUBJETIVO DO AGENTE. INSURGÊNCIA QUANTO A AUSÊNCIA DE FINALIDADE/PREJUÍZO CAUSADO PELOS ATOS DO RECORRENTE. TESE RECHAÇADA. INSERÇÃO DE DECLARAÇÃO FALSA EM DOCUMENTO DE IDENTIDADE. DOLO SUBJETIVO PRESENTE NO ATO DE ALTERAR A VERDADE SOBRE FATO JURIDICAMENTE RELEVANTE. TIPICIDADE RECONHECIDA. ADEMAIS, CRIME FORMAL QUE PRESCINDE DA OCORRÊNCIA DO RESULTADO LESIVO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PARA A SUA CONFIGURAÇÃO. PRETENSÃO NEGADA. PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECLAMO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001234-49.2016.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Primeira Câmara Criminal, j. 14-05-2020).

Logo, diante do robusto conjunto probatório, colhido sob o crivo do contraditório, a absolvição afigura-se inviável, por quaisquer dos fundamentos invocados.

Aliás, ao contrário do que sustenta a defesa de Maria Salete, o fato de nem todos os 15 (quinze) alunos vitimados pela prática criminosa dos réus terem sido ouvidos em juízo não importa em ausência de prova das condutas praticadas.

Isso porque os instrutores Fernando e Ivanir foram categóricos ao descrever o *modus operandi* dos apelantes, o que foi confirmado pelo Delegado Daniel e pela Coordenadora Luciane. Em última análise, os indícios coletados na instância investigativa foram corroborados pelas provas documentais produzidas (como é o caso do espelho de controle de frequência assinado em branco à fl. 56) e por estes testigos, a impedir falar em absolvição, em especial por falta de provas.

Não bastasse, o diligente magistrado ainda fez referência à teoria do domínio do fato para demonstrar o caminho por ele percorrido na formação de seu convencimento. De dizer, quanto ao ponto, que a robustez probatória tornaria prescindível referido exercício hermenêutico, uma vez que, não obstante a ausência de oitiva de todas as vítimas, as provas sobejam no sentido de que os apelantes orientavam seus funcionários a realizar a inserção de dados falsos nos prontuários dos alunos como regra, em todos os procedimentos em que o aluno possuísse alguma noção básica de direção.

Quanto ao ponto, bem ponderou a Procuradoria-Geral de Justiça, em Parecer da lavra do Dr. Andrey Cunha Amorim:

No mesmo trilhar merece ser rechaçada a tese exclusiva da defesa da apelante Maria Salete, de que a condenação só poderia se dar a respeito de três fatos, pois apenas três alunos foram ouvidos em juízo. Ora, seria absolutamente contraproduzitivo, desnecessário e protelatório ouvir quinze alunos, que certamente diriam a mesma coisa. Aliás, creio que não seria necessário ouvir um dos ex-alunos sequer. Isso porque os dizeres dos agentes públicos e dos instrutores a respeito das ordens repassadas pelos insurgentes, para falsificação dos documentos em questão, já seria o suficiente. As suas versões colhidas em juízo são aptas a confortar as narrativas idênticas dos ex-alunos das auto-escolas, os quais informaram que não praticaram todas as aulas, que preenchiam as planilhas em branco, que não realizavam aulas noturnas, alguns que o efetivo instrutor não condizia com aquele que assinara o documento etc.

Ademais, há exame pericial de que a quilometragem colocada nos CFAP's não era compatível com aquelas verificadas nos respectivos hodômetros dos carros utilizados, constituindo-se prova cuja reprodução é desnecessária.

Por fim, o magistrado a quo baseou-se na chamada teoria do domínio do fato para imputar os crimes aos apelantes. Sequer precisaria de tanto, a meu ver. Isso porque, ao determinar que a política de falsificação de documentos na empresa para captar mais clientes e diminuir os custos das aulas práticas, o que foi confirmado pelos instrutores e alunos em ambas as fases, coloca os recorrentes como concorrentes do crime, muito embora não haja prova de que eles próprios tenham preenchido os documentos com as informações falsas, ou seja, autores propriamente dito (em distinção a partícipe, da teoria dualista). Como o Código Penal adota a teoria monista (art. 29), todos aqueles que concorrerem para a prática delituosa respondem pelo crime, na medida de sua culpabilidade. Assim, muito embora tenha sido aplicada a teoria do domínio do fato de maneira escorreita, porquanto os apelantes controlavam finalisticamente as condutas criminosas, inclusive pelo poder de fazer cessar a prática, não seria necessária lançar mão de tal expediente. A própria regra geral do Estatuto Repressivo é suficiente para abranger os apelantes como autores do delito. Diante de todo esse cenário, não há como falar em responsabilidade penal objetiva, vez que sobejamente comprovada vontade consciente, livre e desembaraçada, de ambos os apelantes no cometimento do delito de falso (fls. 107-108).

Portanto, ao contrário do que alega a defesa dos acusados, não há falar em condenação com base unicamente em indícios, uma vez que eles foram confirmados pela prova colhida sob o crivo do contraditório, a impedir falar em afronta ao art. 155, do Código de Processo Penal.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

Este é o voto.

PRIMEIRO GRAU

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL Nº 0321941-48.2015.8.24.0038/SC

AUTOR: FRANCINE GLEISY DOS PASSOS

RÉU: COMPANHIA ÁGUAS DE JOINVILLE

SENTENÇA

I. A causa que determinou a suspensão do processo, nos termos do art. 313, V, “a”, do CPC (evento 31:100), não mais se apresenta, eis que encerrada a instrução probatória nos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038, motivo pelo qual o presente feito retoma o seu trâmite regular.

II. Trata-se de Indenizatória promovida por FRANCINE GLEISY DOS PASSOS, em face de ÁGUAS DE JOINVILLE - COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO, partes qualificadas.

Aduziu a parte autora, em síntese, que reside em imóvel localizado nas imediações da estação de tratamento de esgoto do bairro Paranaguamirim, nesta Comarca. Aproximadamente no ano de 1984, a CASAN construiu a mencionada estação e, desde então, os moradores da região são obrigados a conviver com mau cheiro, insetos, roedores e doenças, além da vergonha e do constrangimento de residir em local nessas condições. Sustentou que, embora decorridos muitos anos desde a instalação da aludida ETE (Estação de Tratamento de Esgoto), a requerida, até o momento, não tomou providências para solucionar tal problema. Requereu a reparação de danos morais e a concessão da Gratuidade da Justiça. Juntou documentos.

Recebida a inicial, deferiu-se o benefício da Gratuidade.

Citada, a ré apresentou contestação. Arguiu, em preliminar, a ilegitimidade ativa, sob a alegação de que a parte autora não comprovou residir no local, bem como a sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que, por aproximadamente 32 anos, os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município de Joinville estiveram ao encargo da CASAN, antiga concessionária, de modo que não poderia responder pelos atos praticados por ela ou pelo município. Como prejudicial de mérito, sustentou que a pretensão da parte autora fora atingida pela prescrição trienal, vez que os fatos tiveram início em 1984. No mérito, argumentou ser uma empresa distinta da CASAN. Defendeu, ainda, a inexistência de prestação de serviços e de relação de consumo no caso concreto. A ETE Jarivatuba é a principal estação de tratamento do Sistema de Esgotos Sanitários de Joinville. O sistema de tratamento foi concebido sob a forma de “lagoas de estabilização”, constituído por seis lagoas em série, duas anaeróbias, uma facultativa e três de maturação. Com o crescimento da cidade, a área em torno da ETE passou a ser ocupada pela população, sendo natural a existência de odores.

As concentrações de sulfato constituem a maior causa dos odores emitidos pela dita estação, vez que em condições anaeróbicas o sulfato é reduzido a sulfeto e, dependendo do pH do meio, é liberado para a atmosfera na forma de gás sulfídrico, o qual possui forte odor. Em razão disso, foi instalado um Sistema Neutralizador de Odores, ao passo que a construção de uma estação de tratamento de esgoto mais moderna está em vias de ocorrer, o que reduzirá a emissão de odor. Sustentou que a estação de tratamento de esgoto proporciona qualidade de vida à população e que doenças, roedores e insetos não são observados nas adjacências. Aduziu não haver prova de que o odor e a aludida estação tenham causado a proliferação de doenças, de roedores e de insetos, ou de qualquer problema de saúde para a população local ou à parte autora. Ao final, requereu o acolhimento das preliminares e, subsidiariamente, a improcedência dos pedidos iniciais. Juntou documentos.

A parte autora apresentou manifestação à contestação.

A instrução do feito ocorreu de forma conjunta com os autos em apenso n. 0302016-66.2015.8.24.0038, em razão da conexão.

É o relatório.

Preliminar - ilegitimidade ativa

A requerida arguiu a ilegitimidade ativa da parte demandante, sob a alegação de que não comprovou residir nas proximidades da estação de efluentes.

Contudo, os documentos juntados nos eventos 1:5 (contas de água e luz, e declaração de residência) e 27:98 (relatório de visita in loco), comprovam que reside no local, pelo menos, desde agosto/2015.

Preliminar - ilegitimidade passiva

No que concerne à ilegitimidade passiva, argumentou a ré que, por 32 anos, os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Joinville estiveram a cargo da CASAN, antiga concessionária, de modo que não poderia responder pelos atos praticados por ela ou pelo município.

A legitimidade relaciona-se com a titularidade do direito material em litígio.

A ETE Jarivatuba atualmente é operada pela ré, fato mencionado na própria contestação (evento 14:38, item 3.2). Logo, é a responsável por eventuais danos decorrentes da atividade que exerce, sendo parte legítima para figurar na polo passivo da demanda.

Rejeita-se, portanto, a preliminar.

Prejudicial de Mérito - prescrição

A demandada sustentou, ainda, a ocorrência de prescrição, vez que os fatos tiveram início em 1984.

De acordo com a peça póstica, a parte autora estaria a todo momento sendo lesada pelo mau cheiro e pela convivência com insetos e roedores, o que protraí no tempo o suposto dano moral.

Assim, não há que se falar em prescrição, restando afastada a prejudicial arguida.

Mérito

Trata-se de Indenização por danos morais promovida por FRANCINE GLEISY DOS PASSOS, em face de ÁGUAS DE JOINVILLE - COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO, partes qualificadas, na qual a parte autora busca a compensação por abalos extrapatrimoniais sofridos em decorrência de fortes odores que atingem a sua residência, supostamente provenientes da estação de tratamento de esgoto administrada pela empresa requerida (ETE Jarivatuba).

Tocante à aplicabilidade do Digesto Consumerista ao caso em comento, extrai-se de acórdão da lavra do eminente Des. Fernando Carioni, in verbis:

Ab initio, registra-se que, diante da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a autora há de ser considerada consumidora, não como a beneficiária ou utilizadora dos serviços, mas sim equiparada àquele que é vítima do evento, conforme conceituado no art. 17 do Código Consumerista, devendo-se aplicar a responsabilidade objetiva, porque foi prejudicada pela imperfeição dos serviços prestados pela empresa apelante, o que imputa a esta o dever de reparar os danos, na forma prevista pelo caput do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (...). (TJSC, AC n. 2006.014542- 9, de Indaial)

In casu, a parte autora é considerada consumidora, ainda que por equiparação, ao passo que a demandada enquadra-se no conceito de fornecedor, nos termos do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor:

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..

Logo, aplicam-se ao caso as normas consumeristas.

Responsabilidade da requerida

A Companhia Águas de Joinville é uma Sociedade de Economia Mista Municipal e exerce a concessão da prestação de serviços de saneamento básico nesta cidade, nos termos da Lei 5.054/2004 e do Contrato de Concessão n. 363/2005.

A responsabilidade civil das concessionárias de serviço público é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 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.

Considerando que se está sob a égide do Digesto Consumerista, o pleito indenizatório também encontra respaldo nos artigos 6º, VI, 14, 17 e 22, todos do referido Diploma Legal, que assim dispõem:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos

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.

§ 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, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

A questão envolve, ainda, a legislação ambiental. A Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece que:

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente. (grifou-se)

Por se tratar de responsabilidade objetiva, incumbe à parte autora demonstrar a conduta, o dano e o nexo de causalidade. Por sua vez, cabe à requerida comprovar a presença de alguma causa excludente de ilicitude, a fim de afastar o dever de indenizar.

No caso em tela, adianta-se, não houve comprovação do dano.

A Estação de Tratamento Jarivatuba está localizada entre os bairros Ulysses Guimarães, Paranaguamirim e Jarivatuba, localizados em Joinville/SC.

A parte autora reside na Servidão Ilca Malon, 85, bairro Paranaguamirim, na cidade de Joinville/SC, pelo menos, desde agosto de 2015, conforme se extrai dos documentos dos eventos

1:5 (contas de água e luz, e declaração de residência) e 27:98 (relatório de visita in loco). Embora a residência esteja nas proximidades da estação de efluentes, a perícia concluiu que está fora da área atingida por odores provenientes da ETE Jarivatuba (evento 1043:762, p. 04, item 258, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038), conforme será analisado na sequência.

Monitoramento da concentração de H₂S

A perícia realizada nos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038 efetuou monitoramento ambiental do sulfeto de hidrogênio (H₂S), tendo em vista que “é um dos principais compostos odorantes produzidos em estações de tratamento de efluentes (ETEs), especialmente quando se trata de sistemas de tratamento anaeróbio” (evento 872:647, p. 20, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038).

Foram adotados parâmetros internacionais para avaliar a qualidade do ar, vez que inexistem valores de referência na legislação pátria:

[...] tanto a nível nacional quanto a nível estadual, não existem padrões de qualidade do ar referentes ao parâmetro sulfeto de hidrogênio (H₂S). Ou seja, não há nenhum valor de referência quanto à concentração máxima deste parâmetro no ar ambiente, pois os padrões vigentes, estabelecidos pela Resolução CONAMA 003/90, não mencionam este parâmetro. O Código Ambiental Estadual de Santa Catarina (Lei 14.675/2009), em seu artigo 290 estipula que o CONSEMA (Conselho Estadual de Meio Ambiente) deveria regulamentar “os critérios e a metodologia para constatação de emissão de odor em quantidades que possam ser perceptíveis fora dos limites da área de propriedade da fonte emissora”. Entretanto, esta regulamentação ainda não foi publicada. Visto que não há padrão de qualidade do ar para o parâmetro H₂S no Brasil, a avaliação destes resultados foi realizada com base em alguns critérios internacionais. (evento 872:648, p. 8, dos autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038) (grifei)

Consta no decantado laudo que “a OMS recomenda a concentração máxima de H₂S de 5 ppb ou 7,0 µg/m³ a fim de evitar a reclamação da comunidade”, em relação ao odor (evento 872:648, p. 9, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038).

Monitoramento de odor – olfatométrica de campo

Para medir a concentração de odor no ar ambiente, a metodologia adotada foi a olfatométrica de campo, método que “permite avaliar de forma quantitativa o potencial impacto do odor percebido nos locais de interesse, no entorno das fontes de emissão” (evento 872:648, p. 10, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038).

O critério utilizado foi extraído da literatura internacional, que estabelece “que o nível recomendado a fim de minimizar a possibilidade de ocorrência de reclamações por parte da comunidade é tal que a concentração de odor nos pontos de monitoramento (receptores do entorno) seja inferior a 7 D/T” (evento 872:648, p. 24, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038).

Modelagem de dispersão atmosférica de H₂S e odor

Além da olfatométrica de campo, foi empregada a “modelagem de dispersão de sulfeto de hidrogênio (H₂S) e de Odor para auxiliar no mapeamento do alcance da pluma de odor no entorno do empreendimento” (evento 872:648, p. 25, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038), com o objetivo de avaliar a extensão da pluma de odor oriunda da ETE Jarivatuba.

Mais uma vez, os critérios de referência embasaram-se na “literatura e normativas internacionais, devido à ausência de padrões no Brasil para o assunto” (evento 902:674, p. 19, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038); “adotou-se o valor de 1,0 µg/m³ como o valor limite desejado a fim de avaliar a situação na qual o potencial incômodo para a comunidade seja mínimo” (evento 872:649, p. 6, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038).

Portanto, estipulou-se que o valor máximo desejável de sulfeto de hidrogênio no ambiente é de 1 µg/m³, na média de 1 hora, para o percentil 99 (evento 902:674, p. 20, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038).

A perícia foi realizada entre os meses de abril e agosto de 2018 (evento 872:646, p. 16, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038), considerando inicialmente os dados apurados naquele período. Ocorre que, após a propositura da demanda, foi instalado na ETE Jarivatuba um sistema de oxidação de sulfeto (novembro de 2016), que reduziu expressivamente o impacto do odor.

Em razão disso, para que não houvesse distorções entre os dados periciais e o período a que se referem os fatos narrados na inicial, o laudo complementar apresentado no evento 902, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038, considerou dois cenários: a situação anterior à instalação do sistema de oxidação de sulfeto e a situação posterior. Para julgamento do caso em análise, considerar-se-á o primeiro cenário: antes de novembro/2016.

Como mencionado, o valor máximo desejável de sulfeto de hidrogênio no ambiente é de 1 µg/m³, na média de 1 hora, para o percentil 99 (evento 902:674, p. 20, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038).

A área afetada pelas emissões de odor da ETE Jarivatuba para o Cenário 1 (antes de novembro de 2016), de acordo com os critérios anteriormente descritos, consta no evento 902:674, p. 25/26, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038.

A figura indicada na página 20 do evento 902:674, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038, mostra o alcance da pluma de odor no entorno da ETE. As residências localizadas na faixa lilás apresentam de 1 a 3 µg/m³ de sulfeto de hidrogênio, na média de 1 hora, para o percentil 99. Já as residências localizadas na faixa azul apresentam de 3 a 5 µg/m³ de sulfeto de hidrogênio, na média de 1 hora, para o percentil 99.

A residência da parte autora encontra-se fora das faixas mencionadas (tabela apresentada no evento 1043:762, p. 04, item 258, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038, que não fora impugnada pela parte autora no evento 1051 daqueles autos). Portanto, de acordo com os critérios ora utilizados, NÃO sofre influência de odor proveniente da ETE Jarivatuba em patamar capaz de causar incômodo.

Apenas por amor ao debate, destaca-se que o estudo considerou, tão somente, as fontes de odor provenientes da estação de efluentes da requerida. Conforme abordado no item 2.5 do laudo, “foram identificadas outras possíveis fontes de odor na área de estudo, notadamente pontos de depósito irregular de resíduos sólidos (lixo), bem como indícios de lançamento de efluente doméstico diretamente nos dois córregos/canais de drenagem localizados a oeste e ao sul da ETE” (evento 872:649, p. 22, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038). O laudo registrou que:

As áreas localizadas fora desta pluma podem eventualmente estar sujeitas a concentrações acima de 1,0 µg/m³, porém com uma frequência muito reduzida, ou seja, menos de 1% do tempo ao longo do ano. Portanto, segundo o critério adotado, não fazem parte da área sujeita a impacto causado pela ETE. Nestes locais, pode haver influência de outras fontes de odor não ligadas ao objeto desta perícia (por exemplo, as fontes de odor mencionadas no laudo pericial – lançamento de efluentes in natura nos canais de drenagem, ou depósitos irregulares de resíduos sólidos – conforme mapeado na Figura 16 do laudo pericial – fl. 2462). (evento 1043:762, p. 21, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038)

Portanto, a perícia concluiu que algumas residências do entorno estão dentro da área de influência dos córregos, onde o eventual odor predominante é oriundo dessas outras fontes, não relacionadas à ETE Jarivatuba (evento 872:649, p. 22, dos Autos n. 0302016-66.2015.8.24.0038), o que permite afirmar que não decorre da atividade exercida pela requerida.

Nesse contexto, porque ausente a comprovação taxativa do dano, não há que se falar em dever ressarcitório.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão inicial.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, atendendo-se aos parâmetros estabelecidos no art. 85, §2º, do Código de Processo Civil, cuja exigibilidade fica suspensa pelo prazo de 05 (cinco) anos (art. 98, § 3º, do CPC), considerando que a parte autora é beneficiária da Gratuidade da Justiça (evento 9:34).

Extingo o processo com resolução do mérito (art. 487, I, do CPC).

Após o trânsito em julgado, arquivem-se.

Signatário (a): RAFAEL OSORIO CASSIANO, Juiz de Direito

Data e Hora: 24/6/2020, às 18:43:37

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL Nº 0301791-40.2015.8.24.0040/SC

AUTOR: MARIA DE FÁTIMA MARTINS

RÉU: LAGUNA TRANSPORTES E TURISMO LTDA

RÉU: NOBRE SEGURADORA DO BRASIL S.A - EM LIQUIDAÇÃO

SENTENÇA

Vistos para Sentença.

Maria de Fátima Martins intentou a presente ação contra Laguna Transportes e Turismo Ltda, ambos devidamente qualificados na inicial.

A autora aludiu, em suma, que em 12/05/2014, ao retornar para casa após a jornada de trabalho, utilizava-se dos serviços de transporte disponibilizados pela ré quando, em determinado ponto do trajeto, por negligência e imprudência do motorista contratado pela requerida, Juaci Rodrigues Lopes, repentinamente realizou uma frenagem brusca para passar por uma lombada. Sustenta que, devido ao solavanco a autora acabou sofrendo uma queda no interior do veículo, vindo a cair e lesionar a coluna vertebral. Relata que devido ao sinistro, além de sofrer graves fraturas na coluna lombar e torácica, está afastada do trabalho por tempo indeterminado, conforme atestados médicos acostados, e, impossibilitada para realizar atividades domésticas cotidianas. Pleiteou indenização por dano moral pela má prestação de serviços disponibilizada pela requerida e pelos sofrimentos psicológicos advindos, pagamento dos salários que deixou de auferir desde a data do acidente até o trânsito da sentença, bem como, fixação de pensão mensal pela diminuição da capacidade laborativa e de valor indenizatório pela diminuição da capacidade física, até o final da convalescença. Discorreu acerca da responsabilidade civil, bem como sobre os danos decorrentes. Por fim, requereu: a citação da requerida; a procedência total dos pedidos para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, pagamento de lucros cessantes desde a data do acidente até o trânsito em julgado da sentença, além de pensão vitalícia; a condenação ao pagamento das custas e honorários advocatícios, e; requereu a concessão da gratuidade judiciária.

Valorou a causa e juntou documentos (evento 1, docs. 5-25).

Através de petição (evento 19) a autora solicitou a modificação do polo passivo da presente demanda, passando a figurar como ré a empresa Laguna Transportes e Turismo Ltda.

O despacho de evento 22 deferiu o pedido retro e designou audiência conciliatória, determinando-se a citação e intimação da requerida.

A audiência de conciliação restou infrutífera. No mesmo ato, a parte autora requereu a

produção de provas e abriu-se prazo para apresentação de contestação (evento 32).

A parte ré acorreu tempestivamente ao feito, apresentando resposta sob forma de contestação (evento 33). Alegou, preliminarmente, a denunciação da lide à Nobre Seguradora do Brasil S/A. Em sua peça defensiva sustenta que o acidente não se deu da forma mencionada na inicial, pois, seu preposto não agiu de forma imprudente ou imperita, tendo em vista que somente freou abruptamente o veículo para evitar um acidente maior em razão de conversão de outro veículo, ao cortar sua trajetória. Destacou que, o fato somente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, haja vista que, dentre todos os passageiros presentes, somente a requerente sofreu uma queda, sendo que estava sentada de forma vulnerável, descuidada e inadequada. No mérito, atacou a pretensão da autora, arguindo ausência de responsabilidade civil perante si, ausência de prova de conduta ilícita de seu preposto como elementos tendentes a afastar o dever de indenizar e culpa exclusiva da vítima. Discorreu sobre os danos pleiteados pela autora e sobre o pagamento dos valores ressarcidos pelo seguro DPVAT. Ao final, foi pela improcedência do feito vez que desprovido de meios probatórios condizentes com a realidade, a condenação da autora pelo pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, requereu o reconhecimento da denunciação à lide e o deferimento de prova pericial à autora.

Réplica por parte da autora (evento 37), repisando as teses elencadas na inicial, de que a ré agiu de forma negligente ao frear bruscamente para passar em lombada, motivo pelo qual, resultou a queda da autora.

A Decisão Interlocutória (evento 39) acolheu a denunciação da lide proposta pela ré, determinando em seguida, a devida citação da seguradora. No mesmo ato foi determinado a intimação da autora para manifestar-se sobre a resposta da denunciada.

A seguradora foi citada e veio defender-se tempestivamente por meio de contestação (evento 46). Por meio da peça, a litisdenunciada aceitou a denunciação realizada. Alegou, preliminarmente, que encontra-se em liquidação extrajudicial. Aduziu que seu dever de pagamento, se for reconhecido, deverá se restringir aos limites da apólice, motivo pelo qual não arcará com obrigações referentes a lucros cessantes e pensionamento, bem como, não responderá solidariamente com o segurado. Pugnou pelo deferimento das benesses da gratuidade judiciária. Juntou documentos (evento 46, docs. 69-82).

Réplica por parte da autora (evento 52), alegando que a denunciação acolhida não merece prosperar, tendo em vista que, no contrato de seguro acostado, consta como segurado a empresa Zanattatur Agência de Viagens e Turismo, bem como requereu, a exclusão da seguradora Nobre Seguradora do Brasil S/A da demanda.

A ré manifestou-se sobre a contestação da seguradora litisdenunciada (evento 53), repisando as teses elencadas na contestação, especialmente no que tange à culpa exclusiva da vítima. No entanto, discorda das alegações da litisdenunciada quanto à inexistência de cobertura de lucros cessantes e pensionamento, tendo em vista que, contratou o pagamento de danos materiais e morais, uma vez tratam-se de danos gerais que contemplam os danos específicos advindos.

A parte ré apresentou rol de testemunhas (evento 59).

Na audiência de saneamento compartilhado (evento 63), a conciliação restou infrutífera novamente, salientando que a ré encontra-se em recuperação judicial. As partes pleitearam a produção de prova oral, cujo rol de testemunhas já foi devidamente acostado.

O feito foi saneado no evento 66. Deferiu-se a produção de prova testemunhal, determinando-se a oitiva de eventuais testemunhas por carta precatória. No mesmo ato, foi designada audiência de instrução e julgamento.

A seguradora relatou que entrou em recuperação judicial, motivo pelo qual, pleiteia a gratuidade judiciária (evento 69). Indeferido o pedido (evento 72). A requerida interpôs Agravo de Instrumento (nº 40190404320188240900).

Em audiência de instrução e julgamento (evento 77), deferiu-se a realização de prova pericial, peticionada pela ré Laguna Transportes e Turismo Ltda no ato, que responsabilizou-se pelo pagamento.

A Decisão Interlocutória no evento 81, manteve a decisão agravada, nomeou perito responsável pela realização de Exame Médico Pericial, bem como, arbitrou os honorários periciais.

As parte ré apresentou os quesitos para realização da perícia (evento 95). Laudo Pericial juntado no evento 97.

Por fim, as partes manifestaram-se acerca do laudo pericial (eventos 102, 103 e 106).

A parte autora apresentou alegações finais (evento 117). Este, na concisão necessária, é o relatório.

Decido.

Cuida-se de Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais c/c Pedido de Pensão em que Maria de Fátima Martins busca o recebimento de valores a título de ressarcimento e indenização em face de Laguna Transportes e Turismo Ltda., dos danos decorrentes de acidente de trânsito, ocorrido na data de 12/05/2014.

O feito tomou regular rumo do procedimento ordinário. As preliminares arguidas já foram enfrentadas no decorrer do iter procedimental.

Há, contudo, questão processual pendente suscitada pela requerente em suas alegações finais (evento 117).

Sustenta a autora que, apesar do Juízo ter declarado o encerramento da instrução processual ainda há testemunha com oitiva pendente, haja vista que foi arrolada junto à inicial, e, desta forma, requer a reabertura da fase instrutória com designação de audiência de instrução e julgamento para colher-se o respectivo depoimento, motivo pelo qual agrava na forma retida. O argumento da autora não merece prosperar.

A uma, porque resta prejudicado o agravo retido diante do advento do Código de Processo Civil de 2015. O recurso foi proscrito do ordenamento jurídico processual brasileiro, de modo que, faltando amparo típico ao recurso almejado, não deve ser conhecido.

A duas, porque ambos causídicos deixaram de manifestar-se tempestivamente quanto às oitivas de suas testemunhas, restando precluso o direito de produzir prova oral.

Cumprido salientar ainda, que não há que se falar em cerceamento de defesa. É que o princípio dispositivo vige de forma plena para produção das provas das alegações. A parte autora arrolou testemunha, na inicial, informando que ela compareceria independente de intimação ao ato de instrução oral. Designada audiência, esta se realizou, sem a presença da testemunha e sem qualquer justificativa ou requerimento por parte do advogado da autora.

Resolvidas as questões pendentes, prossegue-se para a análise do mérito do pleito posto em pauta.

A documentação apresentada com a inicial é bastante limitada, ainda que dê conta do estado de saúde precário da autora após o acidente, mas em nada aponta para a forma da ocorrência do acidente e qual a efetiva responsabilidade da ré.

A autora e a ré deixaram de ouvir as testemunhas, conforme acima exposto. A autora, não produziu melhor prova, nem ao menos trouxe evidências de que sua versão narrada na inicial é verdadeira. Ao fim e ao cabo, após análise da prova colhida, não se vislumbram evidências de responsabilidade por parte da ré. Isto porque a versão fática que sustenta o pleito indenizatório da autora está desprovida de provas a lhe dar sustentáculo. As palavras da autora, ainda que judiciosas, não encontram eco na prova do processo, e, sendo assim, não são bastantes para condenação da parte ré.

Imperioso, destarte, mencionar que os requisitos para procedência do pleito inicial não restaram devidamente preenchidos em favor da autora. Tinha esta o dever de provar os elementos da responsabilidade civil para fazer frente às suas pretensões indenizatórias. Como propulsora do órgão judiciário, incumbia-lhe seguir a ordem legal estampada no artigo 373, inciso I, do CPC.

Registre-se que, para caracterizar responsabilidade civil subjetiva, como na hipótese, se faz necessária a prova de alguns pressupostos. Ainda que seja prescindível a prova do elemento subjetivo (dolo/culpa), elementos como o nexos de causalidade e a conduta devem ser comprovados pela parte que pretende a indenização. Sem isto, forçoso reconhecer a ausência de provas de elementos essenciais da responsabilidade civil.

O art. 373 do Código de Processo Civil dispõe sobre o ônus da prova:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ora, a legislação atribuiu a cada parte o ônus da prova de acordo com a natureza do que se deve provar, assim, caberá ao autor provar fato constitutivo de seu direito afirmado. Quanto ao tema:

A norma que distribui o ônus da prova (art. 373, CPC) tem uma dupla finalidade o processo civil brasileiro contemporâneo. Serve como guia para as partes, funcionando assim como uma regra de instrução, com o que visa estimular as partes à prova de suas alegações e a adverti-las dos riscos que correm ao não prová-las. Serve ainda como um guia para o Juiz, no que aparece com uma regra de julgamento, a fim de que o órgão jurisdicional, diante de uma situação de dúvida invencível sobre as alegações de fato da causa, possa decidila sem arbitrariedade, formalizando o seu julgamento com a aplicação do art. 373, CPC. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado. 5. ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 503).

Observa-se assim que segundo as lições de doutrina específica sobre o tema, compete ao autor a prova de fato constitutivo de seu direito alegado. Neste sentido:

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos. (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 263).

A esse respeito, o artigo 186 do Código Civil dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Desse modo, há de se deixar assentado que os elementos culpa (*lato sensu*), ação ou omissão, dano e nexos causal devem estar, em regra, presentes em todas as circunstâncias em que se objetiva reparação por responsabilidade civil. Sem sua regular configuração e comprovação no processo, não há que se falar em qualquer dever de indenizar. A comprovação de tais requisitos é inolvidável, sob pena de sucumbir a pretensão. Nesse sentido:

Para que surja o dever de indenizar, é necessário, primeiramente, que exista ação ou omissão do agente; que essa conduta esteja ligada por relação de causalidade com o prejuízo suportado pela vítima e, por fim, que o agente tenha agido com culpa (assim entendida no sentido global [...]). Faltando um desses elementos,

desaparece o dever de indenizar. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2019, p. 202)

Acrescente-se a estas anotações que nenhum documento tendente a comprovar o fato alegado pela parte autora foi acostado aos autos. A documentação apresentada com a inicial é bastante limitada. Os documentos trazidos dizem, basicamente, com os danos experimentados pela demandante. Mas não é o dano que discutimos aqui, mas elemento prévio a ele: a efetiva existência do acidente e a forma de sua ocorrência. E nesse ponto, sucumbe a pretensão da autora por falta de provas. Nenhuma evidência material disposta no processo dá sustentáculo ao alegado na inicial, de que o motorista do ônibus freou bruscamente o veículo ao passar por uma lombada.

O Boletim de Ocorrência (evento 1, docs. 10-13), ainda que tenha sido comunicado pelo preposto da ré, Juaci Rodrigues Lopes, não passa de um documento genérico, impreciso, que além de unilateral, vai de encontro com as alegações despendidas pela autora na exordial. A declaração do preposto atestada no BO diz o seguinte: “[...] na data acima informada um carro cortou sua frente, obrigando-o a frear de forma abrupta, com a frenagem uma passageira se lesionou”. Ou seja, alega uma dinâmica diferente da repisada pela requerente em vários atos processuais (evento 1, doc. 2, fl. 2; evento 37, doc. 60, fl. 1) e que não consiste em prova da existência do fato e da autoria da requerida. Desta forma, os documentos trazidos não servem para comprovar o alegado. E nesse ponto, sucumbe a pretensão da autora por falta de provas.

Cumpra ainda mencionar que, ambas as partes foram instadas pelo Juízo em decisão interlocutória (evento 55) para apresentarem rol de testemunhas (evento 1, doc. 4, fl. 3 e evento 59, respectivamente). No entanto, a audiência de instrução foi realizada (evento 77), a fase instrutória foi encerrada (evento 107) e nenhuma das testemunhas arroladas foram ouvidas, e muito menos, houve manifestação de desistência ou pedido de suspensão da oitiva durante a demanda. Os causídicos estavam presentes no ato processual e nada mencionaram e/ou requereram. Neste caso era a oitiva de testemunhas soa importante - sobretudo, para atribuir ao fato uma dinâmica verossímil do acidente - para o melhor deslinde do feito. As partes deveriam ter atentado aos termos da decisão saneadora (evento 66) e ter-se empenhado para trazer provas materiais concretas para suas alegações.

Mas o Juízo não o fará por elas, nem pode fazê-lo.

Mesmo que o Processo adversarial tenha cedido passo, com os ventos de constitucionalização do Processo (MITIDIERO, Daniel, “A Colaboração no Processo Civil”, 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019; ZANETTI JÚNIOR, Hermes, “A constitucionalização do processo”, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014), os ônus processuais permanecem.

Ainda que a alusão a jogo (Calamandrei, “Giuco e proceso”) ou guerra (James Goldschmidt) – próprias dos tempos do cientificismo amoral – hoje vem cedendo passo a um processo pautado

pela ideia de “Comunidade de Trabalho” ou *Arbeitsgemeinschaft*, em decorrência da influência da doutrina alemã (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. “Do formalismo no processo civil: uma proposta de um formalismo-valorativo, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010; CRESCI SOBRINHO, Elicio. Dever de Esclarecimento e Complementação no processo civil. Porto Alegre: Sergio Adriano Fabris Editor, 1988), certas coisas não mudam. Antônio do Passo Cabral, jurista carioca e um dos maiores representantes contemporâneos da Escola Rio-Minas de Direito Processual, herdeira dos saberes do preclaro Professor José Carlos Barbosa Moreira, é claro ao explicar que o Juiz deve agir com imparcialidade e imparcialidade.

A imparcialidade é uma garantia constitucional das partes, decorrente da posição oficial do próprio órgão julgador. A imparcialidade (*Unbeteiligtheit*, na doutrina alemã), a seu turno, é a impossibilidade de o Juiz – mesmo no Processo de corte cooperativo – substituir-se às atividades da parte, possibilitando-lhe chances e oportunidades desconformes à legislação, agindo em prol de uma parte ou de outra com prestações positivas dentro da organização de trabalho processo (conforme, CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. Revista de Processo. V. 149. São Paulo, 2007, p. 339 e ss.)

Não pode o Juízo ser responsabilizado por falta da parte: era encargo do advogado da autora justificar a ausência da testemunha no ato da instrução e não agora. Passado o tempo próprio, está preclusa a oportunidade de produzir-se prova oral. Pensar o contrário e permitir a produção de prova, agora, é tresloucar o procedimento e agir com parcialidade, com um “paternalismo” processual que ofende ao princípio dispositivo – regente da matéria em causa. É sempre conveniente lembrar do instituto da preclusão e de que o processo é um caminhar para frente e não um vagar em círculos.

Dito isso, resta manifestar que nenhuma evidência material disposta no processo dá sustentáculo ao alegado na inicial, de que o preposto da ré possibilitou a queda da autora ao frear o veículo.

Certo é que é vigente em nosso ordenamento a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos cometidos por seus prepostos. Contudo, necessário se faz a existência de lastro probatório mínimo de autoria dos mencionados danos, sob pena de declarar-se improcedente a pretensão indenizatória. Nesse sentido, colhe-se do entendimento jurisprudencial catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - ACIDENTE DE PASSAGEIRO NO INTERIOR DO ÔNIBUS - CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - AUTORA QUE NÃO DEMONSTRA A RELAÇÃO ENTRE O ACIDENTE E A MOLÉSTIA QUE A ACOMETE - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Em se tratando de ação que se almeja indenização por prejuízo envolvendo concessionária de serviço público, deve ser observada a teoria da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º, da CF, o qual dispõe que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. [...] (Apelação

Cível 2011.005279-7, Rel. Des. FRANCISCO OLIVEIRA NETO, de Timbó, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 01/04/2014). No direito processual civil, cabe ao autor a comprovação, de forma indelével, do fato constitutivo do direito, nos termos do art. 333, I, do CPC. Ao revés, não comprovado o fato constitutivo e havendo provas que acarretam presunções contrárias à pretensão do fato constitutivo alegado, outra não será a solução, senão a improcedência do pedido formulado” (AC n. 2007.006193-7, Rel. Des. Fernando Carioni, j. em 19/06/2007) (AC n. 2011.026338-3, de Videira, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 26.07.2011) (AC n. 2012.010481-7, de Fraiburgo, rel. Des. SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, j. 18/03/2014). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.030009-7, de Joinville, rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Segunda Câmara de Direito Público, j. 16-09-2014).

Dessa forma, não havendo nos autos nenhuma prova da contribuição da ré ou de seu preposto na ocorrência do fato danoso, não surge para a autora o direito de reparação pelos danos que sofreu. A responsabilidade civil nasce para a parte quando há um dano que se possa atribuir a outra pessoa. Nesse sentido, dispõe o preclaro Fernando Noronha:

Reduzindo a responsabilidade civil à sua expressão mais simples, pode-se dizer que, para que ela surja, é preciso que haja um dano e que tenhamos uma pessoa que deva responder por ele. Mas saber quando é que uma pessoa pode ser responsabilizada por um sano exige o apuramento de diversos elementos, que importa conhecer. Perante um dano de qualquer natureza (isto é, a pessoa ou coisas, patrimonial ou extrapatrimonial, individual ou coletivo), o jurista começará procurando saber se ele corresponde à violação de um bem juridicamente tutelado, isto é, averiguará se o dano em cabimento no âmbito de proteção, ou escopo, de um norma. Se existir norma tutelando o bem violado [...], procurará saber qual foi a causa do dano, ou, em casos muito excepcionais, se ele simplesmente se verificou no decurso de uma dada atividade. Estabelecido que ele foi causado por um determinado fato, procurará saber se este pode ser imputado a alguém, seja a título de culpa, seja a título de risco criado; nos casos em que o dano se verificou no decurso de uma dada atividade mas sem ter sido causado por qualquer fato atribuível ao respectivo exercente, procurará saber se ainda pode ser considerado risco típico da atividade. Se houver uma pessoa a quem possa ser imputado o fato (ou a atividade), surgirá a obrigação de indenizar. Neste breve apanhado estão reunidos os cinco pressupostos, ou requisitos, da responsabilidade civil: dano, cabimento no âmbito e proteção de uma norma, fato gerador, nexo de causalidade e nexo de imputação. (Direito das obrigações. 3ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 491, grifo do autor).

No presente caso, verifica-se que é impossível estabelecer, pelas provas dos autos, o nexo de imputação do fato com ato da empresa Laguna Transportes e Turismo Ltda ou a preposto seu, impondo-se assim, o julgamento improcedente da demanda.

Faltando elementos para assentar a responsabilidade civil da requerida, fica prejudicada a análise dos demais pleitos da autora, ficando assentada, pois, a improcedência dos pedidos ressarcitórios e indenizatórios.

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, I, do CPC, JULGO IMPROCEDENTE os pedidos desta ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Maria de Fátima Martins em face de Laguna Transportes e Turismo Ltda., por reconhecer a inexistência de provas que demonstrem a

contribuição da requerida e seu preposto no resultado do evento danoso.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como aos honorários advocatícios em favor do procurador da parte ré, os quais fixo em R\$ 2.000,00 (...), justificado o arbitramento à vista do édito de improcedência. Suspensa a exigibilidade, ante o deferimento da Justiça Gratuita.

Quanto à lide secundária, a seguradora houve por bem, do teor global de sua defesa, aceitar a denúncia e atuar como assistente da parte ré. Diante disso, e do pedido de improcedência da inicial, fica PREJUDICADA a lide secundária.

No que tange à lide secundária filio-me ao entendimento de que “julgada improcedente a ação principal, denunciante e denunciado litisconsorciados que a contestaram, saindo vitoriosos na demanda, terão direito aos honorários advocatícios e despesas processuais” (RT 681/283) (CAHALI, Yussef Sahid. Honorários Advocatícios. 4a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 156).

Assim sendo, deverá a parte autora, sucumbente no pleito principal, e tendo dado causa à lide secundária, arcar com as despesas e custas desta, além de honorários ao procurador da litisdenunciada, os quais fixo também em R\$ 2.000,00(...), com mesma justificativa anteriormente exposta.

Atente-se aos novos procuradores da ré seguradora, procedendo-se às anotações pertinentes o Cartório.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Ao trânsito, archive-se.

Signatário (a): EDUARDO PASSOLD REIS, Juiz de Direito

Data e Hora: 15/6/2020, às 11:4:2

Autos nº 0905162-42.2019.8.24.0033

Ação: Ação Civil Pública Infância e Juventude/PROC

Requerente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Requerido: Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa e outro

Vistos etc.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou Ação Civil Pública em face do Estado de Santa Catarina e da Secretaria de Estado de Administração Prisional e Socioeducativa.

Disse que há problemas no CASE de Itajaí a respeito dos direitos de dignidade, higiene, salubridade e os relativos a atividades de lazer, culturais e esportivas dos socioeducandos.

Afirmou que o Núcleo V da Corregedoria-Geral da Justiça do TJSC fez uma visita ao CASE de Itajaí em fevereiro de 2019 e sobre a saúde, disse que se constatou a falta um profissional com atendimento regular na unidade. Das roupas de cama, banho e de uso, é feito um revezamento entre os socioeducandos. Quanto à segurança, constatou-se a existência de apenas 3 (três) coletes à prova de balas.

Concernente ao número de vagas, o autor disse que a unidade suporta apenas 21 internos (um por quarto), mas há pressão do DEASE para colocação de 42 (dois por quarto).

Sobre a estrutura, apurou-se problemas como infiltrações nas paredes, rachaduras e mofo.

Por tudo isso, o MP aduziu que a edificação foi criada para receber internados provisórios, mas hoje só recebe definitivos.

Ao final, fez vários pedidos a serem deferidos em sede de tutela de urgência e na sentença.

Juntou os documentos que constam nas pp. 36 a 443.

Na decisão de pp. 444 a 451, foi recebida a petição inicial e reconheceu-se a ilegitimidade passiva da Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa.

Deferiu-se em parte a liminar, para: a) proibir a colocação de mais de um adolescente por quarto; b) determinar a transferência do monitor da sala de monitoramento para que seja utilizado pelos adolescentes; c) determinar a melhoria da circulação de ar, com a instalação de ventiladores. Algumas informações foram solicitadas ao requerido antes da análise dos demais pedidos.

O Estado de Santa Catarina apresentou resposta, na forma de contestação, nas pp. 464 a 480. De início, informou o cumprimento da liminar. Na sequência, prestou as informações solicitadas.

Quanto ao mérito, alegou: a) afronta ao princípio da separação dos poderes; b) a impossibilidade

de controle judicial sobre a conveniência e a oportunidade da atividade administrativa; c) a teoria da reserva do possível e; d) a impossibilidade de fixação de multa diária. Ao final, requereu o indeferimento da tutela de urgência e a improcedência total dos pedidos.

Juntou os documentos de pp. 481 a 496. Após, apresentou a petição de p. 499, com os documentos de pp. 500 a 522.

O Ministério Público apresentou réplica nas pp. 528 a 533. Sustentou que não há afronta ao princípio da separação dos poderes. Sobre a alegação do Estado de impossibilidade do controle judicial sobre a conveniência e a oportunidade da atividade administrativa, o autor afirmou que como se trata de direito indisponível, a atuação do Poder Judiciário é possível.

Aduziu a não aplicação ao caso concreto do princípio da reserva do possível. Argumentou ser cabível a fixação de multa diária.

Por fim, requereu o julgamento antecipado da lide, com a procedência dos pedidos iniciais.

É o relatório.

Decido.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público de Santa Catarina em face do Estado de Santa Catarina e da Secretaria de Estado de Administração Prisional e Socioeducativa.

Foi reconhecida a ilegitimidade passiva do segundo requerido, de modo que o feito prosseguiu apenas em relação ao primeiro.

Entendo ser caso de julgamento antecipado da lide, uma vez que a prova é meramente documental, conforme art. 355, I, do CPC.

Não há necessidade de produção de prova testemunhal ou em forma de inspeção judicial. Como dito acima, a prova documental é suficiente para o julgamento do feito.

1 – Princípio da Separação dos Poderes.

Alega o Estado que a pretensão do Ministério Público viola este princípio, pois o assunto é de competência da Secretaria de Estado da Administração Prisional e Socioeducativa, de modo que não é cabível o controle judicial.

A separação dos poderes está no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Não obstante, os fatos relatados pelo Ministério Público são muito graves, com evidente ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que os presos (e adolescentes internados) têm direito ao respeito à integridade física e moral, conforme o art. 5º, XLIX, da CRFB/1988.

E nesses casos, quando há violação à dignidade humana, esta se sobrepõe até mesmo à separação dos poderes.

Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral (tema 220), no Recurso Extraordinário n. 592.581, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 13-8-2015:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL.

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.

Ao julgar o recurso, o STF firmou a seguinte tese com repercussão geral (tema 220): “Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.”

Da mesma forma decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina no Agravo de Instrumento n. 4010988-08.2019.8.24.0000, de Mafra, Rel. Des. Hélio do Valle Pereira, julgado em 10-10-2019:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - LIMINAR - REFORMA DE INSTITUTO MÉDICO LEGAL - SITUAÇÃO EXTREMA - PROVIMENTO REFERENDADO.

É possível, em tese, decisão judicial que implique a imposição de obrigação de fazer por parte da Administração. Essa não pode ser a regra. A separação de Poderes não é proposição teórica: propicia que as políticas públicas fiquem sob o comando do Executivo, único que dispõe da possibilidade de - avaliando a integralidade das necessidades coletivas em comparação com os recursos disponíveis

- eleger as prioridades. Em casos extremos, de omissão que se torne praticamente um abuso de direito, negligenciando injustificadamente valores constitucionais, a intervenção jurisdicional não é apenas admissível, mas imprescindível.

Analogia com o Tema 220 da Repercussão Geral do STF, pertinente a ordem judicial de reforma de presídio. Recurso provido apenas quanto à redução da astreinte e ampliação do prazo para cumprimento.

Também não há qualquer violação dos princípios orçamentários pois em caso de procedência do pedido, será dado um prazo estendido para seu cumprimento, que será após o trânsito em julgado, o que possibilitará ao Executivo, inclusive, colocar as despesas na lei orçamentário anual, a ser aprovada pelo Legislativo, bem como realizar licitação.

Assim, com base no entendimento pacificado do STF, afasto a alegação de violação da separação dos poderes.

2 – Controle judicial sobre a conveniência e oportunidade da atividade administrativa.

Via de regra, não se faz o controle judicial dos atos administrativos no tocante à conveniência e à oportunidade.

O que o Judiciário faz é um juízo de constitucionalidade e legalidade dos atos.

Mas no caso dos autos, a manutenção do CASE de Itajaí na situação em que está resultará na violação de um dos princípios mais importantes da CRFB/1988, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Assim, caso exista alguma violação constitucional no ato do Executivo, é possível a análise sim pelo Judiciário. É que não se estará fazendo juízo de conveniência e oportunidade, mas sim de constitucionalidade.

Por conta disso, rejeito esta alegação do requerido.

3 – Reserva do possível.

Esta teoria foi criada na Alemanha, após um grupo de jovens requererem mais vagas em um curso universitário público, além das já fornecidas.

O Tribunal Constitucional Alemão indeferiu o pedido, ao fundamento de que este direito deve ser exercido na medida do possível, ou seja, dentro do que racionalmente se pode exigir que a sociedade e o Estado possam fornecer ao cidadão.

As pessoas só devem receber da sociedade e do Estado aquilo que se mantenha nos limites do razoável, mesmo que o ente estatal tenha condições financeiras de pagar o que foi requerido.

Como ensinam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Flichtiner Figueiredo:

Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.

No caso em tela, o que se busca com esta ação é a dignidade das pessoas que cumprem medida de internação no CASE de Itajaí. São questões fundamentais, como o direito a um profissional da saúde, de os socioeducandos não ficarem em local com mofo ou umidade, entre muitos outros, que serão analisados nos itens seguintes.

Por tudo isso, rejeito a alegação da aplicação do princípio da reserva do possível como impedimento para a análise dos pedidos do Ministério Público, pois é razoável se exigir que o Estado forneça um ambiente no mínimo salubre aos socioeducandos.

4 – Multa diária.

Segundo pacífico entendimento jurisprudencial, é possível a aplicação da multa diária para obrigar o ente público a cumprir obrigação de fazer.

Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em forma de recurso repetitivo (tema 98), no Recurso Especial n. 1.474.665, Rel. Min. Benedito **Gonçalves, julgado em 26-4-2017:**

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA.

1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. 3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRg no REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008. 4. À luz do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalcitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do “poder geral de efetivação”, concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões. 5. A eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como

a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015. 6. No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53). 7. Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008 (grifei).

Mas mesmo ciente desta possibilidade de aplicação de multa ao ente público, o caso será analisado de uma forma um pouco diferente, considerando as especificidades do caso concreto.

Na decisão inicial, determinou-se que o Estado requerido informasse se o estabelecimento de Itajaí é CASEP (para internados provisórios, por no máximo 45 dias) ou CASE (para internados definitivos, por até três anos).

Na contestação, o Estado junta o documento de pp. 481 e 482, no qual está escrito que na Resolução Conjunta 001, da SCC e SJC, em seu anexo I, a unidade de Itajaí consta como CASEP.

Não obstante, este magistrado faz visitas bimestrais à unidade, com preenchimento do relatório do CNJ, bem como recebe semanalmente a lista dos socioeducandos. E percebeu que há muito tempo, só há internados definitivos.

Inclusive, quando este Juízo determina alguma internação provisória, o adolescente vai para outra unidade, só vindo para Itajaí após sentença condenatória.

Assim, a unidade será considerada como CASE, o que é na prática, de modo que será exigido o cumprimento dos requisitos para internados definitivos.

Caso não realizadas as determinações, o estabelecimento será interditado, com o recebimento apenas de internados provisórios.

Por isso que na hipótese de não cumprimento, não se aplicará multa, mas sim, a interdição para o recebimento de internados definitivos.

Passo agora a examinar os pedidos do Ministério Público.

5 – Socioeducandos por quarto.

Sobre este ponto, conforme já definido em decisão liminar, o relatório da visita realizada pelo Núcleo V da Corregedoria-Geral da Justiça que consta nas pp. 353 a 389 constatou a necessidade de manter apenas um socioeducando por quarto.

Com isso, a lotação fica em 21.

Caso colocados dois por quarto, a lotação dobrará para 42, sendo que não há estrutura para acomodar todos estes socioeducandos, nem de salas de aula, de socioeducadores, ou atividades culturais e de lazer.

Acrescento que os quartos são pequenos, com pouca ventilação e extremamente quentes.

Assim, deve-se manter a lotação de um socioeducando por quarto, o que, aliás, já ocorre desde antes deste magistrado assumir nesta comarca, em outubro de 2017.

E não há possibilidade de algum socioeducando ficar em quarto com umidade, insalubridade ou presença não controlada de insetos. Conforme consta no relatório da Corregedoria, Itajaí é conhecida por seu alto índice de dengue, de modo que se não houver alguma forma de controle, seja por tela de proteção, repelente ou de outra maneira, existe grande risco à saúde de todos, inclusive dos socioeducadores.

Assim, acato o primeiro pedido do Ministério Público de manutenção de um socioeducando por quarto, ficando proibida a presença de qualquer interno em sala que apresente umidade, insalubridade ou presença não controlada de insetos.

Este ponto foi deferido em tutela de urgência, que é confirmada nesta sentença, de modo que o cumprimento é imediato.

6 – Estrutura de CASE.

No pedido 5.2.2, o Ministério Público requer que a unidade de Itajaí adote estrutura de CASE, ou seja, para internados de forma definitiva.

Pois bem. Dispõe o art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principal expressão da “prioridade absoluta” que norteia o Direito da Criança e do Adolescente:

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

Sobre os estabelecimentos de regras mínimas para os estabelecimentos que visam o cumprimento de medidas de internação, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

I - observar os direitos e garantias de que são titulares os adolescentes;

- II - não restringir nenhum direito que não tenha sido objeto de restrição na decisão de internação;
- III - oferecer atendimento personalizado, em pequenas unidades e grupos reduzidos;
- IV - preservar a identidade e oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente; [...]
- VII - oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança e os objetos necessários à higiene pessoal; [...]
- X - propiciar escolarização e profissionalização;
- XI - propiciar atividades culturais, esportivas e de lazer; [...]

Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: [...]

- V - ser tratado com respeito e dignidade; [...]
- IX - ter acesso aos objetos necessários à higiene e asseio pessoal;
- X - habitar alojamento em condições adequadas de higiene e salubridade;
- XI - receber escolarização e profissionalização;
- XII - realizar atividades culturais, esportivas e de lazer: XIII - ter acesso aos meios de comunicação social; [...]

Por sua vez, dispõe a Lei n. 12.594/12 (Sinase):

Art. 15. São requisitos específicos para a inscrição de programas de regime de semiliberdade ou internação:

- I - a comprovação da existência de estabelecimento educacional com instalações adequadas e em conformidade com as normas de referência; [...]

Art. 16. A estrutura física da unidade deverá ser compatível com as normas de referência do Sinase.

Com base nisso, serão analisados os pedidos do Ministério Público referente ao ponto 5.2.2.

6.1 Condições adequadas.

Quanto a este ponto, principalmente com base nos artigos 94, VII, 124, IX e X, ambos do ECA, bem como art. 16 da Lei do Sinase, todos transcritos acima, não há como negar o pedido do Ministério Público de determinar que o requerido mantenha a unidade com os requisitos mínimos abaixo:

- a) condições adequadas de higiene, limpeza, circulação, iluminação e segurança; mofos;
- b) correção dos problemas de infiltrações nas paredes, rachaduras e
- c) colocação de telas na janelas dos quartos, para evitar a proliferação de insetos e vetores de doença.

Repita-se que estes requisitos são mínimos e previstos na legislação referida acima, sem necessidade de maiores digressões.

E por esta razão, a determinação é pelo seu cumprimento imediato, uma vez que não há como aceitar que um adolescente cumpra sua medida de internação num ambiente insalubre por um dia sequer.

Se algum quarto não estiver com os requisitos exigidos acima, será imediatamente esvaziado para reforma, transferindo-se o socioeducando para outra unidade.

6.2 Refeições.

Neste ponto, pela fotografia que consta na p. 355, entendo que existe um local adequado para a realização de refeições. Pelo menos se for mantida a lotação atual de 21 internos.

Caso seja aumentada, obviamente o espaço para refeições passa ser insuficiente.

Como foi mantida no item 5 a lotação de 21 socioeducandos, entendo pelo indeferimento deste pedido do Ministério Público.

6.3 – Espaço para atendimento técnico individual e em grupo.

O atendimento técnico individual é realizado na sala da equipe técnica, que consta na figura 20 da p. 370.

Já o atendimento em grupo é feito no mesmo local das refeições, que está na fotografia de p. 355.

Com isso, entendo que este ponto já é atendido pela unidade, de modo que indefiro o pedido inicial.

6.4 – Condições adequadas de repouso.

Caso cumprido o item 6.1, notadamente as condições de higiene, limpeza, circulação, iluminação e segurança, correção de infiltrações, rachaduras e mofos, bem como o controle dos insetos, os socioeducandos terão as condições adequadas de repouso.

Dessa forma, entendo que este pedido é uma repetição dos anteriores.

6.5 – Salão para atividades coletivas e/ou espaço para estudo.

Conforme consta no relatório da Corregedoria, na p. 355:

[...] duas salas para atividades educacionais, utilizadas para as atividades escolares e biblioteca. Há um espaço aberto onde hoje é desenvolvida a horta, sala multiuso, planejada inicialmente para ser refeitório, mas atualmente é neste espaço que acontecem as visitas familiares e atividades coletivas [...].

Este refeitório, utilizado também para atividades coletivas, está na fotografia de p. 355.

Uma das salas de aula está na fotografia de p. 356, o que demonstra estar em bom estado.

Por tudo isso, entendo que a estrutura existente é suficiente para atender os 21 socioeducandos, pois são duas salas de aula e um espaço coletivo.

Repito que o espaço é suficiente para no máximo 21 socioeducandos. Se a lotação aumentar, haverá necessidade de uma área maior.

6.6 – Espaço para o setor administrativo e/ou técnico.

Sobre esses pontos, existe nos autos fotografias do alojamento dos socioeducadores (p. 363), guarita (p. 364), dispensa (p. 365), cozinha (p. 366) e sala da equipe técnica (p. 370).

Entendo que estes locais também são adequados, de modo que não há necessidade de qualquer reforma ou alteração do local.

6.7 - Espaço e condições adequadas para visita íntima.

A visita íntima é um direito assegurado pela Lei do Sinase ao adolescente que cumpra medida em meio fechado:

Art. 68. É assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima.

Parágrafo único. O visitante será identificado e registrado pela direção do programa de atendimento, que emitirá documento de identificação, pessoal e intransferível, específico para a realização da visita íntima.

O maior problema aqui é que não se pode simplesmente determinar que seja garantida a visita íntima. É preciso uma regulamentação por parte do DEASE, órgão do Estado requerido ligado ao cumprimento de medidas socioeducativas.

É que o artigo 68 da Lei do Sinase exige que o adolescente seja casado ou conviva, comprovadamente, em união estável. Assim, um namoro não é suficiente.

Como a grande maioria dos casos será de união estável, há necessidade de uma regulamentação de como será a forma de comprovar e se será exigido um prazo mínimo de convivência.

Por tudo isso, a sentença será não apenas para que seja disponibilizado um espaço para visitas íntimas, mas para que o requerido regule para todo o Estado.

Só que isso não é algo possível de se exigir o cumprimento imediato, pois além de necessitar da regulamentação, é preciso da construção de um espaço físico.

Neste caso, será concedido o prazo de um ano para cumprimento, a contar do trânsito em julgado.

6.8 – Espaço e condições adequadas para visita familiar.

Esta visitação ocorre na espaço multiuso, já referido acima, que consta fotografia na p. 355. Aqui entendo que o local é suficiente para as visitas familiares, não havendo necessidade de qualquer ampliação.

6.9 – Área para atendimento de saúde/ambulatórios.

No relatório da Corregedoria, mais especificamente na p. 381 dos autos, está expressa a existência de uma sala de enfermagem na unidade.

A única questão levantada pelo relatório é que havia armários trancados, sem que ninguém tivesse as chaves para abrir.

Assim, entendo que não há necessidade de se construir mais uma área para atendimento de saúde, além da sala de enfermagem. O que é necessário é que sempre tenha alguém com as chaves, principalmente em casos de inspeções.

6.10 – Espaço para atividades pedagógicas.

O espaço para as atividades existe, que são as duas salas de aula.

O maior problema é que as atividades pedagógicas resumem-se às aulas do ensino regular em escola estadual conveniada, por meio de professores que frequentam a unidade.

Segundo relatório na p. 374, os internos informam que não existem aulas todos os dias, de modo que ficam muito tempo ociosos nos quartos.

Nesta questão, acato a sugestão da Corregedoria que consta na p. 375 e determino que a unidade faça um registro de controle por meio de quadro de atividades para cada socioeducando que contenha o dia da semana, subdividido em períodos, registrando a participação das atividades por hora.

Trata-se de medida simples, de modo que não há necessidade de concessão de prazo, já que pode ser aplicada imediatamente.

Assim, nas próximas inspeções, da Corregedoria, deste Juízo ou do Ministério Público, este quadro de atividades será analisado. E se for o caso, pode-se determinar a ampliação das aulas.

6.11 – Espaço com salas de aulas apropriadas, com sala de professores e local para funcionamento da secretaria e direção escolar.

Quanto às salas de aula, entende-se que são apropriadas. Mas realmente não existe sala de professores e local para funcionamento da secretaria e direção escolar.

Entretanto, a Resolução do Conanda n. 119/2006, em seu item 7 (p. 371), prevê a necessidade destes locais para uma unidade de internação, o que não é exigido para locais destinados a internação provisória, PSC, LA e semiliberdade.

Como o CASE de Itajaí é usado para internados definitivos, não há como negar o pedido de destinação de locais apropriados para sala de professores, secretaria e direção escolar.

Neste caso, como depende de obra, será deferido o prazo de um ano para a realização, a contar do trânsito em julgado.

6.12 – Espaço para atividades de esporte, lazer e cultura.

Da mesma forma que no item anterior, Resolução do Conanda n. 119/2006, em seu item 7 (p. 371), exige: “Espaço para a prática de esportes e atividades de lazer e cultura devidamente equipados e em quantidade suficiente para o atendimento de todos os adolescentes”.

O relatório da Corregedoria apontou o seguinte na p. 355:

O Casep de Itajaí possui para o desenvolvimento de atividades de educação, cultura e lazer duas salas para atividades educacionais, utilizadas para as atividades escolares e biblioteca. Há um espaço aberto onde hoje é desenvolvida a horta, sala multiuso, planejada inicialmente para ser o refeitório, mas atualmente é neste espaço onde acontecem as visitas familiares e atividades coletivas, e quadra de esporte, pequeno espaço para o banho de sol e atividades físicas. Os ambientes citados estavam em boas condições de organização e limpeza.

Assim, constato que não há espaço adequado para as atividades de esportes, cultura e lazer, devendo o requerido providenciar mais alguma área para esta finalidade.

Não se determinará exatamente o que construir, ficando a critério do requerido, que terá o prazo de um ano após o trânsito em julgado para o devido cumprimento.

6.13 – Espaço para profissionalização, com o incremento de cursos profissionalizantes.

Este é, ao meu ver, o ponto mais importante desta sentença. É que se a unidade de Itajaí realmente pretende ser um CASE, ou seja, para internados definitivos, há necessidade de oferecimento de espaço para profissionalização, com a oferta de cursos profissionalizantes.

Também é uma exigência da Resolução do Conanda n. 119/2006, em seu item 7 (p. 371).

Não obstante, a unidade de Itajaí não apresente nenhum curso profissionalizante. Tem apenas aula de informática para no máximo sete alunos, mas que na última inspeção realizada por este magistrado, no início de março de 2020, estava sem professor.

Assim, a oferta de espaço e cursos profissionalizantes para todos os socioeducandos é de extrema importância, pois além de preparar os jovens para uma profissão, ainda diminui o tempo ocioso em que eles passam no quarto.

Mas é necessário que sejam cursos de interesse dos adolescentes, como por exemplo: mecânica de motos, mecânica de automóveis, eletrônica, entre outros.

Considerando a necessidade de construção de um espaço físico, bem como a contratação de professores, será dado o prazo de um ano para o cumprimento, a contar do trânsito em julgado.

Assim como as outras determinações, não cumprida esta no prazo especificado, o estabelecimento será interdito para recebimento de internados definitivos, podendo acolher apenas provisórios, pelo prazo de 45 dias.

6.14 – Sistema de video monitoramento.

Nas pp. 371 e 372, a Corregedoria constatou a necessidade da instalação de sistema de video monitoramento, o que servirá tanto para a segurança dos agentes, como para assegurar os direitos dos socioeducandos.

Detalhe que a instalação deste sistema foi pedido pelos próprios agentes socioeducativos.

Trata-se de medida de extrema necessidade. Como dito acima, serve tanto para a segurança dos agentes, o que dificulta as fugas, rebeliões e acusações de agressões, como para segurança dos internos, uma vez que ficarão gravadas alguma violação de seus direitos que de fato tenha ocorrido.

Por tudo isso, deverá o requerido colocar sistema de video monitoramento na unidade de Itajaí. O prazo também será de um ano, contado do trânsito em julgado.

7 – Equipe técnica efetiva.

A equipe técnica do CASE de Itajaí é composto por uma assistente social, uma psicóloga e uma pedagoga. Todas foram contratadas por meio de contrato temporário, de no máximo quatro anos.

Ocorre que aqui há evidente violação do art. 37, II, da CRFB/1988, que exige a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo público.

Não se desconhece a possibilidade de nomeação sem concurso de cargos em comissão para as atribuições de direção, chefia e assessoramento, conforme art. 37, V, da CRFB/1988.

Ocorre que não se trata de nenhuma dessas atribuições, mas sim de equipe técnica, que necessita ser cargo efetivo.

Também é de conhecimento deste Juízo a previsão do art. 37, IX, da CRFB/1988, que trata da “contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Só que a contratação por prazo determinado acontece há bastante tempo e não há qualquer previsão para acabar, o que comprova não ser uma necessidade temporária, mas sim definitiva.

Acrescento, ainda, conforme consta no relatório da Corregedoria na p. 386, item 3, que a

equipe técnica desenvolve atividade de caráter permanente, de modo que a contratação de forma temporária prejudica bastante o trabalho.

Por fim, destaco a necessidade de autonomia da equipe técnica, o que só será alcançada com a estabilidade do serviço público, jamais com um contrato temporário.

Dessa forma, entendo que os três cargos da equipe técnica precisam ser ocupados por servidores efetivos, previamente aprovados em concurso público.

Neste caso, como há necessidade de lançamento de edital e realização de concurso, será dado o prazo de um ano, a contar do trânsito em julgado, para o seu cumprimento.

Posteriormente a este prazo, o Estado requerido deverá promover encontros de capacitação, com trocas de experiência e apresentação de boas práticas.

8 – Televisor.

Este ponto foi decidido em sede de liminar, que já foi até cumprida pelo Estado requerido, conforme consta na contestação.

De qualquer forma, repete-se aqui a necessidade de se transferir o aparelho de televisão, já existente na sala dos educadores ou mesmo outro aparelho, para uso pelos socioeducandos, o que contribuirá para um incremento das atividades educacionais e culturais, deixando o acesso à televisão de se resumir a meros 30 (trinta) minutos aos domingos, conforme consta no relatório da Corregedoria na p. 376.

Este ponto foi deferido em liminar, confirmada nesta sentença, de modo que o seu cumprimento é imediato.

9 – Ventiladores.

Esta questão também foi deferida em sede de liminar e já cumprida pelo Estado requerido.

Ratifico aqui a decisão, ao fundamento que a colocação de ventiladores é necessária para melhorar a circulação de ar no local e reduzir o excessivo calor, constatado inclusive por este magistrado em inspeções realizadas.

Trata-se de providência básica para proporcionar um mínimo de dignidade aos internos, bem como aos socioeducadores e demais trabalhadores do local.

O cumprimento deste ponto é imediato, em razão do deferimento liminar, confirmado nesta sentença.

10 – Atendimento das recomendações do Núcleo V da Corregedoria-Geral da Justiça.

Quanto a este ponto, é de conhecimento deste Juízo que grande parte das recomendações realizadas pelo Núcleo V (Direitos Humanos) da Corregedoria-Geral da Justiça foram cumpridos.

Não obstante é preciso comprovar documentalmente nestes autos o cumprimento de todas as recomendações, tanto as direcionadas à Secretaria Estadual e ao DEASE (1 a 9, p. 386), como as referentes ao CASE de Itajaí (1 a 17, p. 387 e 388).

Esta prova deverá ser realizada no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar do trânsito em julgado.

11 – Necessidade de profissional da área da saúde.

Concernente a esta questão, apesar de não haver um pedido expresso ao final da petição inicial, o Ministério Público manifesta-se sobre a falta de um profissional de enfermagem, notadamente nas páginas 4 e 5.

E segundo entendo, o pedido não precisa, necessariamente, estar ao final da petição inicial, sendo extraído da interpretação de toda a peça processual, conforme consta no art. 322, § 2º, do CPC: “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.”

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina na

Apelação/Remessa Necessária n. 0016617-39.2013.8.24.0033, de Itajaí, Rel. Des. Ronaldo Henrique Moritz Martins da Silva, julgado em 3-12-2019:

[...]

1) ADMISSIBILIDADE. ALEGADA INOVAÇÃO RECURSAL QUANTO AO PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA REQUERIDA NA PENALIDADE DO ART. 12, II, DA LIA, NÃO FORMULADO NA INICIAL TESE NÃO ACOLHIDA. PARTE RÉ QUE DEVE SE DEFENDER DOS FATOS E NÃO DA CAPITULAÇÃO. DISPOSITIVO QUE, ADEMAIS, FOI MENCIONADO PELO DEMANDANTE, EMBORA EM LOCAL DIVERSO DO CAPÍTULO DESTINADO AOS “PEDIDOS”. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA INICIAL. REGRA PREVISTA NO ART. 322, § 2º, DO CPC/2015 QUE CHANCELA LONGEVO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL.

“A jurisprudência desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que ‘[...] o pedido deve ser extraído a partir de interpretação lógico-sistemática de toda a petição inicial, sendo desnecessária a sua formulação expressa na parte final desse documento, podendo o Juiz realizar análise ampla e detida da relação jurídica posta em exame’ (AgRg no AREsp n. 420.451/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 5/12/2013, DJe 19/12/2013)”. (AgInt no AREsp 1485934/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 30-9-2019).

Assim, passo a analisar a necessidade de um profissional da saúde para o CASE de Itajaí.

O relatório da Corregedoria constatou que não há um profissional de saúde para fazer o atendimento periódico e regular dos adolescentes, nem para fazer a avaliação inicial.

Esta é imprescindível e necessita que seja realizado em no máximo cinco dias após a admissão do socioeducando, conforme consta no relatório na p. 381:

Verificou-se os registros de saúde que estão disponíveis na unidade e não foi constatada a periodicidade do desempenho de atividades pelos profissionais de saúde como relatado inicialmente. O atendimento de saúde prestado de forma periódica irregular, impede o cumprimento do atendimento inicial de admissão como previsto no Regimento Interno, art. 38 e art. 42. A ausência de profissional de saúde na unidade para a realização da avaliação inicial de saúde, medida imprescindível para garantir direitos não só do interno admitido, mas também dos demais partícipes da comunidade socioeducativa, pode ser suprida com o estabelecimento de um fluxo com a rede de atendimento municipal de saúde que permita a avaliação do socioeducando ao menos dentro do prazo período de adaptação de 5 dias, como previsto no Regimento Interno.

O ideal seria um profissional de saúde, como um enfermeiro ou técnico de enfermagem, trabalhando na unidade.

Mas o relatório admitiu que isso pode ser suprido com um fluxo com a rede municipal de saúde que permita a avaliação do socioeducando no prazo máximo de cinco dias.

Para isso é preciso que o profissional de saúde atenda na unidade no mínimo duas vezes por semana, o que evita que seja ultrapassado o prazo de cinco dias de avaliação, já que a semana tem sete dias.

Dessa forma, esta sentença será para que o requerido coloque um profissional de saúde para atender no CASE de Itajaí por no mínimo dois dias por semana.

O prazo para cumprimento será 180 (cento e oitenta) dias, a contar do trânsito em julgado.

12 - Coletes.

Este é outro ponto que não tem pedido expresso ao final da petição inicial, mas também é extraído de toda a exordial.

Assim, o relatório da Corregedoria constatou a existência de apenas três coletes, mas ficam seis agentes socioeducativos em cada plantão.

Por isso, para a segurança dos próprios agentes, é necessária a presença de no mínimo seis coletes na unidade.

Este ponto também será cumprido no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do trânsito em julgado.

Ante o exposto, com fundamento no art. 487, I, do CPC, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido formulado pelo Ministério Público em face do Estado de Santa Catarina nesta Ação Civil Pública, para DETERMINAR que o requerido cumpra os seguintes itens:

1 – a manutenção de no máximo um socioeducando por quarto, ficando proibida a presença de qualquer interno em quarto que apresente umidade, insalubridade ou presença não controlada de insetos. O cumprimento será imediato; 2 – a presença dos requisitos mínimos abaixo em todo CASE de Itajaí, com prazo de cumprimento imediato:

- 2.1 - condições adequadas de higiene, limpeza, circulação, iluminação e segurança;
- 2.2 - correção dos problemas de infiltrações na paredes, rachaduras e mofos;
- 2.3 - colocação de telas na janelas dos quartos, para evitar a proliferação de insetos e vetores de doença;
- 3 - a regulamentação das visitas íntimas por parte do DEASE, bem com a disponibilização de um espaço físico para tanto no CASE de Itajaí. Prazo de um ano para cumprir, a contar do trânsito em julgado;
- 4 - a realização de um registro de controle por meio de quadro de atividades para cada socioeducando que contenha o dia da semana, subdividido em períodos, registrando a participação das atividades por hora. Cumprimento imediato;
- 5 - a destinação de locais apropriados para sala de professores, secretaria e direção escolar. Prazo de um ano a contar do trânsito em julgado;
- 6 - a criação de mais uma área para as atividades de esportes, cultura e lazer. Prazo de um ano, a contar do trânsito em julgado;
- 7 - a oferta de cursos profissionalizantes para todos os socioeducandos, com a destinação de local específico para isso no CASE de Itajaí. Prazo de um ano, a contar do trânsito em julgado;
- 8 - a instalação de sistema de video monitoramento na unidade de Itajaí. O prazo também será de um ano, contato do trânsito em julgado;
- 9 - a contratação de três servidores efetivos, por meio de concurso público, para equipe técnica (assistente social, psicólogo e pedagogo). Prazo de um ano a contar do trânsito em julgado. Posteriormente a este prazo, o Estado requerido deverá promover encontros de capacitação, com trocas de experiência e apresentação de boas práticas;
- 10 - a transferência do aparelho de televisão, já existente na sala dos educadores, para uso pelos socioeducandos. Cumprimento imediato;
- 11 - a colocação de ventiladores nos corredores que dão acesso aos quartos. O cumprimento é imediato;
- 12 - a comprovação documental do cumprimento de todas as recomendações do Núcleo V da Corregedoria-Geral da Justiça, tanto aos direcionadas à Secretaria Estadual e ao DEASE (1 a 9, p. 386), como as referentes ao CASE de Itajaí (1 a 17, p. 387 e 388). Prazo de 60 (sessenta) dias, a contar do trânsito em julgado;
- 13 - a colocação de um profissional de saúde para atender no CASE de Itajaí por no mínimo dois dias por semana. Prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar do trânsito em julgado;
- 14 - o fornecimento de no mínimo 6 (seis) coletes para uso pelos agentes socioeducativos que

trabalham no CASE de Itajaí.

CONFIRMO a tutela de urgência deferida na decisão de pp. 444 a 451.

Não cumpridas todas as determinações acima no prazo

estabelecido, DETERMINO A INTERDIÇÃO da unidade de Itajaí para recebimento de socioeducandos em cumprimento de medidas de internação, sendo possível o recebimento apenas de internados provisórios, pelo prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias.

Encaminhe-se cópia desta sentença à Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Núcleo V (Direitos Humanos), ao Grupo de Monitoramento e Fiscalização – GMF/TJSC e ao Departamento de Administração Socioeducativa - DEASE, nos termos do art. 412 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça.

Transcorrido o prazo sem a interposição de recurso, encaminhe-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, por conta do reexame necessário, com fulcro no art. 496, I e § 1º, do CPC.

Sem custas processuais e honorários advocatícios, uma vez que o autor é o Ministério Público.

P.R.I.

Itajaí (SC), 9 de abril de 2020.

Fernando Machado Carboni
Juiz de Direito

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL Nº 0301991-13.2016.8.24.0040/SC

Autor: Josmar Gonçalves

Réu: Apple Computer Brasil Ltda

SENTENÇA

Vistos para Sentença.

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer c/c Reparação por Danos Morais e Materiais ajuizada por Josmar Gonçalves contra APPLE Computer Brasil LTDA, objetivando a restituição de arquivos perdidos, indenização por danos morais e materiais, alegando que vem sofrendo abalo e desgosto por erros cometidos pela requerida ao não solucionar a perda de arquivos em aplicativo interno do iPad.

Valorou a causa. Juntou documentos (evento 1).

Foi determinada a emenda da inicial para apresentar documentos que comprovem a sua hipossuficiência financeira (evento 3).

Intimada, a requerente trouxe a documentação pertinente (evento 6).

Interlocutória proferida no evento 8, indeferindo a gratuidade judiciária ao requerente e intimando-o para realizar o pagamento das custas iniciais, sob pena de extinção.

O requerente interpôs Agravo de Instrumento de decisão do evento 8 que indeferiu as benesses da Justiça Gratuita (evento 12).

No Agravo de Instrumento n. 4002102-88.2017.8.24.0000 (evento 21) foi indeferido provisoriamente a liminar pretendida.

A parte ré apresentou contestação (evento 24) impugnando todos os fatos e fundamentos expostos na inicial, tendo em vista a culpa exclusiva do autor ao não realizar o *backup* dos dados antes de realizar a atualização em seu dispositivo. Ponderou ainda que, o autor não atendeu as recomendações necessárias antes de efetivar a atualização do iPad, salientando que se trata de um procedimento subjetivo, tendo em vista que depende somente da conduta do usuário detentor do dispositivo, gerenciar o *backup* e proteger seus arquivos. Ao final, foi pela improcedência do feito vez que desprovido de meios probatórios condizentes com a realidade.

Houve réplica (evento 36), peça em que o autor redarguiu as teses da defesa e repisou os argumentos já expostos na inicial, pugnando pelo prosseguimento do feito.

O Tribunal de Justiça, decidindo o Agravo de Instrumento de n. 4002102-88.2017.8.24.0000

(evento 39) não conheceu o recurso do autor Josmar, mantendo a decisão proferida no evento 8 e indeferindo o pedido de gratuidade judiciária.

Vieram os autos conclusos.

Este, na concisão necessária, é o relatório.

Decido.

Cuida-se de ação em que Josmar Gonçalves pleiteia, em face de APPLE Computer Brasil LTDA, a condenação da requerida para restaurar os arquivos perdidos ocasionados por atualização em seu iPad e ao pagamento de danos morais e materiais, tendo em vista, o abalo psíquico causado pela ré ao não solucionar o problema.

É perfeitamente possível, na hipótese, o julgamento antecipado da lide, nos moldes do art. 355, inciso I, do Código de Processo Civil, pois a matéria discutida é preponderantemente jurídica, tendo os dados fáticos sido provados por documentos. Nessa ordem de idéias, é até mesmo dever do magistrado entregar prontamente a prestação jurisdicional à parte, em homenagem ao preceptivo da duração razoável dos processos no âmbito judicial (art. 5º LXXVIII, CF).

O autor alegou, em síntese, que em 28 de maio de 2012 adquiriu um iPad da marca Apple, para utilizar como ferramenta profissional e armazenar dados pessoais. No entanto, em 27 de maio de 2016, deparou-se com uma atualização periódica do iPad e no aplicativo Page, e ao efetivar a atualização, foi surpreendido com a perda de todos os seus arquivos. Entrou em contato com o suporte de Ajuda da ré para que solucionassem seu problema recuperando todos os arquivos excluídos, porém, tal assertiva restou frustrada, haja vista, o mau desempenho da ré. Afirma que em razão disso, sofreu dano moral e materiais, bem como, requer a restauração dos arquivos perdidos (evento 1, docs. 08-14).

A parte ré, em sede de contestação, trouxe esclarecimentos necessários sobre o desempenho de cada aplicativo de armazenamento de arquivos disponibilizados em seu iPad, asseverando não ter culpa alguma na perda dos dados do cliente, porquanto o evento danoso tenha se dado exclusivamente por culpa do autor. Frisou sobre a importância do *backup* antes da realização de qualquer atualização, haja vista, o armazenamento precavido em seu aplicativo iCloud Drive para evitar que os usuários de seus produtos percam dados e arquivos importantes, e, que todo suporte probatório em que sustenta está disponibilizado no site e em outros canais de atendimento da Apple.

Antes de verificar detidamente as provas constantes dos autos, mister é revisitar o conceito de responsabilidade civil e os elementos ensejadores do dever de indenizar. Segundo os doutos:

“RESPONSABILIDADE CIVIL.. [...] Designa a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem. Revela-se, assim, ou melhor, resulta da ofensa ou da violação de direito, que redundam em dano ou prejuízo a outrem. Pode ter como causa própria ação ou ato ilícito, como, também, o fato ilícito de outrem, por quem, em virtude de regra legal, se responde ou se é responsável. [...] Os princípios jurídicos em que se funda a responsabilidade civil, para efeito de

determinar a reparação do dano injustamente causado, provém da velha máxima romana inserta no neminemlaedere (não lesar a ninguém). “(SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Atualizadores Nagih Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1231).

Consabido que, para falar-se em responsabilidade civil devem estar presentes alguns pressupostos. Do conceito antes citado, extraem-se os elementos essenciais para a configuração da responsabilidade civil e do dever de indenizar. São eles a ação ou omissão do agente, a culpa, o nexo causal e o dano, na forma do *caput* do art. 186 do Código Civil que estatui que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

No caso, ainda que se trate de feito afeto ao Código de Defesa do Consumidor, em que a responsabilidade é objetiva, na forma do art. 14 da referida norma (“*Art. 14, O fornecedor de serviço 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.*”), os elementos de para responsabilização devem presentes em todas as circunstâncias em que se objetiva reparação. Sem sua regular configuração e comprovação no processo, não há que se falar em qualquer dever de indenizar. Mesmo em caso de apontada responsabilidade objetiva – independentemente de culpa – há de ficar assentado em que consistiu a ação ou omissão indevida do agente causador do dano. A comprovação de tais requisitos é inviolável, sob pena de sucumbir a pretensão. Nesse sentido:

*Para que surja o dever de indenizar, é necessário, primeiramente, que exista ação ou omissão do agente; que essa conduta esteja ligada por relação de causalidade com o prejuízo suportado pela vítima e, por fim, que o agente tenha agido com culpa (assim entendida no sentido global [...]). Faltando um desses elementos, desaparece o dever de indenizar. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2019, p.202).*

Não há que se cogitar a responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação de requisitos insculpidos no art. 186 do Código Civil. Ademais, é da dicção do art. 373, I, do Código de Processo Civil que incumbe à parte autora o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito. (TJSC, Apelação Cível n. 0007965-24.2013.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 10-12-2019).

Para que se caracterize o ato ilícito, necessária se faz a conjugação de três requisitos, quais sejam, o fato lesivo causado pelo agente, a ocorrência de dano moral ou patrimonial e o nexo causal entre o dano e a conduta do agente. Ausente um desses requisitos, o pedido de indenização deverá ser julgado improcedente (TJSC, Apelação Cível n. 2012.089768-2, de Lages, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 29-01-2013).

A responsabilidade objetiva é afastada apenas quando comprovada a existência de uma das excludentes previstas no § 3º, do mesmo artigo, quais sejam, “*a inexistência do defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*”.

O autor pretende ser restituído com os arquivos perdidos quando da atualização no sistema operacional de seu iPad que armazenava arquivos de cunho pessoal e profissional, bem como, ser ressarcido pelos prejuízos decorrentes pela má prestação de serviço da ré, ao fundamento de que a empresa não conseguiu recuperar os arquivos devido a um erro no iCloud Drive.

À vista disso, conclui-se que a responsabilidade da ré restringia-se em oferecer suporte técnico especializado para ajudar o autor na recuperação dos arquivos perdidos ao realizar a atualização de software de ser iPad, procedimento que, ao analisar o conjunto fático-probatório presente na exordial, foi seguido pela empresa ré, não se evidenciando nenhuma má prestação de serviço e/ou responsabilidade pela perda de seus arquivos. Outrossim, ficou evidenciado que a requerida, ao disponibilizar a atualização do iPad, não influenciou e muito menos produziu o dano pleiteado pelo autor em juízo, afastando-o seu dever de indenização.

Verifica-se ainda da prova colhida que o autor, não havia feito procedimento de *backup*, ou seja, uma “cópia” de segurança de seus arquivos, cujo objetivo é justamente evitar que problemas como este do caso telado – perda de arquivos – aconteça. A falha, no caso, é imputável ao próprio autor, que deixou de realizar condutas de segurança para o bom uso e a regular fruição dos serviços de armazenamento de dados.

Sem falar que, na contemporaneidade que vivemos, as atualizações de *apps* e *softwares* – no caso telado, Ios -, desde que desempenhada corretamente e de acordo com as diretrizes de tal empresa, trazem novos recursos e aprimoram a experiência com o produto utilizado, deixando-o mais rápido e responsivo ao mundo digital. O autor, mesmo com todas as informações disponibilizadas pela Apple acerca da importância do *backup*, bem como, com a realidade tecnológica vivenciada com o bombardeio de informações oriundo dos meios digitais, de forma desavisada e sem cautela, deixou de fazê-lo, omissão esta que o fez perder todos os seus arquivos salvos no aplicativo Pages. Nada há de ilícito a imputar à parte ré e menos ainda se pode objetar em eventual reparação ou indenização.

Desta feita, não há falar-se em qualquer responsabilidade da ré no infortúnio. Ao contrário, evidencia-se a culpa exclusiva da vítima ou, como leciona Cavalieri, o fato exclusivo da vítima:

“A boa técnica recomenda falar fato exclusivo da vítima, em lugar de culpa exclusiva. O problema, como se viu, desloca-se para o terreno do nexo causal, e não da culpa. O Direito Italiano fala em relevância do comportamento da vítima para os fins de nexo de causalidade material. Para os fins de interrupção do nexo causal basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo do evento” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 13 ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 94).

Indevida é a pretensão de repassar a culpa por seu infortúnio à requerida, mormente porque o fato aconteceu apenas por negligência do próprio autor. Bastaria a simples atenção e prudência, para o caso vertente, para evitar o sinistro. O autor deixou de realizar o backup que, por enquanto, é a forma conhecida mais eficaz para proteger dados e arquivos, além de perder seus arquivos pessoais, prejudicou o desempenho da ré na recuperação desses dados, pois se houvesse o backup, os arquivos estariam armazenados de forma segura na “nuvem” *iCloud* – disponibilizada pela ré Apple.

Outrossim, tendo por base a autoresponsabilidade do autor na perda de seus dados, pois não se utilizou da devida cautela para resguardar os ditos arquivos, tenho por certo que esse tipo de acidente é fato corriqueiro para usuários de eletrônicos, e, no entanto, devem predispor de maturidade para resolvê-los sem ver em meros aborrecimentos uma oportunidade para debelar um juízo indenizações por danos morais e materiais (!).

Obiter dictum, não há se falr em dano moral, pois a perda de seus arquivos pessoais de cunho profissional, ainda que tenha causado contratempo e aborrecimento, não passa de um dissabor cotidiano. Chamar isso de dano moral ao fato narrado na inicial é criar uma cultura de suscetibilidades extremadas, quando não de uma “indústria de danos morais” em que, logo, qualquer aborrecimento diário fará qualquer um procurar ansiosamente por recuperação pecuniária. Sufragar a posição do demandante é fazer transivar o instrumento processual em meio “oficial” de espoliação, atividade especulativa de pequenos *rentiers* ansiosos por decisões que lhes leguem valores que nada fizeram ou empreenderam para conquistar: é o patrimonialismo chegando às raias do absurdo!

Ao fim e ao cabo, o que temos, a par da excludente de responsabilidade civil por parte da ré – que agiu dentro de seu alcance ao disponibilizar suporte técnico (evento 1, docs, 08-17) – é que o fato não passou de mero incômodo, dissabor comezinho da vida negocial contemporânea.

Sobre o assunto, pertinente se faz trazer as lições de Sérgio Cavalieri Filho:

“O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haverá que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõem o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. [...] Mesmo na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado, etc, -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Em suma, sem dano não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa” (Programa de responsabilidade civil. 13 ed., ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 101).

E continua:

“Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a agressão a um bem ou atributo da personalidade que cause 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” (Idem, p. 121).

No mundo contemporâneo devemos estar acostumados a incômodos diuturnos, a dissabores diários e inevitáveis reveses e chateações. E por isso, não é a qualquer inconveniência que poderemos chamar de dano moral. O mero dissabor, a impaciência, o incômodo, o receio e o inconformismo, nada disso pode ser confundido com dano moral. A dor moral a merecer indenização é aquela que prescruta o íntimo do ser, instala no espírito um constante arturdir e lhe marca de profundo pesar, por tempo considerável.

A dor moral, que é aquela decorrente da ofensa aos direitos da personalidade deve ser diferenciada dos meros aborrecimentos e dissabores, sob pena de ampliar-se excessivamente a abrangência do dano moral, a ponto de prodigalizar o instituto, que é tão caro ao direito moderno. Não é qualquer irregularidade ou problema que conduzirá à indenização. Só haverá dano moral indenizável se o ato apontado como lesivo tiver alguma grandeza e estiver revestido de certa gravidade. Atos que causem mero incômodo, impaciência, vicissitude ou inconformismo, sem atingir os direitos da personalidade, não servem para a irrestrita busca por indenizações.

No caso em tela, não há lesão relevante aos direitos da personalidade e forte abalo ao requerente, a tal ponto de sustentar a ocorrência de danos morais. Dessa forma, considerando que não resultou configurado dano moral ao autor, não há que se falar em verba indenizatória, devendo, por conseguinte, ser julgado improcedente o pedido inicial.

Ante o exposto, com fulcro no art. 487, I, do CPC, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido desta ação de danos morais e materiais ajuizada por Josmar Gonçalves em face de APPLE Computer Brasil LTDA, por reconhecer culpa exclusiva do autor nas intercorrências narradas na inicial, excludente legal de responsabilidade civil.

Por sua sucumbência, condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como aos honorários advocatícios em favor do procurador da parte ré, os quais fixo em R\$ 1.500,00 (...), justificando o arbitramento em valor certo à vista do decreto de improcedência da demanda.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, archive-se.

Signatário (a): EDUARDO PASSOLD REIS, Juiz de Direito

Data e Hora: 22/4/2020, às 17:50:29



PUBLICAÇÕES

EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO PROTAGONISTAS INTERNACIONAIS: UM EXAME À LUZ DA GLOBALIZAÇÃO E DA GOVERNANÇA GLOBAL

CLAUDIA RIBAS MARINHO¹

WELTON RUBENICH²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Globalização e Transnacionalidade 2. O protagonismo das grandes corporações transnacionais no mundo globalizado 3. Governança corporativa ou ausência de Governança? Considerações finais; Referências das Fontes Citadas.

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 sufficient 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.

Intensifica-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.

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)

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, 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 todas 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 espreado 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 conseqüências 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 categoricamente 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, trata-se 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 Ladislaw 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 distribuíram-se 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 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

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)

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, suprindo 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.

(...) 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)

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)

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, 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.” (BOSELNANN, 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.

“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)

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)

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 lembrar 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 testemunhou-se ao desenvolvimento de práticas de *compliance*⁷, que a medida que buscam uma espécie de 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.

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.

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)

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 sabiam” 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)

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).

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)

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 preocupar-se 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 controle, deixando que as atuações invisíveis do acaso estabeleçam a realidade; a 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

BOSELNANN, Klaus. **O princípio 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/pt-br/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-historia-com-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

STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Marcio & STELZER, Joana (org). **Direito e Transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011

UOL NOTÍCIAS. **Prejuízo em Mariana é quatro vezes a soma de royalties pagos pela Samarco.** <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/15/prejuizo-com-desastre-e-o-quadruplo-do-que-mariana-mg-recebe-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

ADOÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA:

LIMITES E POSSIBILIDADES

Ângela Daltoé Tregnago¹

Beatriz Suelo²

Gustavo Meneghetti³

Resumo: O contexto de pandemia provocado pelo Coronavírus (COVID-19) e as medidas de distanciamento social recomendadas para evitar sua disseminação trouxeram a necessidade de repensar a metodologia adotada para os encaminhamentos de crianças e adolescentes para família substituta, na modalidade de adoção. Dessa forma, o presente texto pretende apresentar algumas reflexões que possam fomentar o debate e contribuir na construção de alternativas para atendimento das demandas relacionadas à adoção na atual conjuntura.

Palavras-chave: adoção; pandemia; aproximação; estágio de convivência.

INTRODUÇÃO

Em virtude da necessidade de refletir sobre os limites e possibilidades da adoção no contexto da pandemia do novo Coronavírus, os(as) pesquisadores(as) do Núcleo de Estudos e Pesquisas Metodologias de Intervenção Sociojurídica nas Áreas da Criança, Adolescente e Família do Poder Judiciário de Santa Catarina (NEP Sociojurídico) se reuniram para debater este importante tema, não obstante a prevalência de questionamentos em lugar de efetivas respostas para a metodologia de atendimento das demandas inerentes à adoção em um momento de distanciamento social.

1 Assistente Social do Poder Judiciário de Santa Catarina, graduada em Serviço Social pela Universidade do Oeste de Santa Catarina -Unoesc (2013). Especialista em Direitos Fundamentais da Família, Criança e Adolescente, pela Unoesc(2019) e em Políticas Públicas, Redes e Defesa de Direitos, pela Universidade do Norte do Paraná-Unopar (2017). Cursando Mestrado Interdisciplinar em Ciências Humanas, na Universidade Federal da Fronteira Sul (UFFS). Pesquisadora vinculada ao NEP Sociojurídico.

2 Assistente Social do Poder Judiciário de Santa Catarina, atualmente lotada na Comarca de Itapiranga. Especialista em Abordagens Sócio-Jurídicas da Família (UNOESC/SMO) e no Enfrentamento à violência contra crianças e adolescentes (PUC/PR). Cursando Especialização em Serviço Social no Sociojurídico e a Atuação Profissional no Sistema de Garantia de Direitos: Fundamentos teóricos, metodológicos, assessoria, perícia e gestão (Alphaville Educacional). Pesquisadora vinculada ao NEP Sociojurídico.

3 Assistente Social do Poder Judiciário de Santa Catarina, atualmente lotado na Comarca de Imaruí. Mestre e Doutor em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Líder em exercício do NEP Sociojurídico.

O contexto de pandemia provocado pelo Coronavírus (COVID-19) e as medidas de distanciamento social recomendadas nacionalmente para evitar sua disseminação trouxeram a necessidade de repensar a metodologia adotada para os encaminhamentos de crianças e adolescentes para família substituta, na modalidade de adoção.

O debate, que demanda adensamento, apresenta uma série de questionamentos que perpassam pela interface entre o direito à saúde e o direito à convivência familiar e, a forma de equalização de garantia dessas duas prerrogativas legais. Dessa forma, o presente texto pretende apresentar algumas reflexões que possam fomentar o debate e contribuir na construção de alternativas para atendimento das demandas relacionadas à adoção na atual conjuntura.

1 Procedimentos de Adoção: Aproximação e Início do Estágio de Convivência

Inicialmente, pontua-se que o acolhimento institucional e/ou familiar é uma medida de proteção aplicada e guiada pelos princípios de provisoriedade e excepcionalidade, dados os impactos negativos de um prolongamento da institucionalização no desenvolvimento de crianças e adolescentes. Conforme aponta Simões (2014, p. 43):

[...] o período prolongado de institucionalização é extremamente prejudicial para a criança e o adolescente, independentemente de ocorrer a reintegração à sua família de origem ou encaminhá-lo para família substituta, na modalidade de guarda, tutela ou adoção. O ato de privar uma criança de uma relação segura de amor, deixando de lado as suas necessidades, coloca em risco seu desenvolvimento emocional, cognitivo e social.

Dessa forma, quando esgotadas as possibilidades de reintegração na família de origem ou extensa e estando a criança ou adolescente apta à adoção, necessário realizar os procedimentos pertinentes ao resgate do direito à convivência familiar, mitigado quando do afastamento do ambiente de origem.

Os procedimentos adotados no estado de Santa Catarina são guiados por um processo de aproximação gradativa entre pretendentes e crianças e adolescentes, em metodologia construída de acordo com a fase desenvolvimental destes e sua abertura para a construção de vínculos. Via de regra, envolvem encontros com a criança ou adolescente no Serviço de Acolhimento ou outro local apropriado, avançando gradativamente para passeios na cidade e posterior visitas à moradia dos pretendentes, por exemplo, até que se observe o fortalecimento de sentimentos de segurança da criança ou adolescente em relação aos(às) pretendentes.

A construção dessa vinculação afetiva mínima é importante para dar sustentação ao projeto de filiação adotiva e possibilitar o início do estágio de convivência, com a consequente regulamentação da guarda provisória. Ademais, conforme Pinho (2014, p. 535), “[...] algumas dificuldades só

aparecerão quando o pretendente estiver em contato com a criança, pois, no momento da habilitação, fala-se em expectativas e fantasias acerca da chegada da criança à família”.

Tais etapas e procedimentos envolvem necessariamente a presença e interação física, atualmente desaconselhadas pelos órgãos de saúde e especialistas na área, em razão do risco de contágio pelo novo coronavírus.

Neste contexto, surgem indagações sobre como promover a construção de vínculos prévios ao estágio de convivência entre pretendentes e crianças/adolescentes em situações de acolhimento, garantindo o direito de ambos de estabelecer a nova relação familiar concomitante à proteção à saúde de todos os sujeitos envolvidos. E, nessas situações, amplia-se o número de sujeitos envolvidos que demandam a proteção à sua saúde, a exemplo das demais crianças e adolescentes acolhidas que possuem convivência com os futuros adotandos durante o período que perdurar a aproximação destes com os pretendentes à adoção, bem como os profissionais incumbidos do acompanhamento.

É importante considerar, ainda, na análise da questão posta, que protelar aproximações com fins de adoção poderá resultar na diminuição das possibilidades futuras da criança ou adolescente de garantia do direito à convivência familiar, já que as estatísticas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020) demonstram que, quanto maior a idade da criança, menor as possibilidades de adoção, dada a distância entre o perfil de crianças aptas para adoção e o projeto adotivo da maioria dos pretendentes habilitados.

Ademais, crianças e adolescentes inseridas em Serviços de Acolhimento, apesar do caráter protetivo da medida, convivem com a violação do direito fundamental à convivência familiar, sendo o restabelecimento deste direito algo a ser priorizado, intencionando atingir o objetivo de recolocação dessas crianças e adolescentes no seio de uma família, em caráter de prioridade absoluta, conforme preconizado pela legislação brasileira.

Observa-se, aqui, sob a perspectiva do Serviço Social, um aparente desafio ético profissional, cuja situação perpassa a necessidade de encaminhamento imediato para adoção de uma criança e/ou adolescente institucionalizado e a realização de um trabalho de qualidade, evitando futuros prejuízos aos sujeitos envolvidos na adoção. A indagação que emerge nesta conjuntura é a seguinte: “como equacionar essas questões sem prejudicar os sujeitos envolvidos, cumprindo as orientações sanitárias e, ao mesmo tempo, realizando um trabalho de qualidade, a fim de tornar viável a aproximação e a convivência dessa criança/adolescente com uma família substituta, na modalidade de adoção”?

Neste sentido, a Associação dos Assistentes Sociais do Poder Judiciário de Santa Catarina (ACASPJ, 2020), visando nortear o trabalho profissional neste período de pandemia, recomendou que as aproximações com fins de adoção não tenham início no período que perdurar as medidas de distanciamento social. No documento, apontou-se também a imprevisibilidade do período de manutenção dessas medidas e as expectativas que acabam sendo criadas a partir dos primeiros contatos entre crianças e pretendentes, no sentido de iniciar o estágio de convivência e, por conseguinte, o convívio familiar.

Tal recomendação decorre da complexidade que permeia a construção de novos arranjos familiares, somadas às questões socioeconômica e emocionais resultantes do distanciamento social, que geram dificuldades de diversos âmbitos e que não se pode prever ou evitar sem o acompanhamento técnico continuado, o qual deve ser realizado de forma segura, cautelosa e com a qualidade de tempo e de interações necessárias para proporcionar a vinculação afetiva. O descuido em relação a essas etapas pode ampliar os desafios ou mesmo inviabilizar a vinculação familiar.

Ao se observar outras normativas e recomendações acerca da atuação do Assistente Social nestas demandas, verifica-se que consta das atribuições do Assistente Social no Poder Judiciário de Santa Catarina gerenciar o Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo e orientar e acompanhar famílias a quem tenham sido entregues, judicialmente, crianças e adolescentes. O Assistente Social faz parte da equipe técnica (quando não individualmente, dada a ausência de outros profissionais no quadro do Poder Judiciário) responsável pelo acompanhamento de adoções, incluindo o processo de construção de vínculos que precede o estágio de convivência. “Se por um lado o técnico da entidade de acolhimento e a cuidadora reúnem mais condições de preparar a criança para a adoção, o técnico da justiça é o responsável jurídico para a construção legal dessa filiação” (SILVA; GUIMARÃES; PEREIRA, 2014, p. 277).

Seguindo esta linha analítica, ainda sob a perspectiva do Serviço Social, o art. 3º, alínea `d`, do Código de Ética Profissional prevê como dever ético do Assistente Social o atendimento em situações de calamidade pública, no direcionamento da defesa dos interesses e necessidades dos usuários dos serviços. Da mesma forma, preconiza a autonomia profissional para definir as situações que demandam o atendimento de urgência no contexto de pandemia e os instrumentais utilizados para materialização da prática, sem descuidar do compromisso ético e da qualidade do trabalho prestado. Matos (apud Fávero, 2020, p. 13) lembrou que “a pandemia altera o fluxo de trabalho, mas não altera a função social da profissão, ou seja, não altera o que cabe à profissão, não altera suas atribuições e competências”.

2 A Adoção em Tempos de Pandemia: Limites e Possibilidades

Realizadas essas reflexões preliminares, necessário que os(as) assistentes sociais, no cotidiano de trabalho, amparados pela autonomia profissional e competência técnico-operativa e teórico-metodológica, possam contribuir com a proposição de alternativas que resguardem direitos dos sujeitos envolvidos nas demandas judiciais. Diante dos desafios apresentados pelo momento de pandemia, exige-se que o(a) assistente social desenvolva sua capacidade de “[...] construir propostas de trabalho criativas e capazes de preservar e efetivar direitos, a partir das demandas emergentes no cotidiano. Enfim, ser um profissional propositivo e não só executivo” (IAMAMOTO, 1998, p. 20).

Dessa forma, a partir das discussões e troca de experiências realizadas pelos(as) pesquisadores(as) do NEP Sociojurídico, em reunião de estudos sobre os limites e possibilidades dos encaminhamentos de adoção no contexto da pandemia do novo coronavírus, sobrevieram algumas reflexões acerca da temática em análise.

De início, reduzir a construção de vínculos a encontros virtuais, via chamadas de vídeo, de forma isolada, inviabiliza a construção dos meios necessários para que se estabeleçam as trocas ou contatos iniciais que favorecem a vinculação afetiva. Caso aplicada como única alternativa, pode prejudicar todo o processo de construção de vínculos e resultar em interrupções futuras de estágio de convivência, demonstrando que as etapas preliminares de aproximação não foram devidamente conduzidas.

Ademais, a condução unicamente pelos meios tecnológicos compromete a qualidade do trabalho prestado pelos profissionais que realizam o acompanhamento dessas situações, dificultando a construção da relação de confiança com os sujeitos envolvidos, prejudicando a garantia da privacidade e do sigilo e limitando a percepção dos aspectos não verbais presentes na interação com os usuários.

Nesse sentido, o grupo de pesquisadores(as) do NEP Sociojurídico realizou algumas reflexões preliminares acerca das possibilidades de associar os contatos virtuais aos encontros presenciais, garantindo a qualidade do serviço prestado e, conseqüentemente, resguardando os direitos dos sujeitos envolvidos.

Pontuou-se que, seguindo os protocolos de conduta para evitar a disseminação do novo coronavírus, é possível realizar alguns procedimentos relativos à aproximação, de forma a não prejudicar as crianças ou adolescentes que estejam aptos à adoção, os quais passariam maior tempo aguardando o encaminhamento à família adotiva ou teriam reduzidas suas possibilidades com o passar do tempo. Tais protocolos de conduta envolvem, no caso concreto, a exclusão da participação de sujeitos considerados como grupo de risco, a aferição de temperatura, a aplicação de testes rápidos, a realização de encontros em ambientes amplos e externos, o uso de máscaras e a higienização constante dos envolvidos, reduzindo, assim, as possibilidades de contágio.

Contudo, tal perspectiva exige que sejam observadas, consideradas e definidas as formas de intervenção presenciais, a partir das condições dos profissionais que realizarão o acompanhamento, das condições das crianças ou adolescentes compreenderem e manterem os cuidados necessários, bem como dos locais e recursos disponíveis para que se mantenha o menor grau de exposição possível. Isto é, a partir do diálogo e considerações entre os(as) profissionais responsáveis, tanto no Judiciário quanto nos Serviços de Acolhimento, bem como com os pretendentes à adoção. É importante, também, a participação dos(as) cuidadores(as), que conhecem mais proximamente as crianças/adolescentes que serão encaminhados à adoção e poderão, assim, orientá-los e promover os cuidados relativos a eles.

As situações que se expressam no cotidiano apresentam particularidades que devem ser consideradas na construção de alternativas de atendimento que preservem direitos. No contexto da adoção, é necessário considerar a fase desenvolvimental da criança, seu estado de saúde, tempo de acolhimento, perspectivas de futuro no que tange à garantia do direito à convivência familiar e disponibilidade emocional, como fatores de análise quanto à decisão relativa ao encaminhamento para adoção em tempos de pandemia.

Concomitantemente, é fundamental ponderar a dinâmica de vida dos pretendentes no contexto de pandemia e das medidas de distanciamento social, em especial suas condições de saúde, já que as mudanças atualmente experimentadas trazem reflexos a diversos segmentos da população em geral, nas quais os pretendentes à adoção se incluem. Estes também experimentam mudanças em sua dinâmica laboral, familiar e em termos de rotinas e demandas, precisando redefinir as formas de organização para materialização do projeto adotivo, nem sempre com a disponibilidade necessária para avançar no projeto adotivo neste momento de pandemia.

Este panorama inicial poderá apresentar alguns subsídios para avaliação das possibilidades interventivas e das dificuldades ou limites, contribuindo para o encaminhamento adequado de cada situação, respeitando sua especificidade.

Nesse sentido, acredita-se que não é possível encontrar soluções simplificadas e genéricas, de forma segura, em contraponto ao indicado na Recomendação nº 1, de 16 de abril de 2020, que traz no Art. 1º a recomendação de que avaliar possibilidades de acolhimento e proteção de acolhidos, possam ser utilizadas “medidas e procedimentos emergenciais” para colocação de crianças e adolescentes, como a inserção sob guarda em famílias habilitadas à adoção (BRASIL, 2020).

O documento confere uma imediatividade na colocação de crianças e adolescentes em adoção e, ao mesmo tempo, a excepcionalidade da manutenção do acolhimento, como se os fluxos e procedimentos até então vigentes já não considerassem esses critérios, ou como se fosse necessário, nesse novo contexto sanitário, deixar de observar alguns aspectos que tornavam a adoção, fora do período de isolamento, mais demorada, ou o acolhimento mais breve. Ou seja, transmitem a conotação de que as etapas que permitam que as aproximações sejam gradativas e os desacolhimentos sejam positivos, poderiam ser suprimidas para que se acelere a inserção dessas crianças ou adolescentes em famílias adotivas.

De modo oposto, o contexto atual exige que haja uma reflexão prévia e avaliação das perspectivas apresentadas e que, quando não houver condições favoráveis - que permitam, por exemplo que as crianças/adolescentes aptos à adoção não se mantenham junto de diversas outras crianças durante períodos de aproximações; ou quando os pretendentes ou mesmo os profissionais não tiverem disponibilidade e recursos (para deslocamento, acompanhamento, ou outros fatores dificultadores) para realizar alguns contatos presenciais de forma segura e em ambiente adequado para que ocorram as interações - que as adoções sejam postergadas, sob o risco de causar ainda maiores danos aos envolvidos, como, por exemplo, devoluções de crianças ou adolescentes e interrupções de estágio de convivência.

De outro ângulo, há que se preocupar também com o acompanhamento técnico do estágio de convivência, igualmente submetido às restrições sociais ocasionadas pela pandemia. É possível fazê-lo tão somente através de meios virtuais? Haverá necessidade de atendimentos ou intervenções presenciais? Pelas mesmas razões já expostas, acredita-se que a melhor alternativa seria mesclar atendimentos virtuais e presenciais, cuja variação dependerá das particularidades presentes no caso concreto, cabendo ao profissional decidir em que momentos ou circunstâncias esta ou aquela modalidade de atendimento se mostra mais adequada.

A tendência é de que, quanto maiores as dificuldades de relacionamento e convivência entre adotantes e adotandos, maior será a necessidade de intervenções presenciais; inversamente, quanto mais tranquilo estiver transcorrendo o estágio de convivência, menor será a necessidade de atendimentos presenciais. Contudo, frise-se mais uma vez, isso dependerá da análise do caso concreto.

Mais do que antes, as condições dos profissionais, dos pretendentes e das crianças ou adolescentes são decisivas para o sucesso das adoções e, se não houver condições adequadas, todos serão afetados, seja colocando em risco a saúde de diversas pessoas, seja prejudicando a qualidade do processo de construção da socioafetividade.

Considerações Finais

Como dissemos no início deste texto, os limites e as possibilidades dos encaminhamentos de crianças ou adolescentes para adoção no contexto da pandemia do novo coronavírus se encontram na interface entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à saúde; de outro lado, o direito à convivência familiar.

Temos visto diversas decisões judiciais, no Brasil e em Santa Catarina, no sentido de que o direito à saúde da coletividade deve se sobrepor ao direito individual de ir e vir. Raciocínio análogo pode ser utilizado aqui, no sentido de que o direito à saúde de todos os envolvidos no processo de adoção, sobretudo das crianças e adolescentes, deve prevalecer sobre o direito à convivência familiar, sempre que não for possível compatibilizá-los.

Reforça-se, assim, a importância de que sejam considerados os aspectos apontados aqui para garantir que cada etapa da adoção seja respeitada e que ela só se concretize quando houver condições seguras para realizar os procedimentos necessários ao estabelecimento de vínculos afetivos. Sem atropelos e com cuidados, é possível garantir às crianças e adolescentes, ao mesmo tempo, o direito à saúde e o direito à convivência familiar.

Este condicionante perpassa obrigatoriamente o respeito ao princípio da autonomia profissional na análise dos aspectos descritos no corpo deste documento, tendo em vista que o direito à vida é condição primordial para que os demais direitos humanos e fundamentais possam ser promovidos.

Referências

ASSOCIAÇÃO DOS ASSISTENTES SOCIAIS DO PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA (ACASPJ). *A Atuação das/os assistentes sociais do Poder Judiciário Catarinense em meio à Pandemia do novo Coronavírus – COVID 19*. Disponível em: <http://acaspj.org/wp-content/uploads/2020/04/Orientac%CC%A7o%CC%83es-ACASPJ-COVID-19.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania; Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos; Conselho Nacional de Justiça; Conselho Nacional do Ministério Público. *Recomendação n.º 1 de 16 de abril de 2020*. Dispõe sobre cuidados a crianças e adolescentes com medida protetiva de acolhimento, no contexto de transmissão comunitária do novo Coronavírus (Covid-19), em todo o território nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/REC/recomendacao-conjunta-01-20-MC.htm#:~:text=RECOMENDA%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%201%2C%20DE%2016,nacional%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AA n/cias. Acesso em: 12 ago. 2020.

IAMAMOTO, Marilda V. *O Serviço Social na Contemporaneidade: trabalho e formação profissional*. São Paulo: Cortez, 1998.

PINHO, Patricia Glycerio R. Devolução: Quando as crianças não se tornam filhos. In: LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange (orgs). *Guia de Adoção : no Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família*. São Paulo: Roca, 2014. p.533-540.

SILVA, Maria da Penha Oliveira; GUIMARÃES, Flávio Lobo; PEREIRA, Soraya Kátia Rodrigues. Caminhos para Adoção. In: LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange (orgs). *Guia de Adoção: no Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família*. São Paulo: Roca, 2014. p.

SIMÕES, Ana Lúcia. Projeto Apadrinhar: uma alternativa para as institucionalizações prolongadas. In: LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange (orgs). *Guia de Adoção: no Jurídico, no Social, no Psicológico e na Família*. São Paulo: Roca, 2014. p. 39-52.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). *Protocolo de Conduta para Psicólogos e Assistentes Sociais*. Florianópolis/SC: TJSC, 2020. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/documents/37870/5978588/Protocolo+de+conduta+para+Psic%C3%B3logos+e+Assistentes+Sociais+%2810%29.pdf/de81613f-5aac-d063-11c5-236ccb21823>. Acesso em: 12 ago. 2020.

Agradecimento

Os(as) autores(as) agradecem pela valiosa contribuição dos(às) demais pesquisadores(as) assistentes sociais participantes do NEP Sociojurídico: Geani Ester Rippel (Comarca de Dionísio Cerqueira); Ellen Caroline Pereira (Comarca de Joaçaba); Rosilene Aparecida da Silva Lima (Comarca de Lages); Elaine Cristina Mendonça (Comarca de Brusque); Lidiane Vieira (Comarca de Blumenau); Lidiane Ferreira Carneiro (Comarca de Araquari); Luciane Neitzel Friedrich (Comarca de Turvo); Olindina Maria da Silva Krueger (Comarca de Joinville); e, Danúbia Rocha Vieira (CEIJ).

Crônica escrita por ocasião dos 30 Anos do Estatuto da Criança e do Adolescente

Eduardo Passold Reis

O Estatuto da Criança e do Adolescente está aniversariando 30 anos. Há três décadas entrava em vigor a Lei 8.069, aos 13 de julho de 1990, fruto de intensos debates legislativos, e resultado de tratamento acadêmico e doutrinário de primeira ordem. Entre os juristas de renome que tomaram parte da elaboração da referida Lei, o Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, um dos maiores nomes que o Poder Judiciário Catarinense conheceu e forjou.

Substituindo o vetusto Código de Menores, obra legislativa de outros tempos, o Estatuto apresentou novas luzes à legislação brasileira na seara da Infância e Juventude. A compreensão de conceitos de plenitude de direitos fundamentais, proteção integral e da “*condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento*” (art. 6º, *in fine*, ECA) foram tentos que transmutaram a forma de ver e conceber as relações jurídicas da sociedade brasileira com suas crianças e adolescentes.

Muito foi feito a partir do Estatuto, é verdade. A humanização no tratamento dos infantes, a prioridade no atendimento às demandas sociais destes, o fomento ao ensino e à profissionalização com responsabilidade, o cuidado diferenciado, probo e protagonista com as crianças, numa busca de exercício responsável da parentalidade (*parenthood*), são marcas que a Lei 8.069/90 consagrou na sociedade brasileira.

Contudo, do Estatuto da Criança e do Adolescente não colhemos apenas louros. Ele é bastante brando com práticas de mercado infames e invasivas que tornam nossos pequenos, fontes inesgotáveis de lucros à selvageria do capital, que lucra e ri com a publicidade infantil descontrolada. Não se ocupou a Lei – ou não cuidam seus aplicadores – de zelo para estimular nossa geração de crianças e jovens a se tornarem agentes sociais economicamente conscientes e responsáveis. Não! Desde cedo escutam um mentiroso: “*Você pode ser tudo o que quiser!*”, ladeado por sorrisos alourados, confetes coloridos e muito brilho e *glitter*.

Esta superexposição ao consumo desde a primeira infância tem reflexos também na superexposição do corpo, na ansiedade crescente e na nova forma de as crianças e adolescentes se verem no mundo e em suas relações com o mundo, especialmente na introdução prematura destas nas mídias e redes sociais. Os perigos do mundo real são menores e menos velados que os do mundo virtual. Comparo este último a um mar abissal, que esconde o desconhecido e pode revelar e apresentar uma escuridão profunda aos navegadores de pouco tino. Defende-se que os pais velem

pelos ambientes virtuais frequentados pelos filhos e para que se observem os “termos de uso” e idades mínimas para utilização de determinadas redes sociais. Mas decerto que já é antiquado e tardo pedir bom-senso.

O Estatuto, por seu viés essencialmente garantista, deixou a desejar ainda em alguns limites importantes como as responsabilidades mediadas entre pais e educadores. Nossos Professores e mestres perderam a posição de respeito que merecem porque a educação para a vida em sociedade parece que não está vindo de casa. O Estatuto poderia ter cuidado melhor desta parte. Isso para não entrar na seara da brandura com os adolescentes que cometem atos análogos a crimes, muitas vezes cooptados por organizações criminosas; atos estes que contam com um regime de responsabilização de baixíssima legitimidade social.

O que se vê é que os desafios do Complexo e do Múltiplo sempre se renovam, com a Sociedade em movimento constante. E as leis não são suficientes – por melhores que sejam seus textos e o intento de seus pensadores – para abarcar todas as situações vivenciadas no dia-a-dia sempre instável, mutante, com desafios novos, que imprime a necessidade de novas resoluções. Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades; as necessidades, os desafios, os problemas, e também as soluções.

Que os trinta anos de vigência e vida do Estatuto da Criança e do Adolescente nos façam meditar na solidariedade intergeracional e no cuidado, que devemos ter todos, às gerações que nos sucederão.

Eduardo Passold Reis é magistrado em Curitiba, na Serra catarinense e mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A GUARDA COMPARTILHADA EM TEMPOS DE PANDEMIA COVID-19

Joana Ribeiro¹

Josiane Rose Petry Veronese²

A Guarda Compartilhada é uma conquista da garantia das crianças e dos adolescentes à convivência familiar paterna e materna, cuja origem é inglesa, advinda de um julgamento de 1964 que fez história no mundo, pelo reconhecimento da guarda conjunta, conhecida como “join cumstody” e que se difundiu pela França, depois para os Estados Unidos, Suécia e Dinamarca³.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ao conferir a primazia do direito à convivência familiar, também dispõe que no fim da relação afetiva entre os pais, os Estados Partes devem garantir “o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”⁴.

Este dispositivo “consolida o princípio de que pai e mãe têm responsabilidade na educação e no desenvolvimento de seus filhos e o Poder Público deve apoiá-los nesta tarefa, quando necessário”⁵ e reconhece a família como grupo fundamental da sociedade, e ambiente natural de crescimento e bem-estar dos membros e do qual a criança e o adolescente recebem a proteção e a assistência para assumirem plenamente as suas responsabilidades na comunidade em que estão inseridas⁶.

1 Especialista em Processo Civil pelo sistema LFG (2018). Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Juíza de Direito em Santa Catarina desde 2004. Membro do Conselho Consultivo da Coordenadoria Estadual da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de Santa Catarina desde 2013 (CEIJ/TJSC). <http://lattes.cnpq.br/6170050977799001>. E-mail: joanaribeiro2015@icloud.com

2 Professora Titular da Disciplina de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC, com pós-doutorado pela PUC Serviço Social/RS. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Direito/UFSC. Coordenadora do NEJUSCA - Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente. Em estágio de pós-doutorado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, sob a supervisão do Prof. Dr. Airton Cerqueira-Leite Seelaender. Email: jpetryve@uol.com.br

3 LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 263-266.

4 BRASIL. Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

5 VERONESE, Josiane Rose Petry. Convenção sobre os direitos da Criança – 30 anos – sua incidência no Estatuto da Criança e do Adolescente. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 72.

6 VERONESE, Josiane Rose Petry. Convenção sobre os direitos da Criança – 30 anos – sua incidência no Estatuto da Criança e do Adolescente. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 22.

Em sintonia com a Doutrina da Proteção Integral, acolhida na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e incorporada no Brasil pela Constituição Federal de 1988, o art. 227 prevê:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão⁷.

Diante da igualdade e da divisão de responsabilidades, os pais devidamente comprometidos com a convivência com seus filhos, em um ambiente cultural de prevalência da afetividade na constituição das famílias, uniram-se em um movimento nacional que deu iniciativa a um projeto de lei iniciado em 2002 e que levou à aprovação da primeira Lei da Guarda Compartilhada, a Lei 11.698/2008, baseada nas experiências positivas do sistema inglês da guarda conjunta e da responsabilidade parental francesa⁸.

Durante o período de tramitação daquela lei, foi construído democraticamente por diversas organizações sociais, pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) e pelo Conselho Nacional da Assistência Social (CNAS), o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária⁹, lançado em 2006, para oferecer concretude ao direito fundamental das crianças e dos adolescentes à convivência familiar e comunitária.

Quando entrou em vigor a Lei 11.698/2008, em razão da interpretação de que a Guarda Compartilhada apenas seria fixada judicialmente caso adviesse de acordo entre os pais, foi necessário um novo movimento social para que a nova lei garantisse a Guarda Compartilhada tanto para casais que a firmassem em acordo, como por sentença de divórcio ou dissolução litigiosa da relação entre o casal¹⁰, de forma que iniciado o projeto em 2011, a Lei 13.058/2014 foi aprovada com o objetivo de superar os preconceitos dos atores do direito para garantir a ampla convivência dos filhos com seus pais.

7 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 1º maio 2020.

8 LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev. atual. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 262-266.

9 BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, de 2006. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: Conanda, 2006.

10 BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei N. 1.009/2011. Autoria Deputado Arnaldo Faria de Sá. Relatora: Deputada Rosinha. Altera o artigo 1584, § 2º, e o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=984940&filename=SBT+3+CSSF+%3D%3E+PL+1009/2011. Acesso em: 10 abr. 2020.

A concretização da Doutrina da Proteção Integral pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e por leis posteriores ao longo dos anos reforçou os direitos fundamentais das crianças e adolescentes, com as duas Leis de Convivência Familiar e Comunitária e Adoção (Lei n. 12.010/2009 e Lei n. 13.509/2017), que asseguraram que a criança e o adolescente permaneçam no seio de sua família e pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei n. 13.257/2016), que reforçou o papel do Estado como investidor da paternidade responsável, levando à compreensão da importância das crianças conviverem com o pai e a mãe, também valorizando-se o convívio com os avós e com a rede familiar.

Foi igualmente precisa em acrescentar o parágrafo único ao art. 22, deixando clara a responsabilidade compartilhada no cuidado e na educação das crianças: “A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança”¹¹.

O Direito de Família também se reordenou a partir da base de princípios oferecidos pela Constituição Federal de 1988, baseados na Doutrina da Proteção Integral, de forma que o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da convivência familiar também passaram a fazer parte do repertório fundamental de princípios específicos do Direito de Família, aliado aos princípios fundamentais gerais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar¹².

Como ensina Paulo Lobo, se o Direito de Família já foi representado por uma pirâmide, com o pai acima e os filhos abaixo, depois foi proposta como um círculo, com as crianças e adolescentes no centro, atualmente o autor sugere uma figura da estrela, com o centro ocupado pelos infantoadolescentes e com as pontas, “sobre a qual convergem relações tanto do tipo biológico quanto de tipo social, com seus dois genitores em conjunto ou separadamente, inclusive nas crises e separação conjugais”¹³.

Pois bem, enquanto a cultura da convivência paterna foi sendo incentivada como política pública do Poder Judiciário, em adesão ao conceito da parentalidade responsável, a Guarda Compartilhada conseguia ir paulatinamente se consolidando com o apoio dos mecanismos da mediação e da conciliação, o que se tomou forte com avanço do Código de Processo Civil de 2015¹⁴, o qual no art. 694 determinou “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” e definiu no art. 696 a possibilidade da audiência de mediação e conciliação dividir-se

11 BRASIL. Lei 13.257, de 08 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

12 LÔBO, Paulo. Direito Civil: volume 5: famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 56-76.

13 LÔBO, Paulo. Direito Civil: volume 5: famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 79.

14 BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Publicado em 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 03 de maio de 2020.

em tantas sessões quantas forem necessárias para viabilizar a solução consensual, o que contribuiu para a fixação consensual da Guarda Compartilhada. Já, com o respaldo da segunda lei, tornou-se obrigatória também para as situações litigiosas.

Todavia, dadas as circunstâncias sociais até então nunca vividas, de quarentena e isolamento social para a contenção da Covid-19, aqueles casos em que a Guarda Compartilhada não havia sido fruto de amadurecimento dos casais ou a convivência com o não guardião da Guarda Unilateral já era de difícil compreensão, novos conflitos tendem a surgir, eis que a convivência familiar e comunitária foi restringida para a contenção da doença¹⁵, alguns pais e mães são grupos de risco, outros exercem funções essenciais e correm mais risco de contaminação e tornou-se complexo fechar este “quebra-cabeças”, diante do receio de doença e de morte, mais os problemas financeiros decorrentes, que refletem no padrão de vida das famílias e na garantia do pagamento da pensão alimentícia.

Em razão das previsões de estudos científicos noticiados que indicam que o controle à pandemia da Covid-19 poderá durar até 2022¹⁶, os quais comprometem direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, como a educação, a convivência comunitária e o lazer, sujeitos ao sacrifício para a garantia do direito fundamental à vida e à saúde, entendemos que o direito fundamental à convivência familiar precisa ser resguardado ao máximo, evitando-se sua restrição, mas sem deixar de cumprir as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) sobre a Covid-19, eis que as informações científicas produzidas até maio de 2020 indicam que o direito fundamental à vida e à saúde correm risco efetivo pela contaminação por Covid-19 e devem ser resguardados ao máximo, em uma situação tão grave e cujo futuro é imprevisível.

Em períodos de quarentena, definidos pela Lei 13.979/2020, e pressupondo-se que nenhum parente esteja infectado, tampouco em um grupo de controle de infecção, a convivência com os pais deve ser mantida, conforme acordo homologado ou sentença judicial de fixação, contudo, com as seguintes alterações:

a) o lar referencial continua o mesmo, contudo, diante da ausência de aulas presenciais e da manutenção da educação à distância, para os casos em que a convivência nas férias foi dividida e a criança se sente bem em períodos de separação de um e outro, poderão os pais manter a convivência no sistema de férias, ficando 10 a 15 dias com cada um, cientes de que no dia da troca nenhum dos pais esteja infectado ou com o risco de ter sido. Em casos de insegurança de algum dos pais quanto aos cuidados pelo outro, podem ser acrescentadas cláusulas que garantam a manutenção do biorritmo da criança, ligadas à alimentação, ao horário do sono, ao horário de estudo, responsabilidades com vacinas e consultas médicas e outros pormenores que, previstos, podem dar maior tranquilidade na manutenção da rotina da criança e do adolescente, apesar da alteração da convivência;

15 BRASIL. Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 1º maio 2020.

16 G1.GLOBO. Coronavírus: o que é o “distanciamento social intermitente, que pode durar até 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/28/coronavirus-o-que-e-o-distanciamento-social-intermitente-que-pode-durar-ate-2022.ghtml>. Acesso em: 03 maio 2020.

b) o lar referencial e o regime de convivência poderão ser alterados enquanto durar a pandemia Covid-19, a depender das condições de trabalho dos pais, pois os pais/mães enfermeiros, médicos, caminhoneiros, prestadores de serviço diretamente ligados ao convívio com infectados e outros que estão diretamente ligados ao risco de contágio deverão manter o contato virtual audiovisual, diariamente ou a cada dois dias, recomendando-se por trinta minutos a 1h por dia, evitando-se manter convivência física com a criança/adolescente, dado o risco grave de contaminação;

c) as trocas frequentes e as convivências mais seguidas deverão ser evitadas e substituídas por encontros virtuais, seguindo-se sempre as regras Municipais, Estaduais e Federais e da Organização Mundial da Saúde de cuidado com a saúde, lembrando-se que recente decisão do Supremo Tribunal Federal¹⁷ deixou clara a competência concorrente no combate à Covid-19, com fundamento na competência concorrente para legislar sobre saúde pública do artigo 23, inciso II, da Constituição Federal de 1988, garantindo aos Municípios autonomia para apresentarem regras mais rígidas às do Estado e, assim por diante, da União. Portanto a regra da quarentena deve ser aquela do domicílio no qual está fixado o lar referencial da criança e do adolescente;

d) a criança e o adolescente deverão ser sempre consultados sobre seus interesses nas trocas físicas, os horários e a forma da convivência virtual, pois a convivência familiar deve ser sempre incentivada, mas respeitando-se o direito à expressão e à voz da criança, consagrados pela Doutrina da Proteção Integral e amparados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei do Depoimento Especial;

e) as questões da pensão alimentar nunca poderão representar óbice à convivência familiar, sendo o (a) responsável financeiro (a) da criança e do adolescente orientado (a) a ajuizar as ações de execução cabíveis, sem que a convivência física ou virtual com o outro seja prejudicada ou abalada;

f) a convivência virtual, por videoconferência com os avós maternos e paternos deve ser incentivada e mantida regularmente, assim como os encontros familiares virtuais, para que a criança não se sinta abandonada, porque crianças pequenas sofrem como se vivessem um luto e podem ter prejuízos na construção da arquitetura cerebral em razão de hormônios do estresse, que geram ambiente tóxico ao organismo¹⁸ e para que o adolescente não se sinta tão sozinho, pois sendo a adolescência um período de “fragilidade extrema, eles se defendem contra outros ou pela depressão, ou por um estado de negativismo que agrava ainda mais sua fraqueza”, e a convivência em grupo, com certa distância do núcleo familiar, é importante na construção da autonomia do adolescente¹⁹;

17 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19. ADI 6341. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>. Acesso em: 03 maio 2020.

18 VERONESE, Josiane; RIBEIRO, Joana. O Pacto Nacional pela Primeira Infância: instrumento de proteção às crianças e garantia de um futuro ao país. Revista do CNJ. Vol. 3, n. 2, jul/dez 2019: Edição Eletrônica. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/index>. Acesso em: 25 abr. 2020.

19 DOLTO, François. A causa dos adolescentes. Tradução Orlando dos Reis. Aparecida-SP: Editora Ideias & Letras, 2004, p. 16-21.

f) novos conflitos e acordos prontos poderão ser oferecidos diretamente ao Centro Judicial de Solução de Conflitos-CEJUSC, que estão preparados para receber a reclamação, promover a convite da outra parte e oferecer mediador e conciliador de forma pré-processual e gratuita, para que as conciliações e mediações sejam feitas por videoconferência e rapidamente remetidas para parecer ministerial e homologação judicial. Acordos prontos feitos pelas partes e apresentados diretamente ou por meio de seus (suas) advogados (as) também podem ser encaminhados pelo sistema do CEJUSC, cujo coordenador (a) fará os encaminhamentos necessários ao Ministério Público e, na sequência, ao Juiz (Juíza) coordenador (a) do CEJUSC, sem qualquer exigência de pagamento de custas processuais ou honorários advocatícios. Inclusive, para as comarcas catarinenses que não tenham CEJUSC instalados poderão utilizar o serviço do CEJUSC VIRTUAL, oferecido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio do site: <https://www.tjsc.jus.br/web/conciliacao-e-mediacao/cejusc-virtual>, que disponibiliza um formulário a ser preenchido, que é automaticamente encaminhado diretamente ao setor do Tribunal de Justiça, que depois da sessão de mediação e de conciliação ofertada, faz a distribuição aos juízes(juízas) do Estado de Santa Catarina para homologação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei N. 1.009/2011**. Autoria Deputado Arnaldo Faria de Sá. Relatora: Deputada Rosinha. Altera o artigo 1584, § 2º, e o artigo 1585 do Código Civil Brasileiro, visando maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da Guarda Compartilhada. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=984940&filename=SBT+3+CSSF+%3D%3E+PL+1009/2011. Acesso em: 10 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Publicado em 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 03 de maio de 2020.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 13.257, de 08 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 1º maio 2020.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, de 2006.** Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: Conanda, 2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>. Acesso em: 03 maio 2020.

DOLTO, François. **A causa dos adolescentes.** Tradução Orlando dos Reis. Aparecida-SP: Editora Ideias & Letras, 2004.

G1.GLOBO. **Coronavírus: o que é o “distanciamento social intermitente, que pode durar até 2022.** Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/28/coronavirus-o-que-e-o-distanciamento-social-intermitente-que-pode-durar-ate-2022.ghtml>. Acesso em: 03 maio 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais:** a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev. atual. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** volume 5: famílias. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Convenção sobre os direitos da Criança – 30 anos – sua incidência no Estatuto da Criança e do Adolescente.** Salvador: JusPodivm, 2019.

VERONESE, Josiane; RIBEIRO, Joana. **O Pacto Nacional pela Primeira Infância:** instrumento de proteção às crianças e garantia de um futuro ao país. Revista do CNJ. Vol. 3, n. 2, jul/dez 2019: Edição Eletrônica. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ojs/index.php/revista-cnj/index>. Acesso em: 25 abr. 2020.



DISCURSOS

DISCURSO - CORREGEDORA-GERAL - DESA. SORAYA

Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo José Roesler,

Digníssimo Presidente do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em nome de quem saúdo as demais autoridades que compõem a mesa,

Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras,

Excelentíssimos Senhores Desembargadores,

Senhoras e Senhores,

Lidar com o tempo e com 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.

A jornada que empreendemos nos faz saber que o viver é semeado de momentos, circunstâncias entremeadas de fatos, em que trabalho, alegria, expectativas e sonhos se entrelaçam, reúnem desafios, exigem compreensão e renúncia oferecendo a cada passo ensinamentos de como sobrepujar dificuldades, estimular o bom convívio, com equilíbrio e bom senso, sem precisar sermos autoritários ou permissivos.

Há mais de três décadas, percorri, na condição de juíza substituta e posteriormente juíza titular, exatas 19 comarcas, tendo obtido desta forma, uma boa percepção da complexidade do poder judiciário de Santa Catarina, percepção essa que se tornou ainda mais profunda e apurada no período em que trabalhei como juíza auxiliar na Corregedoria Geral de Justiça onde efetivamente se tem a real dimensão dos problemas que afligem, como um todo, o poder judiciário, e para onde, agora, retorno.

Nesse logo caminhar, pontilhado de vivências, atitudes e desafios, a experiência adquirida foi enriquecedora: amadureceu conceitos, aprofundou conhecimentos, possibilitando-me aplicar a lei sob um prisma mais justo e mais humano.

Com a compreensão de quem conviveu com inúmeros magistrados, advogados, membros do Ministério Público, procuradores estaduais e federais, defensores públicos, serventuários e jurisdicionados, poderei olhar de forma ampla e abrangente para a complexa dinâmica da estrutura organizacional judiciária.

Entendo ser necessário, priorizar a orientação, a prevenção, o diálogo e o acompanhamento contínuo dos agentes que integram a significativa pluralidade do poder judiciário, de modo firme e atento, sem contudo descuidar da sensibilidade que deve permear as decisões humanas.

Tenho presente a imensa carga de trabalho existente e seus múltiplos aspectos operacionais, buscarei centrar, também, na otimização do enfrentamento do exaustivo volume de serviço com que os nossos magistrados e servidores se deparam diariamente, respeitando, porém, as particularidades de cada unidade jurisdicional, e incluindo igualmente a aproximação dos dois graus de jurisdição.

Ascender ao elevado cargo de Corregedora Geral da Justiça, representa alcançar o reconhecimento da maturidade profissional, alicerçado no conhecimento dos complexos meandros da justiça, com seus desafios e permanente aprendizagem. Se sob determinada ótica é gratificante, por outra intensifica a responsabilidade, a prudência, a constante preocupação em praticar e atender os anseios de justiça, ao abrigo da lei.

Tranquiliza-me ressaltar que a Corregedoria contará com a competente participação do Des. Dinart Francisco Machado, que responderá pelo Foro Extra-Judicial.

Registro, ainda, meu agradecimento ao Des. Henry Petry Jr. Pelo valioso auxílio no processo de transição e minha convicção de que os magistrados e servidores integrantes do Poder Judiciário Catarinense destacam-se pela dedicação e competência.

Homenageio, em memória, meu pai, o escritor acadêmico Hoyêdo de Gouvêa Lins, pela sabedoria exemplar. Agradeço a minha mãe Zenilda e meu irmão Hoyêdo e família pelo apoio, e, em especial, minha querida filha Carolina, pertencendo-me por não lhe dedicar mais tempo e atenção.

Muito Obrigada.

SAUDAÇÃO AS AUTORIDADES JÁ NOMINADAS E QUERIDOS AMIGOS

Saudação aos Ex-Presidentes, Desembargadores de ontem de hoje e de sempre

Saudação a uma autoridade não nominada pelo cerimonial. O maestro Francisco Kaminskida banda trem. Saudades dos tempos de criança nas retretas da praça e eventos embalados pelas afinadas notas musicais.

DISCURSO DE POSSE NA PRESIDÊNCIA DO PJSC – JANEIRO DE 2020

Ricardo José Roesler

(Saudações).

Saudação especial a Banda Trem. 107 anos de tradição que representa cultura alemã do norte e de toda a Santa Catarina.

Minhas primeiras palavras são de gratidão.

Gratidão à Deus, Alfa e Ômega da história individual e coletiva. Curvo minha fronte agradecendo pela vida, pela saúde, pela dádiva da família e pelo trabalho.

Gratidão à família pela compreensão da ausência. A minha esposa Sandra, querida e eterna namorada, presença constante, minha referência e meu norte, cúmplice de todos os momentos. A meus filhos Shana e Leonardo, meu genro Hugo e minha nora Débora, meus netos Yasmim e Pietro, que me fazem andar sem os pés no chão, pelo amor incondicional. Gratidão a minha mãe Iolanda Luci e meus irmãos Solange e Luis Fernando que integram essa célula mater que nos mantém de pé e a ordem. Ao meu inesquecível pai Leonardo que permanece vivo em meu coração, pelo exemplo de vida, fé e coragem.

Gratidão aos Desembargadores que compõem a alta administração, Blasi, Soraya, Volnei, Salim, e Dinart pelo entusiasmo, pela motivação e engajamento.

Gratidão à todos os Desembargadores do Tribunal de Justiça que confiaram e me proporcionaram a honra de presidir o Poder Judiciário Catarinense.

Agradeço aos juízes e servidores, pelo conforto e apoio recorrente, aos assessores e servidores do gabinete, pela lealdade e dedicação, colunas que sustentam a minha caminhada.

Agradeço aos amigos de hoje de ontem e de sempre e irmãos de todos os momentos pelo incentivo fraterno que só o amor inspira. E aos advogados e membros do Ministério Público.

Ao assumir o desafio o fiz certo não só da magnitude do trabalho por vir, mas com a responsabilidade que tão alta designação reclama.

E o momento reclama comprometimento. É de obrigação com todos, com o poder judiciário e com a sociedade catarinense. Nesse sentido, a minha relação com o outro é uma relação de partilha.

Partilha. Uma das palavras que mais aprecio.

A vida partilhada, o trabalho partilhado. Os momentos. A partilha da oportunidade para construir. E partilhar é um gesto fundamental diante desse momento de tantas mudanças.

De meu ingresso na carreira até os dias de hoje as transformações são cada vez mais rápidas tanto quanto são maiores as exigências que submetem o Poder Judiciário. Esse momento incondicional da sociedade reclama de nós a mesma dinâmica. Em lugar de velhas verdades, de ideias perenes e conceitos inertes é preciso gerir com dinamismo e inovação.

Ouso dizer, e o faço sem nenhum receio, que 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 modo a tornar mais efetiva a rotina administrativa e sobretudo a prestação jurisdicional. Finalmente, tudo indica, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina caminha para sua expansão no âmbito virtual.

Penso, a percepção desse espírito audaz tenha animado o Ministro Edson Fachin, em recente passagem por esta Corte, 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 diversidade, no respeito e sobretudo no diálogo; as asas por medir e ampliar seus horizontes, por pensar na gestão como algo para além de si. Não creio que expressão mais feliz pudesse sintetizar o biênio que se encerra.

Mas não se pode esquecer que a administração se faz a muitas mãos. E foi o que demonstrou este Tribunal quando elegeu o seu último presidente. Abdicando de suas predileções e idiossincrasias, todos se uniram em prol da instituição, cujo retrato mais autêntico foi o esforço comum em face das dificuldades enfrentadas ao longo dos dois últimos anos, quer para a promoção dos interesses institucionais, quer para a afirmação das prerrogativas assentadas constitucionalmente.

No belo poema de John Donne lemos que nenhum homem é insular. Por isso rogo aos meus colegas que mantenham esse espírito elevado, pois a magistratura traduz um só corpo, uma só entidade, uma só instituição. Temos sob nossos ombros uma responsabilidade que transcende nossos interesses e anseios pessoais, responsabilidade que é incompatível com o exercício de conveniências.

Não proponho um apelo retórico. Ao esforço de alguns a magistratura tem sido vilipendiada cotidianamente, e seus juízes nem sempre têm tido forças para afirmar seus valores. Essa provação constante da magistratura naturalmente se faz sentir em todo seu corpo, em seus juízes e em seus valorosos servidores. Mas não podemos simplesmente nos render ao flagelo alheio. É preciso ver e reconhecer-ser parte dessa nobre instituição. É preciso que se tenha orgulho de pertencer e trabalhar no judiciário catarinense.

Emmanuel Carrere, ao retratar um juiz em um de seus romances, lembra que “*o importante não é o que se faz, mas como se faz*”. É de Sartre a afirmação: “*não importa o que fizeram de mim. O que*

importa é o que eu faço com o que fizeram de mim”. É importante que reafirmemos nosso compromisso comum, que tenhamos a convicção de que nosso valor não está na liturgia e nas formas, mas no brilho de nossa vocação. A importância de nossa função não pode se distrair nos encantos da toga.

Esse espírito de pertencimento e de compromisso é fundamental. O curto período de dois anos dedicado à gestão judiciária não nos permite soluções provisórias ou superficiais; se impõe à alta administração a priorização da gestão e da governança, a determinação de um planejamento estratégico, a ordenação de ações objetivas e fundamentais a congregação de todos, magistrados e servidores em torno de objetivos comuns, que sem deixar de perceber as demandas cotidianas voltem seus olhos para programas que impactem o futuro da atividade judicante e a prestação do serviço à sociedade catarinense a médio e longo prazo.

Três eixos essenciais nos movem na administração: A informação, a Integração e a Inovação. Nessas premissas estabelecemos a base de uma gestão partilhada, democrática, que buscará a eficiência ideal.

Tenho clareza que a gestão depende não só da convergência de esforços, mas sobretudo de muito diálogo para compor os interesses. Como qualquer mandato, a presidência do tribunal não pertence ao seu presidente, porque a significação de sua regência repousa nos seus representados, e a brevidade da representação não se afeiçoa com a vaidade. Pouco importa onde quer que tomemos assento; servimos todos aos mesmos desígnios. E devemos partilhar do mesmo propósito.

O Brasil vive dias de transição. A resistência da democracia tem sido provada constantemente na medida em que se testam as suas instituições, nem sempre sensíveis às reivindicações da sociedade. Em um país demarcado pela desigualdade vertiginosa e diante de um ambiente de inanição o Poder Judiciário tem ocupado algum protagonismo involuntário que, se não pouco recomendável à saúde da democracia, sujeita a magistratura ao jugo popular, que passa a vindicar do Judiciário o que compõe o ordinário da atividade de outras instituições. Sem muita cautela o que parece a afirmação de prerrogativas da magistratura poderá desestabilizar a harmonia entre os poderes e sujeita-la ao seu próprio auto de fé.

O compromisso com as prerrogativas da magistratura e da administração do poder é intransigível. Mas tão importante quanto a afirmação de sua autonomia é estabelecer o papel de cada um no ambiente democrático. O protagonismo do Poder Judiciário deve estar circunscrito à defesa dos direitos e garantias que definem a democracia como tal deve ser, sem se permitir a ingerência na sua atuação de outros poderes, se não quando postos em risco os pilares que sustentam o estado democrático de direito.

Os juízes podem ter um só medo; ou o medo de ter medo ou o medo de faltar com o ser dever.

Acredito no diálogo baseado em princípios virtuosos. Manteremos e incentivaremos o diálogo republicano com o executivo, legislativo, com o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e com as demais instituições.

É evidente que a diversidade de ideias é ínsita a pluralidade. As divergências são bem vindas enquanto estimulam a reflexão, enriquecem o debate e nos levam ao aperfeiçoamento das ações.

Por outro lado, o fortalecimento do Judiciário exige que olhemos sobretudo para dentro. É indispensável acompanharmos os ventos da modernidade e darmos continuidade às mudanças que permitirão ao Poder Judiciário de Santa Catarina renovar-se diante da evolução social tecnológica.

Sem louvores poéticos penso que devemos ampliar horizontes e pensar o Poder Judiciário não apenas para um biênio, mas para as próximas décadas, o que significa não só repensar as formas e métodos de trabalho, mas a adequação e o bem-estar de todos que integram a instituição e o sistema judicial.

É certo. Atualmente nos confrontamos com variáveis de altíssima complexidade. O cotidiano é fluído, tudo é instantâneo. Eu tenho convicção de que as mudanças são das poucas certezas que temos na vida, tão certo como tenho a necessidade de nos adaptarmos a elas. Foi a adaptação que perpetuou a vida, é ela que rege a nossa sobrevivência e determina a nossa evolução.

Nos últimos tempos dessa sua história de 128 anos, das decisões em canetas de nanquim, passando pelas máquinas de escrever até os processos digitais, o Poder Judiciário de Santa Catarina tem aprimorado sua estrutura, capacitado recorrentemente seus integrantes e se adaptado às novas tecnologias para atender da melhor forma o jurisdicionado. O nosso desafio é manter a excelência dos nossos serviços à sociedade ao mesmo tempo em que evoluímos com ela.

Às demais já conhecidas somam-se novos desafios. O que se mantém perene é o compromisso de envidar todos os esforços na busca de soluções que melhor atendam os apelos sociais a iniciar pelo diálogo franco e aberto, repito, com toda a sociedade, com os demais poderes e as instituições, sem olvidar principalmente a preocupação com o resgate do orgulho, da satisfação e da autoestima de todos que integram o judiciário catarinense.

Acredito num judiciário exponencial, independente, plural, democrático e protagonista da transformação social que estamos vivendo no mundo.

A nossa vocação é servir à sociedade. E tão legítima quanto suas demandas é a certeza de que o Poder Judiciário de Santa Catarina permanecerá fiel aos seus valores e tradições ao mesmo tempo em que se prepara para inaugurar uma nova era, alinhada com os desafios da modernidade.

Encerro minhas palavras insistindo na afirmação de que devemos sempre dialogar e trabalhar nas virtudes, conhecendo e aperfeiçoando, conhecendo-se e aperfeiçoando-se.

Um Judiciário forte é sinônimo de uma sociedade justa, solidária e democrática. E eu creio que é isso que todos desejam, precisam e merecem.

Agradeço a oportunidade de servir a essa causa.

Que seja assim, que assim seja.

Muito obrigado.

Des. Ricardo José Roesler

Presidente do TJSC.



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 Salete

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 RESCISÓRIAS

5000549-18.2019.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	635
4021967-29.2019.8.24.0000, Criciúma.....	260
4003468-02.2016.8.24.0000, Pinhalzinho.....	267
4027401-33.2018.8.24.0000, Tangará.....	281
4017624-58.2017.8.24.0000, Anita Garibaldi.....	296
4035425-50.2018.8.24.0000, Turvo.....	486
0020032-27.2016.8.24.0000, Capital.....	657

AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL

0007415-28.2019.8.24.0033, Itajaí.....	868
000019-36.2020.8.24.0042, Maravilha.....	861
0009198-59.2019.8.24.0064, São José.....	926
0011966-51.2019.8.24.0033, Itajaí.....	995

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

4010780-24.2019.8.24.0000, Capital.....	732
4030054-71.2019.8.24.0000, Araranguá.....	317
4000032-93.2020.8.24.0000, Capital.....	330
4010956-03.2019.8.24.0000, Sombrio.....	323
4002172-03.2020.8.24.0000, Joinville.....	413
4030486-27.2018.8.24.0000, Chapecó.....	515
402814-19.2019.8.24.0000, Capital.....	510
4019595-10.2019.8.24.0000, Joinville.....	552
4034340-92.2019.8.24.0000, Rio do Sul.....	620
4028069-67.2019.8.24.0000, Joinville.....	537
4010357-98.2018.8.24.0000, Capital.....	255
4000568-07.2020.8.24.0000, Blumenau.....	557

AGRAVOS INTERNOS

4015109-79.2019.8.24.0000/50004, São Francisco do Sul.....	565
0910212-39.2016.8.24.0038/50000, Joinville.....	752
09016557-62.2018.8.24.0038/5002, Joinville.....	222
00452019-41.2011.8.24.0023/50002, Capital.....	233
4023686-80.2018.8.24.0000/50000, Seara.....	501

AGRAVOS REGIMENTAIS

580.495 - SC (2020/0110658-8).....	119
1.505.915 - SC (2019/0141426-1).....	92
1.235.057, Santa Catarina.....	28
1.242.803, Santa Catarina.....	85

APELAÇÕES CÍVEIS

0301636-77.2014.8.24.0038, Joinville.....	308
0300612-54.2017.8.24.0023, Capital.....	368
0012226-86.2013.8.24.0018 e 0011844-93.2013.8.24.0018, Chapecó.....	343
0306656-98.2015.8.24.0075, Tubarão.....	391
0062037-49.2003.8.24.0023, Capital.....	376
0300349-17.2016.8.24.0036, Jaraguá do Sul.....	372
0004662-36.2012.8.24.0036, Jaraguá do Sul.....	397
0307312-32.2015.8.24.0018, Chapecó.....	440
0020513-62.2009.8.24.0023, Capital.....	457
0001312-44.2011.8.24.0046, Palmitos.....	471
0303766-03.2015.8.24.0039, Lages.....	524
0003991-66.2011.8.24.0062, São João Batista.....	548
0333404-66.2014.8.24.0023, Capital.....	574
0007166-49.1999.8.24.0075, Tubarão.....	560

0310850-84.2016.8.24.0018, Chapecó.....	614
0603585-56.2014.8.24.0008, Blumenau.....	607
0013554-06.2013.8.24.0033, Itajaí.....	589
0303041-88.2017.8.24.0024, Fraiburgo.....	629
0302429-0.2018.8.24.0075, Tubarão.....	624
0303805-36.2018.8.24.0090, Capital.....	698
0329511-33.2015.8.24.0023, Capital.....	685
0316830-31.2015.8.24.0023, Capital.....	676
0301848-96.2015.8.24.0037, Joaçaba.....	703
0303705-06.2018.8.24.0018, Chapecó.....	717
0301719-73.8.24.0064, São José.....	746
0303058-74.2014.8.24.0010, Braço do Norte.....	334
0305715-95.2018.8.24.0091, Capital.....	723
0300743-36.2016.8.24.0032, Itaiópolis.....	759
0303776-04.2016.8.24.0008, Blumenau.....	789
0302646-90.2016.8.24.0005, Balneário Camboriú.....	403
0000423-97.2014.8.24.0042, Maravilha.....	784
0900039-35.2014.8.24.000, Anchieta.....	770
0501448-21.2013.8.24.0011, Brusque.....	417
0303495-27.2014.8.24.0007, Biguaçu.....	423
0311650-15.2016.8.24.0018, Chapecó.....	465
0303766-03.2015.8.24.0039, Lages.....	524
0301757-80.2019.8.24.0022, Curitibaanos.....	711

APELAÇÕES CRIMINAIS

0003350-88.2017.8.24.0023, Capital.....	891
0006677-09.2016.8.24.0045, Xaxim.....	915
000090-28.2018.8.24.0068, Seara.....	947

0016912-20.2014.8.24.0008, Blumenau.....	940
0000676-24.2018.8.24.0017, Dionísio Cerqueira.....	929
0000628-82.2012.8.24.0047, Papanduva.....	974
0001374-70.2018.8.24.0036, Jaraguá do Sul.....	967
0002046-81.2015.8.24.0069, Sombrio.....	955
0002660-85.2015.8.24.0037, Joaçaba.....	1001
0014334-97.2018.8.24.0023, Capital.....	982

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0002669-22.2019.8.24.0000, Itajaí.....	214
--	-----

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

4006188-05.2017.8.24.0000/50000, Joinville.....	494
---	-----

EMBARGOS INFRINGENTES

0000344-40.2020.8.24.0000, Maravilha.....	805
0000331-41.2020.8.24.00000, Tubarão.....	828

MANDADOS DE SEGURANÇA

8000211-90.2019.8.24.0000, Joinville.....	872
4001445-78.2019.8.24.0000, Capital.....	666

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

0011912-57.2020.8.24.0710, Blumenau.....	241
0007770-10.2020.8.24.0710, Itapema.....	250
0025456-49.2019.8.24.0710, Seara.....	246

RECURSOS ESPECIAIS

1.757.352 - SC (2018/0198602-8.....	102
0000311-64.2018.8.24.0018/50000, Chapecó.....	186

0300099-74.2017.8.24.0124/50001, Itá.....	200
0048000-70.2010.8.24.0023/50001, Capital.....	204
0308103-35.2014.8.24.0018/50000, Chapecó.....	209

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

593.824, Santa Catarina.....	48
0011076-32.2015.8.24.0008/50000, Blumenau.....	136
0001545-52.2017.8.24.0039/50004, Lages.....	142

REPRESENTAÇÃO P/ PERDA DA GRADUAÇÃO

8000104-17.2017.8.24.0000, Capital.....	809
---	-----

REVISÕES CRIMINAIS

4017881-15.2019.8.24.0000, Biguaçu.....	792
4009590-26.2019.8.24.0000, Itapema.....	851
4000707-56.2020.8.24.0000, Joinville.....	837

SENTENÇAS

0905162-42.2019.8.24.0033, Itajaí.....	1043
0301791-40.2015.8.24.0040, Laguna.....	1034
0321941-48.2015.8.24.0038, Joinville.....	1026
0301991-13.2016.8.24.0040, Laguna.....	1061

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

4003130-86.2020.8.24.0000, Itajaí.....	128
--	-----



ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÕES RESCISÓRIAS

AÇÃO COMINATÓRIA. ASSOCIAÇÃO DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO. ABSTENÇÃO DE VEICULAÇÃO DE PROPAGANDAS COMERCIAIS E DE EXTRAPOLAÇÃO DE RAIO DE COBERTURA.....	281
ERRO DE FATO (ART. 485, IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 - VIGENTE À ÉPOCA).....	267
ERRO DE FATO. AÇÃO INDENIZATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. ALEGAÇÃO DE ERRO MÉDICO. FALECIMENTO DE RECÉM-NASCIDO.....	657
EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ACÓRDÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DESTA CORTE, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, QUE REJEITOU PEDIDO DO EXECUTADO PARA ESTENDER O BENEFÍCIO DA IMPENHORABILIDADE DA PEQUENA PROPRIEDADE RURAL.....	486
INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO, MANIFESTA VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA E ERRO DE FATO (ART. 966, INCISOS II, V E VIII, RESPECTIVAMENTE, DO CPC).....	296
POLICIAL MILITAR. LICENÇA ESPECIAL NÃO USUFRUÍDA.....	635
PRETENDIDA A DESCONSTITUIÇÃO DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL PROFERIDO EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....	260

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AÇÕES CONEXAS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE.....	413
AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE.....	323
BLOQUEIO DE VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE E SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR DA PARTE DEVEDORA.....	537
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUTADA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL....	317
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PENHORA ON-LINE.....	330
DECLARAÇÕES SOBRE OPERAÇÕES IMOBILIÁRIAS.....	557
EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.....	732
EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.....	515

EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.....	510
EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.....	620
PROTEÇÃO DE POSSE E PROPRIEDADE DE VEÍCULO AUTOMOTOR PENHORADO..	552
SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS...	255

AGRAVOS INTERNOS

AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL (COMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES DE TELEFONIA FIXA E DA TELEFONIA MÓVEL).....	233
AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER.....	565
CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA (ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990).....	222
EXECUÇÃO FISCAL EXTINTA. ÓBITO DO EXECUTADO QUE ANTECEDE A CITAÇÃO.....	752
PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. BENESSE INDEFERIDA APÓS O TRANSCURSO <i>IN ALBIS</i> DO PRAZO CONCEDIDO PARA COMPROVAÇÃO DA ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA.....	501
PENSÃO POR MORTE DE MILITAR.....	766

AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL

EXECUÇÃO PENAL (LEI 7.210/1984, ART. 197). POSTULAÇÃO PARA VISITA DE COMPANHEIRA.....	995
FALTAGRAVE.....	926
PERÍODO DE REMIÇÃO. PERDA DE 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS..	868
REMIÇÃO PELO ESTUDO. APENADO QUE PARTICIPOU DO ENEM DE 2019..	861

AGRAVOS REGIMENTAIS

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E PENSÃO VITALÍCIA DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO.....	92
CRIMINAL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO.....	28

SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE TRABALHO EXTERNO EM VIRTUDE DE PANDEMIA.....	119
TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS.....	85

APELAÇÕES CÍVEIS

AÇÃO ANULATÓRIA. SUPOSTAS DOAÇÕES INOFICIOSAS.....	334
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. CRIAÇÃO DO CONSELHO MUNICIPAL DO IDOSO NO SEU ÂMBITO.....	770
AÇÃO CONDENATÓRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE PERTENCES TRANSPORTADOS PELOS PASSAGEIROS NO INTERIOR DA CABINE DA AERONAVE.....	465
AÇÃO DE COBRANÇA. APÓLICES DE SEGURO. MORTE DO SEGURADO..	440
AÇÃO DE COBRANÇA. ROUBO DE CARGA.....	417
AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PRETENSÃO DE PAGAMENTO INTEGRAL DA COBERTURA SECURITÁRIA EM RAZÃO DE INVALIDEZ POR ACIDENTE.....	372
AÇÃO DE COBRANÇA. SOBREESTADIA DE CONTÊINERES.....	574
AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT.....	303
AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE EM MEDIDOR.....	711
AÇÕES CONEXAS. AÇÃO DE COBRANÇA E AÇÃO PAULIANA. FRAUDE CONTRA CREDORES,.....	343
AÇÃO DECLARATÓRIA. CONCURSO PÚBLICO.....	717
AÇÃO DECLARATÓRIA. MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. CONTRATO ADMINISTRATIVO. AFETAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO...	685
AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.....	629
AÇÃO DECLARATÓRIA. POLICIAL MILITAR. INTERSTÍCIO DA GRADUAÇÃO DE CABO, DENTRO DO QEPPM, PARA FINS DE ANTIGUIDADE.....	723
AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....	308

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO ACIDENTE DE TRÂNSITO.....	471
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESCONTO EM CONTA CORRENTE DE PARTE DO AUXÍLIO DOENÇA RECEBIDO EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO PREVIDENCIÁRIA.....	524
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUEDA DE CABELO APÓS O USO DE PRODUTO COSMÉTICO CAPILAR.....	403
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE ABALO À IMAGEM DA EMPRESA.....	391
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCONTO EM CONTA CORRENTE DE PARTE DO AUXÍLIO DOENÇA.....	524
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIAGEM DE CRUZEIRO. COMUNICADO NA CABINE, NO DIA DO EMBARQUE, INFORMANDO QUE O NAVIO PASSARIA POR ALGUMAS REFORMAS DURANTE O PERCURSO.....	368
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INCIDENTE OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO...784	
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. USO INDEVIDO DE IMAGEM EM REPORTAGENS JORNALÍSTICAS.....	457
AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO. POLICIAL MILITAR INATIVO...698	
AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C DEMOLITÓRIA. DIREITO DE VIZINHANÇA.....	423
AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO C/C DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS.....	376
AÇÃO REVISIONAL DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO.....	624
DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE EMPRESÁRIA C/C APURAÇÃO DE HAVERES.....	589
EXECUÇÃO DE PACTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO, POR SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO.....	560
INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. FOMENTO MERCANTIL (<i>FACTORING</i>).....	607
MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. QUESTÃO JURÍDICA, SENDO OS FATOS COMPROVÁVEIS DOCUMENTALMENTE . EVENTUAL COMPLEXIDADE JURÍDICA QUE NÃO IMPEDE A VIA ESPECIAL.....	789

NULIDADE DOS TRÊS CHEQUES MANEJADOS. ALEGAÇÃO DE QUE AS CÁRTULAS NÃO FORAM APRESENTADAS EM JUÍZO.....	614
PENSÃO POR MORTE. REVISÃO DO BENEFÍCIO VISANDO À PARIDADE. INSTITUIDOR FALECIDO APÓS A EC N. 41/2003.....	676
PROCESSO LEGISLATIVO. PROJETO DE LEI ENVIADO, PROPOSTA COM O OBJETIVO DE ALTERAR DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO DOS SERVIDORES LOCAIS.....	759
SERVIDOR PÚBLICO. PROFESSORA CONTRATADA EM CARÁTER TEMPORÁRIO PELA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. DEMISSÃO POR SUPOSTO COMPORTAMENTO INADEQUADO.....	746
TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA.....	703

APELAÇÕES CRIMINAIS

ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA DE TRANSPORTE AÉREO (CP, ART. 261, <i>CAPUT</i>).....	891
CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299, <i>CAPUT</i> , DO CÓDIGO PENAL).....	1001
CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CÓDIGO PENAL).....	940
CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. POLUIÇÃO DO SOLO E DAS ÁGUAS (ART. 54, § 2º, V, DA LEI N. 9.605/98).....	974
CRIME DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (ART. 129, § 9º, DO CP) E AMEAÇA (ART. 147 C/C ART. 61, II, “F”, AMBOS DO CP).....	929
DELITO DE FURTO DE ÁGUA POTÁVEL (CP, ART. 155, § 4º, II).....	947
DESOBEDIÊNCIA. ADVENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA PARA UM DOS RÉUS...	915
FURTO QUALIFICADO (ART. 155, §4º, I, DO CP).....	955
PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (LEI 10.826/03, ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV).....	982
ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS PELO CONCURSO DE AGENTES. CONCURSO FORMAL (ART. 157, § 2º, II, C/C O ART. 157, § 2º, II, C/C O ART. 14, II, TODOS DO CP).....	967

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

INCIDENTE INSTAURADO ENTRE O JUÍZO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE E ANEXOS E O JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL.....214

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO NA CERIMÔNIA DE POSSE - PRESIDÊNCIA DO PJSC – Janeiro de 2020.....1104

DISCURSO - CORREGEDORA-GERAL – DESEMBARGADORA SORAYA.....1102

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

AÇÃO RESCISÓRIA . ALEGADA CONTRADIÇÃO. PRETENSÃO MÁCULA NO ARES-TO DESTE COLEGIADO AO JULGAR IMPROCEDENTE O PLEITO EXORDIAL...494

EMBARGOS INFRINGENTES

CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. EXPOSIÇÃO À VENDA DE PRODUTOS DE ORIGEM ANIMAL SEM ROTULAGEM.....805

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (LEI 11.343/2006, ART. 33, *CAPUT*, COMBINADO COM § 4º)...828

MANDADOS DE SEGURANÇA

PLEITO DO INSTITUTO DE ANÁLISES FORENSES - IAF/IGP/SC. COLETA DE MATERIAL BIOLÓGICO DOS DETENTOS. BANCO DE PERFIS GENÉTICOS.....872

SERVIDOR PÚBLICO. ASSISTENTE SOCIAL DO PODER JUDICIÁRIO. REMOÇÃO PARA ACOMPANHAR CÔNJUGE.....666

PUBLICAÇÕES

A CONVIVÊNCIA FAMILIAR E A GUARDA COMPARTILHADA EM TEMPOS DE PANDEMIA COVID- 19.....1094

ADOÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA: LIMITES E POSSIBILIDADES.....1084

EMPRESAS TRANSNACIONAIS COMO PROTAGONISTAS INTERNACIONAIS: UM EXAME À LUZ DA GLOBALIZAÇÃO E DA GOVERNANÇA GLOBAL....1068

QUO VADIS? CRÔNICA ESCRITA POR OCASIÃO DOS 30 ANOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....1092

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

PARCELAMENTO DO SOLO URBANO.....241

REGISTRO DE CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE DIREITOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA FIRMADO POR ASSOCIAÇÃO.....250

REGISTRO DE IMÓVEL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA.....246

RECURSOS ESPECIAIS

CONTRATO COM A EMPRESA VITERRA COMÉRCIO E SERVIÇOS DE TERRAPLANAGEM E ENTULHOS LTDA. LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS.....204

DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DEINFRA. IMPLANTAÇÃO DE RODOVIA...102

DOENÇA OCUPACIONAL A ACIDENTE DE TRABALHO PARA FINS SECURITÁRIOS.....209

PROPRIEDADE RURAL. IMPENHORABILIDADE.....200

TRÁFICO PRIVILEGIADO. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA AMPARAR A CONDENAÇÃO.....186

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO – ICMS.....48

PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO.....136

PRÁTICA DOS CRIMES DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, CORRUPÇÃO PASSIVA, DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO E FRAUDE AO CARÁTER LICITATÓRIO.....142

REPRESENTAÇÃO P/ PERDA DA GRADUAÇÃO

CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DE PECULATO.....809

REVISÕES CRIMINAIS

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA (ART. 157, §2º, I E II, DO CP).....792

HOMICÍDIO. CONCURSO MATERIAL.....851

HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I, II E VI, C/C § 7º, III, NA FORMA DO ART. 29, TODOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90)...837

SENTENÇAS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA INFÂNCIA E JUVENTUDE. CASE. PROBLEMAS A RESPEITO DOS DIREITOS DE DIGNIDADE, HIGIENE, SALUBRIDADE DOS SOCIOEDUCANDOS.....1043

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.....1061

AÇÃO INDENIZATÓRIA. ÁGUAS DE JOINVILLE. COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO.....1026

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.....1034

SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA

AÇÃO POPULAR VISANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE TERMO DE COMPROMISSO FIRMADO ENTRE A MUNICIPALIDADE E A AUTARQUIA LOCAL.....128



ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko.....	805
Altamiro de Oliveira.....	204, 209, 537
André Carvalho.....	281, 440
André Luiz Dacol.....	417
Ângela Daltoé Tregnago.....	1084
Antônio Zoldan da Veiga.....	982
Beatriz Suelo.....	1084
Bettina Maria Maresch de Moura.....	560
Carlos Adilson Silva.....	515
Carlos Alberto Civinski.....	861
Carlos Roberto da Silva.....	471
Cármen Lúcia.....	85
Cláudia Ribas Marinho.....	1068
Claudio Barreto Dutra.....	624
Denise de Souza Luiz Francoski.....	255, 770
Denise Volpato.....	423
Eduardo Passold Reis.....	1034, 1061, 1092
Edson Fachin.....	48
Fernando Carioni.....	368
Fernando Machado Carboni.....	1043
Francisco de Oliveira Neto.....	703
Getúlio Corrêa.....	947
Gilberto Gomes de Oliveira.....	565
Gustavo Meneghetti.....	1084
Guilherme Nunes Born.....	524
Haidée Denise Grin.....	465

Helio David Vieira Figueira dos Santos.....	296, 372
Hélio do Valle Pereira.....	789
Henry Petry Júnior.....	717
Herman Benjamin.....	102
Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....	809, 872
Jânio Machado.....	629
Jaime Machado Júnior.....	557
Jaime Ramos.....	635, 732
Janice Goulart Garcia Ubiali.....	589
Jairo Fernandes Gonçalves.....	397
Joana Ribeiro.....	1094
João Henrique Blasi.....	128, 214, 246
José Antônio Torres Marques.....	501, 614
Josiane Rose Petry Veronese.....	1094
José Agenor de Aragão.....	250, 376
José Carlos Kartens Kohler.....	607
José Everaldo da Silva.....	955
José Maurício Lisboa.....	303
Júlio César Knoll.....	723
Júlio César M. Ferreira de Melo.....	929
Leopoldo Augusto Bruggemann.....	792, 940
Luiz César Medeiros.....	413
Luiz César Schweitzer.....	828, 995
Luiz Felipe Schuch.....	391
Luiz Fernando Boller.....	698
Luiz Neri Oliveira de Souza.....	1001

Luiz Zanelato.....	486, 510
Marcus Tulio Sartorato.....	334
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	851
Newton Varella Júnior.....	548
Norival Acácio Engel.....	915
Odson Cardoso Filho.....	241, 752
Osmar Nunes Júnior.....	260, 457
Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.....	676
Paulo Roberto Sartorato.....	868
Pedro Manoel Abreu.....	657, 685
Rafael Osório Cassiano.....	1026
Raul Araújo.....	92
Raulino Jacó Bruning.....	267, 317
Reinaldo Soares da Fonseca.....	119
Ricardo Fontes.....	403
Ricardo Lewandowski.....	28
Ricardo Roesler.....	1104
Roberto Lucas Pacheco.....	620
Robson Luz Varella.....	494, 552
Rodolfo Tridapalli.....	759
Ronei Danielli.....	666, 746
Rosane Portella Wolff.....	308, 323
Rubens Schulz.....	330
Salete Silva Sommariva.....	926
Salim Schead dos Santos.....	3200, 233
Saul Steil.....	343

Sérgio Rizelo.....	891
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	711
Sidney Eloy Dalabrida.....	837, 967
Sônia Maria Schmitz.....	766
Soraya Nunes Lins.....	1102
Tulio Pinheiro.....	574
Vilson Fontana.....	784
Volnei Celso Tomazini.....	136, 142, 186, 222
Welton Rubenich.....	1068
Zanini Forneroli.....	974

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Comissão Permanente de Jurisprudência

Seleção e definição de conteúdo

1ª Vice-Presidência

Formatação de conteúdo e formulação de índices

Diretoria de Documentação e Informações

Revisão gramatical e gerenciamento

Assessoria de Artes Visuais – Núcleo de Comunicação Institucional

Projeto gráfico, editoração eletrônica