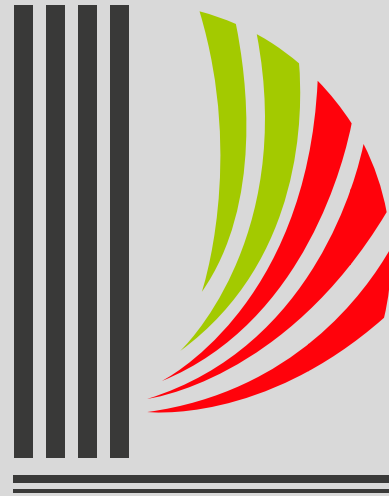


# JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO  
de Santa Catarina

2021  
142

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 XLVII – 1º semestre de 2021 – N. 142 – Florianópolis – SC – 2021

## **JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE**

Publicação semestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, composta de trabalhos selecionados pela Comissão Permanente de Jurisprudência, sob responsabilidade gerencial da 1ª Vice-Presidência, com circulação nacional. Os colaboradores da revista Jurisprudência Catarinense, conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica, e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal pelo raciocínio expendido em seus trabalhos. Todos os atos do Poder Judiciário do Estado 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 de seus sítios eletrônicos.

### **Diretor**

Des. João Henrique Blasi – 1º Vice-Presidente

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

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.

|   |            |
|---|------------|
| <b>COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>     | <b>07</b>  |
| <b>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....</b>              | <b>27</b>  |
| <b>SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....</b>          | <b>86</b>  |
| <b>TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....</b> | <b>180</b> |
| PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA.....                    | 181        |
| SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA.....                     | 200        |
| TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA.....                    | 213        |
| CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS .....                | 215        |
| CONSELHO DA MAGISTRATURA.....                     | 235        |
| ÓRGÃO ESPECIAL.....                               | 268        |
| GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL.....            | 294        |
| PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....             | 337        |
| SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....              | 365        |
| TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....             | 388        |
| QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....               | 402        |
| QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....               | 426        |
| SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....                | 442        |
| SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL.....               | 467        |
| GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL.....        | 493        |
| PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....         | 540        |
| SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....          | 574        |
| TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....         | 593        |
| QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....           | 610        |
| QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL.....           | 631        |
| GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO.....          | 655        |
| PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....           | 688        |

|  |             |
|--|-------------|
| SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....                       | 717         |
| TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....                      | 739         |
| QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....                        | 781         |
| QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO.....                        | 800         |
| PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL.....                      | 827         |
| SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL.....                       | 849         |
| PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL.....                                | 877         |
| SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL.....                                 | 910         |
| TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL.....                                | 949         |
| QUARTA CÂMARA CRIMINAL.....                                  | 987         |
| QUINTA CÂMARA CRIMINAL.....                                  | 1037        |
| PRIMEIRO GRAU.....   | 1064        |
| <b>PUBLICAÇÕES.....</b>                                      | <b>1159</b> |
| <b>RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....</b> | <b>1207</b> |
| <b>ÍNDICE NUMÉRICO.....</b>                                  | <b>1228</b> |
| <b>ÍNDICE POR ASSUNTO.....</b>                               | <b>1235</b> |
| <b>ÍNDICE ONOMÁSTICO.....</b>                                | <b>1245</b> |



# COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

## COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(janeiro de 2021)

### **Presidente**

Desembargador Ricardo José Roesler

### **Primeiro Vice-Presidente**

Desembargador João Henrique Blasi

### **Segundo Vice-Presidente**

Desembargador Volnei Celso Tomazini

### **Terceiro Vice-Presidente**

Desembargador Salim Schead dos Santos

### **Corregedora-Geral da Justiça**

Desembargadora Soraya Nunes Lins

### **Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial**

Desembargador Dinart Francisco Machado



## DESEMBARGADORES

Desembargador Pedro Manoel Abreu  
Desembargador Cláudio Barreto Dutra  
Desembargador Luiz César Medeiros  
Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz  
Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha  
Desembargador Fernando Carioni  
Desembargador José Antônio Torres Marques  
Desembargador Marcus Tulio Sartorato  
Desembargadora Salete Silva Sommariva  
Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes  
Desembargador Salim Schead dos Santos  
Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta  
Desembargador Cid José Goulart Júnior  
Desembargador Jaime Ramos  
Desembargador Alexandre d'Ivanenko  
Desembargador 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 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 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  
Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura  
Desembargadora Ana Lia Barbosa Moura V. L. Carneiro

## **ÓRGÃOS JULGADORES**

### **TRIBUNAL PLENO**

Desembargador Pedro Manoel Abreu  
Desembargador Cláudio Barreto Dutra  
Desembargador Luiz César Medeiros  
Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz  
Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha  
Desembargador Fernando Carioni  
Desembargador José Antônio Torres Marques  
Desembargador Marcus Tulio Sartorato  
Desembargadora Salete Silva Sommariva  
Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes  
Desembargador Salim Schead dos Santos  
Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta  
Desembargador Cid José Goulart Júnior  
Desembargador Jaime Ramos

Desembargador Alexandre d'Ivanenko  
Desembargador 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 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 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  
Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura  
Desembargadora Ana Lia Barbosa Moura V. L. Carneiro

### **ÓRGÃO ESPECIAL**

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 Monteiro Rocha  
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 André Luiz Dacol  
Desembargador Gerson Cherem li  
Desembargadora Rosane Portella Wolff  
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

## **PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**

Desembargador Raulino Jacó Brüning

Desembargador Gerson Cherem II – Presidente

## **SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**

Desembargador Monteiro Rocha

Desembargador João Batista Góes Ulysséa

Desembargador Rubens Schulz – Presidente

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 – Presidente

Desembargadora Haidée Denise Grin

Desembargador Carlos Roberto da Silva

Desembargador Osmar Nunes Júnior

## **GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL**

Desembargador Cláudio Barreto Dutra – Presidente

Desembargador José Antônio Torres Marques

Desembargador Sérgio Izidoro Heil

Desembargador José Carlos Carstens Köhler

Desembargadora Rejane Andersen

Desembargador Jânio de Souza Machado

Desembargador Roberto Lucas Pacheco

Desembargador Tulio José Moura Pinheiro

Desembargador Robson Luz Varella

Desembargador Sebastião César Evangelista

Desembargador Rogério Mariano do Nascimento

Desembargador Altamiro de Oliveira

Desembargador Newton Varella Júnior

Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli

Desembargador Guilherme Nunes Born

Desembargador Luiz Zanelato

Desembargador Jaime Machado Júnior

Desembargador José Maurício Lisboa

### **PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

Desembargador Rogério Mariano do Nascimento

Desembargador Guilherme Nunes Born – Presidente

Desembargador Luiz Zanelato

Desembargador José Maurício Lisboa

### **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 Jânio de Souza Machado

Desembargador Roberto Lucas Pacheco

Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli

## **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 Carlos Adilson da Silva

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

Desembargador Paulo Ricardo Bruschi

Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura

## **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 Carlos Adilson da Silva

Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto – Presidente

## **TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Desembargador Jaime Ramos

Desembargador Ronei Danielli

Desembargador Júlio César Knoll – Presidente

Desembargador Paulo Ricardo Bruschi

## **QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Desembargadora Sônia Maria Schmitz – Presidente

Desembargador Odson Cardoso Filho

Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti

Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura

## **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  
Desembargador Alexandre d'Ivanenko  
Desembargador Paulo Roberto Sartorato – Presidente  
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  
Desembargadora Ana Lia Barbosa Moura V. L. Carneiro

## **PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL**

Desembargador Alexandre d'Ivanenko  
Desembargador Paulo Roberto Sartorato  
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo  
Desembargador José Everaldo Silva – Presidente  
Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza  
Desembargador Norival Acácio Engel  
Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo  
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga  
Desembargadora Ana Lia Barbosa Moura V. L. Carneiro

### **SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL**

Desembargadora Salete Silva Sommariva  
Desembargador Carlos Alberto Civinski  
Desembargador Getúlio Corrêa  
Desembargador Ernani Guetten de Almeida  
Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva B. Schaefer – Presidente  
Desembargador Luiz Cesar Schweitzer  
Desembargador Sidney Eloy Dalabrida  
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva  
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho  
Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli

### **PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**

Desembargador Paulo Roberto Sartorato  
Desembargador Carlos Alberto Civinski – Presidente  
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva  
Desembargadora Ana Lia Barbosa Moura V. L. Carneiro

### **SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**

Desembargadora Salete Silva Sommariva  
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo  
Desembargador Norival Acácio Engel – Presidente  
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho



## **TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL**

Desembargador Getúlio Corrêa – Presidente  
Desembargador Ernani Guetten de Almeida  
Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann  
Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

## **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 B. Schaefer  
Desembargador Luiz Cesar Schweitzer  
Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza – Presidente  
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

## **CONSELHO DA MAGISTRATURA**

Desembargador Ricardo José Roesler – Presidente  
Desembargador Salim Schead dos Santos  
Desembargador João Henrique Blasi  
Desembargadora Soraya Nunes Lins  
Desembargador Volnei Celso Tomazini  
Desembargador Dinart Francisco Machado  
Desembargador Roberto Lucas Pacheco  
Desembargador Carlos Adilson Silva  
Desembargador Odson Cardoso Filho  
Desembargador Hélio do Valle Pereira

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

Desembargador José Agenor 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

# REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 770 DISTRITO FEDERAL

**RELATOR:** MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

**REQTE. (S):** CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

**INTDO. (A/S):** PRESIDENTE DA REPÚBLICA

**PROC.(A/S)(ES):** ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**INTDO. (A/S):** MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE

**PROC.(A/S)(ES):** ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SAÚDE

**Ementa:** TUTELA DE URGÊNCIA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS PARA CUIDAR DA SAÚDE. ARTS. 23, II, E 196 DA CF. FEDERALISMO COOPERATIVO. LEI 13.979/2020, QUE DISPÕE SOBRE MEDIDAS PARA O ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. VACINAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA PELO PLENÁRIO.

I - A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, a obrigação de o Estado dar-lhe efetiva concreção, por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196).

II - Esse dever abrange todos os entes federados, inclusive as comunas, os quais, na seara da saúde, exercem uma competência administrativa comum, nos termos do art. 23, II, do Texto Constitucional.

III- federalismo cooperativo, adotado entre nós, exige que a União e as unidades federadas se apoiem mutuamente no enfrentamento da grave crise sanitária e econômica decorrente da pandemia desencadeada pelo novo coronavírus.

IV - Embora o ideal, em se tratando de uma moléstia que atinge o País por inteiro, seja a inclusão de todas as vacinas seguras e eficazes no PNI, de maneira a imunizar uniforme e tempestivamente toda a população, o certo é que, nos diversos precedentes relativos à pandemia causada pela Covid-19, o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a possibilidade de atuação conjunta das autoridades estaduais e locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública, em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central.

V - O Plenário do STF já assentou que a competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, da qual resultou a Lei 13.979/2020, não inibe a competência dos demais

entes da federação no tocante à prestação de serviços da saúde (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator para o acórdão Ministro Edson Fachin).

VI - A Constituição outorgou a todos aos integrantes da Federação a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez física das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia, incluindo-se nisso a disponibilização, por parte dos governos estaduais, distrital e municipais, de imunizantes diversos daqueles ofertados pela União, desde que aprovados pela Anvisa, caso aqueles se mostrem insuficientes ou sejam ofertados a destempo.

VI - Medida cautelar referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020.

## ACÓRDÃO

Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, referendar a medida liminar pleiteada para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou

(ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de fevereiro de 2021.

**RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR**

## REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 770 DISTRITO FEDERAL

**RELATOR:** MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

**REQTE.(S):** CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB

**INTDO.(A/S):** PRESIDENTE DA REPÚBLICA

**PROC.(A/S)(ES):** ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**INTDO.(A/S) :** MINISTRO DE ESTADO DA SAÚDE

**PROC.(A/S)(ES):** ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SAÚDE

### RELATÓRIO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental com pedido de liminar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem de Advogados do Brasil, “em face de ações e omissões do Poder Público Federal, especialmente da Presidência da República e do Ministério da Saúde, consubstanciadas na mora em fornecer à população um plano definitivo nacional de imunização e o registro e acesso à vacina contra a covid-19”, em afronta aos arts. 1º, III, art. 5º, caput, 6º, e 196 da Constituição Federal (pág. 1 da inicial).

O requerente sustenta que a omissão e a desarticulação do Executivo Federal em relação à vacinação da população brasileira são tão preocupantes que “desde agosto, o Ministério da Saúde não se reúne com fabricantes de seringas. A indústria ainda não recebeu encomendas, tampouco um cronograma para a produção em grande escala” (pág. 3 da inicial).

Prossegue asseverando o seguinte:

“Segundo reportagem publicada no Estadão,

‘A demora na apresentação de um plano definitivo para a aplicação da vacina contra a covid-19 por parte do Ministério da Saúde pode colocar o Brasil na posição de ter o imunizante, mas não ter seringas em número suficiente para vacinação em massa.’

Na reportagem, o superintendente da Associação Brasileira de Artigos e Equipamentos Médicos (Abimo) afirmou que o setor não tem estoque de seringas e precisa de três a cinco meses para atender a grandes demandas.

Somente no dia 1º/12/2020, quando apresentou um plano preliminar para vacinação contra a covid, o Ministério da Saúde afirmou que seria realizado processo de licitação para a compra de 331 milhões de seringas.

[...]

Enquanto o Reino Unido já iniciou seu plano de imunização em 8 de dezembro deste ano, no Brasil, as tratativas para autorização e aquisição dos imunizantes são lentas e incertas. O governo brasileiro firmou acordo para aquisição da vacina de Oxford/AstraZeneca, porém, o cronograma de entrega da vacina está atrasado e a solicitação de registro da vacina sequer foi submetida à Anvisa.

No dia 2/12/2020, o presidente Jair Bolsonaro declarou em suas redes sociais que o governo brasileiro irá oferecer a vacina contra covid-19 para toda a população 'de forma gratuita e não obrigatória'. Segundo afirmou em publicação no seu perfil do Facebook, 'em havendo certificação da ANVISA (orientações científicas e os preceitos legais) o governo brasileiro ofertará a vacina a toda a população de forma gratuita e não obrigatória'.

Em reunião com governadores no dia 8/12/2020, o Ministro Eduardo Pazuello afirmou que a AstraZeneca fará a solicitação do registro da vacina contra Covid-19 à Anvisa ainda em dezembro. Segundo informou o ministro, a Agência deve concluir a análise do pedido em 60 dias. Todavia, tomando-se por base referido prazo, o início da vacinação somente ocorrerá no fim de fevereiro ou início de março.

[...]

O Brasil espera ter mais de 300 milhões de doses de vacinas contra Covid-19 em 2021. Seriam 100 milhões de doses da AstraZeneca, outra 160 milhões produzidas na Fiocruz, com a tecnologia importada de Oxford, e mais 42 milhões do consórcio Covax Facility. O ministro explicou aos governadores que as vacinas da AstraZeneca começarão a chegar em janeiro, com a importação de 15 milhões de doses por mês.

Ocorre que, mesmo com a chegada da vacina no Brasil em janeiro, a efetiva imunização da população somente será iniciada após o registro importadas das vacinas na Anvisa, o que, segundo as declarações ministeriais somente ocorrerá no final de fevereiro, iniciando-se o plano de vacinação, na mais otimista das hipóteses, em

Aduz, ainda, que

“Esta Egrégia Suprema Corte concluiu, em sede de Repercussão março de 2021.

Nota-se, pois, a mora do Poder Executivo Federal não somente em estabelecer um plano definitivo de vacinação em âmbito nacional, como também em garantir o efetivo acesso da população à vacina” (págs. 4-5 da inicial).

Geral, pela possibilidade de o Estado em fornecer medicamentos, em casos excepcionais, sem o registro na Anvisa (Tema 500 - Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA).

[...]

Na ocasião, a Corte entendeu que, como regra, é necessário o registro do medicamento no órgão de controle, contudo, em casos excepcionais, pode haver a aquisição e fornecimento pelo governo dispensado referido registro.

[...]

Ressalte-se, ainda, que não se está tratando, aqui, de vacinas experimentais, desprovidas de comprovação científica a respeito da sua eficácia, mas sim da permissão de fornecimento de vacinas que já concluíram todas as etapas ou estão em fase final de testes, já foram aprovadas e registradas em órgãos de controle



estrangeiros reconhecidos por sua especialidade técnica, mas que ainda se encontram sem registro na Anvisa.

Cumpra destacar a alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.006, de 28 de maio de 2020, na redação da lei de enfrentamento ao coronavírus (Lei 13.979/2020), a qual passou a dispor: [...] que no enfrentamento ao coronavírus, é possível prescindir do registro na Anvisa, em casos excepcionais” (págs. 19-24 da inicial).

Enfatiza, também, que devem ser utilizados os recursos do Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações - FUST “para o investimento no enfrentamento da Covid-19 e para a devida estruturação de um plano de vacinação nacional destinado à imunização em massa de toda a população brasileira” (pág. 30 da inicial).

Por essas razões, requer que seja concedida liminar para:

“a.1) **permitir, excepcionalmente, a aquisição e fornecimento de vacinas contra a covid-19 desde que já possuam registro em renomadas agências de regulação no exterior, independente de registro na Anvisa, considerando a urgência humanitária na prevenção a novas ondas de coronavírus;**

a.2) **declarar a plena vigência e aplicabilidade do art. 3º, VIII e §7º- A da Lei 13.979/2020, no sentido de se permitir que as vacinas já aprovadas por pelo menos uma das autoridades sanitárias ali elencadas sejam utilizadas no Brasil em caso de omissão da Anvisa em apreciar o pedido em até 72h, nos expressos termos da lei.**

a.3) determinar que o Poder Executivo Federal pautar os memorandos de entendimento relativos à aquisição de vacinas na comprovação estritamente técnica e científica, independentemente da origem nacional do imunizante, possibilitando a oferta aos brasileiros de todas as vacinas que já tenham atingido fases avançadas de testes e demonstrado a segurança e eficácia necessárias.

a.4) determinar que os fundos provenientes de recuperação financeira decorrentes de operações como a Lava- Jato e similares, bem assim outros fundos nacionais que não estejam tendo destinação ou aplicação sejam destinados ao plano nacional de imunização contra o coronavírus; (págs. 31- 32 da inicial, grifei).

No mérito, pede a procedência da ação, com a confirmação da liminar.

A Associação Nacional dos Servidores Públicos, da Previdência e Seguridade Social - Anasps (documento eletrônico 23) e o Partido Trabalhista Brasileiro - PTB (documento eletrônico 30) pediram o ingresso como amicus curiae.

Posteriormente, argumentando que o Plano Nacional de Vacinação contra a Covid-19, apresentado no dia 12/12/2020 pela União não possui datas de início e encerramento, o CFOAB reiterou “o pedido liminar constante da exordial, a fim de que seja dispensado o [...] registro na Anvisa, em havendo registro por autoridades sanitárias de outros países” (pág. 3 do documento eletrônico 37).

Em 17/12/2020, deferi “em parte a cautelar, ad referendum do Plenário do Supremo Tribunal



Federal, para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020” (págs. 14-15 do documento eletrônico 40).

É o relatório.

## REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 770 DISTRITO FEDERAL

### VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Relator): Como se nota, a requerente formula diversos pedidos cautelares na inicial da ADPF. No entanto, num exame ainda perfunctório, de mera delibação, próprio desta fase ainda embrionária da demanda, entendo que, por ora, apenas um deles merece ser contemplado.

De início observo que pandemia desencadeada pelo novo coronavírus, que, em menos de um ano, infectou e vitimou fatalmente centenas de milhares de pessoas no País e no mundo, revelou, dentre outras coisas, as fraquezas e virtudes de nossa forma de governança, em especial do sistema público responsável por assegurar os direitos fundamentais à vida e à saúde contemplados nos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal.

O direito à vida, é escusado dizer, corresponde ao direito, universalmente reconhecido à pessoa humana, de viver e permanecer vivo, livre de quaisquer agravos, materiais ou morais, significando, especialmente, sob pena de ficar esvaziado de seu conteúdo essencial, o direito a uma “existência digna”, conceito mencionado no art. 170 de nossa Lei Maior.

Já a saúde, de acordo com o supra mencionado art. 196, “é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifei).

José Afonso da Silva, ao comentar o referido dispositivo constitucional, assevera que ele abriga uma verdadeira garantia, a qual deve ser cumprida “pelas prestações de saúde, que [...] se concretizam mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de

outros agravos – **políticas** essas, **que**, por seu turno, **se efetivam pela execução de ações e serviços de saúde, não apenas visando à cura de doenças**”.<sup>1</sup>

Na mesma linha são as observações de Kildare Gonçalves Carvalho, para quem **o direito à saúde não se resume apenas à medicina curativa, mas inclui a medicina preventiva, a qual exige a execução de uma política social e econômica adequada, que esclareça e eduque a população, além de promover** a “higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, **campanhas de vacinação**, dentre outras ações”.<sup>2</sup>

É nesse contexto, amplificado pela magnitude da pandemia decorrente da Covid-19, que **se exige**, mais do que nunca, **uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos de todos os níveis governamentais, sobretudo mediante a implementação de programas universais de vacinação**, pois, como adverte o professor da Universidade de São Paulo antes referido, **“o direito é garantido por aquelas políticas indicadas, que não de ser estabelecidas, sob pena de omissão inconstitucional”**<sup>3</sup>

E aqui cumpre lembrar que o Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde - OMS, datado de 22/7/1946, agência internacional pertencente à Organização das Nações Unidas - ONU, integrada pelo Brasil, traz à lume um generoso conceito de saúde, **caracterizado como um bem coletivo e dever do Estado**.<sup>4</sup>

Essa noção encontra amparo também no art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, internalizado pelo Decreto 591/1992, o qual dispõe que **“os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, de modo a adotar** as medidas necessárias para assegurar “a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, **endêmicas**, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças”.

É por isso que inexistente qualquer dúvida de que **o direito social à saúde se coloca acima da autoridade de governantes episódicos, pois configura, como visto, um dever cometido ao Estado**, compreendido como uma “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.<sup>5</sup> Vale lembrar, por oportuno, que o Brasil, segundo a Constituição de 1988, **adotou a forma federal de Estado**, “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal” (art. 1º, *caput*, da CF).

**O dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos** que se encontrem sob sua jurisdição - brasileiros e estrangeiros residentes no País - **apresenta uma dimensão objetiva e institucional, que se revela, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde** -

1SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 768.

2CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 13. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 1.167.

3SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 768, grifei.

4Íntegra em inglês disponível em: <<https://www.who.int/about/who-we-re/constitution>>. Acesso: nov.2020.

5DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 118.

SUS (art. 198, I, II e III, da CF), ao qual compete, dentre outras atribuições, “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos”, como também “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” (art. 200, I e II, da CF).

Esse sistema é compatível com o nosso “**federalismo cooperativo**” ou “**federalismo de integração**”, adotado pelos constituintes de 1988, no qual “**se registra um entrelaçamento de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais**”,<sup>6</sup> que encontra expressão, quanto à temática aqui tratada, na competência concorrente partilhada pela União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a “proteção e defesa da saúde” (art. 24, XII, da CF), bem assim na competência comum a todos eles e também aos Municípios de “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II, da CF).

Esse compartilhamento de competências entre os entes federados na área da saúde não exige a União de exercer aquilo que a doutrina denomina de “competência de cooperação”,<sup>7</sup> traduzida na obrigação constitucional de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações” (art. 21, XVIII, CF). E aqui cumpre anotar que, logo depois do reconhecimento pela OMS, em 11/3/2020,<sup>8</sup> de que o mundo passava por uma pandemia desencadeada pelo novo coronavírus, o **Congresso Nacional** editou o Decreto Legislativo 6/2020,<sup>8</sup> no qual **reconheceu a ocorrência de uma calamidade pública**, aliás, sem precedentes em nossa história.

Quando o art. 21, XVIII é lido em conjunto com o precitado art. 198, também do Texto Magno, percebe-se que **compete à União assumir a coordenação das atividades do setor**, incumbindo-lhe, em especial, “**executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde**, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional” (grifei), conforme estabelece o disposto no art. 16, III, a, e parágrafo único, da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde).<sup>9</sup>

De outro lado, a já antiga Lei 6.259/1975<sup>10</sup> estabelece que cabe ao **Ministério da Saúde a elaboração do Programa Nacional de Imunizações - PNI, com a definição das vacinações**,

<sup>6</sup>LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Pressupostos materiais e formais da Intervenção Federal no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23, grifei.

<sup>7</sup>CARVALHO, Kildare Gonçalves. Op. cit., p. 774.

<sup>8</sup>Disponível em: <[https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812)>. Acesso em: nov. 2020.

<sup>9</sup>A Lei 8.080/1990 prevê, ainda, que estão incluídas no campo de atuação do SUS a execução de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como a “formulação a política de medicamentos, imunobiológicos e outro insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, I, a e b, e VI).

<sup>10</sup>Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências”.

**inclusive as de caráter obrigatório** (art. 3º, *caput*), prescrevendo, ainda, que aquela Pasta coordenará e apoiará tal atividade - técnica, material e financeiramente - em âmbito nacional e regional, cuja responsabilidade cabe às Secretarias de Saúde das unidades federadas (art. 4º, *caput* e § 1º). Ademais, consigna que “o Ministério da Saúde poderá participar, em caráter supletivo, das ações previstas no programa e assumir sua execução, quando o interesse nacional ou situações de emergência o justificarem” (art. 4º, § 2º).

**Não obstante constitua incumbência do Ministério da Saúde coordenar o PNI e definir as vacinas** integrantes do calendário nacional de imunizações, **tal atribuição não exclui a competência dos Estados**, do Distrito Federal e **dos Municípios para adaptá-los às peculiaridades locais**, no típico exercício da competência comum de que dispõem para “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II, da CF).

**Embora o ideal, em se tratando de uma moléstia que atinge o País por inteiro, seja a inclusão de todas as vacinas seguras e eficazes no PNI**, de maneira a imunizar uniforme e tempestivamente toda a população, o certo é que, nos diversos precedentes relativos à pandemia causada pela Covid-19, **o Supremo Tribunal Federal tem ressaltado a possibilidade de atuação conjunta das autoridades estaduais e locais para o enfrentamento dessa emergência de saúde pública, em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central.**

Com efeito, ao analisar a ADI 6.341-MC-Ref/DF, Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin, esta Suprema Corte assentou que os entes federados possuem competência concorrente para adotar as providências normativas e administrativas necessárias ao combate da pandemia. O Plenário do STF também decidiu, na ADPF 672-MC-Ref/DF, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que o exercício da competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, a qual deu ensejo à elaboração da Lei 13.979/2020, não restringiu a competência própria dos demais entes da Federação para implementarem ações no campo da saúde.

Nesse sentido, conforme asseverei ao analisar a ADI 6.362/DF, de minha relatoria, **o federalismo cooperativo**, antes mencionado, longe de ser mera peça retórica, **exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes, sobretudo diante da grave crise sanitária e econômica decorrente da calamidade pública causada pelo novo coronavírus. Bem por isso, os entes regionais e locais não podem ser aliados do combate à Covid-19**, notadamente porque estão investidos do poder-dever de empreender as medidas necessárias para o enfrentamento da emergência sanitária resultante do alastramento incontido da doença.

Assim, considerado o arcabouço constitucional acima descrito, e tendo em conta a jurisprudência desta Suprema Corte sobre o tema, é possível concluir que **a defesa da saúde incumbe não apenas à União, mas também a qualquer das unidades federadas**, seja por meio da edição de normas legais, respeitadas as suas competências, seja mediante a realização de ações administrativas, sem que, como regra, dependam da autorização de outros níveis governamentais para levá-las a efeito, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que têm a obrigação de

preservar.

Em outros termos, a Constituição outorgou a todos os entes federados a competência comum de cuidar da saúde, compreendida nela a adoção de quaisquer medidas que se mostrem necessárias para salvar vidas e garantir a higidez física das pessoas ameaçadas ou acometidas pela nova moléstia, **incluindo-se nisso a disponibilização, por parte dos governos estaduais, distrital e municipais, de imunizantes diversos daqueles ofertados pela União, desde que aprovados pela Anvisa, caso aqueles se mostrem insuficientes ou sejam ofertados a destempo.**

No âmbito dessa autonomia insere-se, inclusive, a importação e distribuição, em caráter excepcional e temporário, por autoridades dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de “quaisquer materiais, medicamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus”, observadas as condições do art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, alterada pela Lei 14.006/2020.

Como se vê, a própria Lei 13.979/2020, nos precitados dispositivos, encaminha uma solução para a questão, ao assinalar que as “autoridades” - sem fazer qualquer distinção entre os diversos níveis político- administrativos da federação - poderão lançar mão do uso de medicamentos e insumos na área de saúde sem registro na Anvisa. Confira-se:

“Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional [...]. as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

[...]

VIII - autorização excepcional e temporária para importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos e insumos da área da saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus, desde que:

a) registrados por pelo menos 1 (uma) das seguintes autoridades sanitárias estrangeiras e autorizados à distribuição comercial em seus respectivos países:

1. Food and Drug Administration (FDA);
2. European Medicines Agency (EMA);
3. Pharmaceuticals and Medical Devices Agency (PMDA);
4. National Medical Products Administration (NMPA);”

Aqui cumpre sublinhar que a mencionada Lei também estabelece que **autorização excepcional e temporária “deverá ser concedida pela Anvisa em até 72 (setenta e duas) horas após a submissão do pedido à Agência, dispensada a autorização de qualquer outro órgão da administração pública direta ou indireta para os produtos que especifica, sendo concedida automaticamente caso esgotado o prazo sem manifestação”** (art. 3º, §7º-A). No ponto, ressalto, por oportuno, que o veto do Presidente da República a este parágrafo foi derrubado pelo Congresso Nacional na Sessão de 19/8/2020.

Não desconheço a aprovação da Resolução DC/ANVISA 444 de 10/12/2020, a qual “estabelece a autorização temporária de uso emergencial, em **caráter experimental**, de vacinas Covid-19 para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do surto do novo coronavírus (SARS-CoV-2)”.

No entanto, a publicação da referida Resolução emanada de Diretoria Colegiada, ao propiciar mais uma maneira de aprovação das vacinas contra a Covid-19 – em caráter experimental -, não exclui, até porque não poderia fazê-lo, as formas já existentes, de modo que remanesçam, tanto o registro previsto no art. 12 da Lei 6.360/1976, como a autorização excepcional e temporária estabelecida no art. 3º, VIII, da Lei

A dispensação excepcional de medicamentos sem registro na Anvisa, de resto, não constitui matéria nova nesta Suprema Corte, já tendo sido apreciada no RE 657.718/MG-RG, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, de cuja tese resalto o seguinte trecho:

“[...] É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil” (grifei).

Seja como for, **as disposições constantes do art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, gozam da presunção de plena constitucionalidade**, revelando, portanto, a solução encontrada pelos representantes do povo reunidos no Congresso Nacional para superar, emergencialmente, a carência de vacinas contra o novo coronavírus.

Por aí já se vê que merece acolhida parcial a pretensão agasalhada na inicial de “permitir, excepcionalmente, a aquisição e fornecimento de vacinas contra a covid-19 desde que já possuam registro em renomadas agências de regulação no exterior, independente de registro na Anvisa, considerando a urgência humanitária na prevenção a novas ondas de coronavírus” (pág. 31 da inicial), sobretudo por estar em jogo a saúde de toda a população brasileira, em tempo de grande angústia e perplexidade, agravado por uma inusitada falta de confiança nas autoridades sanitárias com o nefasto potencial de abalar a coesão e harmonia social.

Não se olvide, todavia, que qualquer que seja a decisão dos entes federados no concernente ao enfrentamento da pandemia deverá levar em consideração, por expresse mandamento legal, as evidências científicas e análises estratégicas em saúde, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020.

Essa apreciação, sempre explícita e fundamentada, compete exclusivamente às autoridades públicas estaduais, distritais e locais, consideradas as situações concretas que vierem a enfrentar.

Isso posto, com fundamento nas razões acima expendidas, voto por referendar a medida cautelar



pleiteada para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham, previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial, nos termos da Resolução DC/ANVISA 444, de 10/12/2020.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.594 SANTA CATARINA RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA

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

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

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

**EMENTA**

*ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMA DA CONSTITUIÇÃO DE SANTA CATARINA SOBRE UTILIZAÇÃO GRATUITA DE IMÓVEIS DO ESTADO: PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. AUTONOMIA ESTADUAL PARA DISCIPLINAR UTILIZAÇÃO GRATUITA DE BENS ESTADUAIS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA RAZOABILIDADE, DA AUTONOMIA ADMINISTRATIVA, E DA SIMETRIA CONSTITUCIONAL NA NORMA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INOCORRÊNCIA DE AFRONTA À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.*

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, na conformidade da ata de julgamento, por maioria, **em julgar improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da expressão “utilização gratuita”, exposta no § 1º do art. 12 da Constituição do Estado de Santa Catarina**, nos termos do voto da Relatora, vencidos os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Gilmar Mendes. Sessão Virtual de 5.3.2021 a 12.3.2021.

Brasília, 15 de março de 2021.

Ministra CÁRMEN LÚCIA

Relatora

**ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.594 SANTA CATARINA**

**RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

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

**ADV.(A/S): PGE-SC - IMAR ROCHA E OUTRO(A/S)**



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

## RELATÓRIO

### **A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento de liminar, ajuizada pelo Governador de Santa Catarina, em 6.10.2005, pela qual impugna a validade constitucional do § 1º do art. 12, da Constituição catarinense, que, ao disciplinar os bens que compõem o patrimônio público estadual, estabelece:

*“Art. 12. São bens do Estado:*

*(...)*

*§ 1º. A doação ou utilização gratuita de bens imóveis depende de prévia autorização legislativa”.*

O Autor argumenta que o texto impugnado afrontaria a Constituição da República, em especial seus arts. 22, inc. XXVII, e 37, inc. XXI, *“na medida em que engessa o poder executivo no trato das questões afetas à administração dos bens imóveis pertencentes ao Estado de Santa Catarina, a ponto de demandar lei ordinária para todo e qualquer ato que importe a transferência (...) para outra pessoa jurídica de direito público ou particulares, nas modalidades de cessão, permissão, autorização, etc.”* (fl. 3).

Segundo ele, a previsão normativa afrontaria o princípio da separação de poderes do art. 2º da Constituição brasileira e a previsão não existiria na federação, cujo regime jurídico-administrativo dos bens públicos é disciplinado pela Lei de Licitações Públicas (Lei n. 8.666/94) e pelo Decreto-Lei n. 9.760/46, alterado pela Lei n. 9.636/98. Na competência estadual, a Lei catarinense n. 5.704/80 dispôs sobre ‘normas sobre utilização de bens imóveis do Estado’, em *“absoluta identidade com [a disciplina normativa] no plano federal”* (fl. 8).

Contesta o Autor a expressão posta no dispositivo normativo impugnado pelo qual se condicionou a *“utilização gratuita de bens imóveis à prévia autorização legislativa”, que acarretaria “injustificável interferência do Poder Legislativo em questões meramente administrativas” e, conseqüentemente, em “obstáculo ao exercício regular da competência legal [a ele] conferida para dispor sobre o uso dos bens imóveis do Poder Executivo”* (fls. 9 e 18, grifos no original).

Para o Autor, a expressão questionada comprometeria a autonomia administrativa e caracterizaria o *“aspecto da interferência do Poder Legislativo nas atividades próprias do Poder Executivo, concernente à gestão de seus bens, [e, ainda,] tal dispositivo não encontra medida similar ou paradigma na Constituição Federal. O único dispositivo da Constituição [da República], que guarda alguma similaridade com o art. 12, § 1º, da Carta Estadual está assim redigido:*

*“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...)*

*XVII – aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares” (fl. 14).*

Invoca, em favor de sua tese, o que tem como precedentes deste Supremo Tribunal Federal, em especial os seguintes julgamentos: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.857, que declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Constituição catarinense que *“exigiam que os convênios, ajustes, acordos e instrumentos congêneres celebrados pelo Poder Executivo fossem submetidos à aprovação pela Assembléia Legislativa”* (fl. 16); b) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.831, que reconheceu não poder *“haver ingerência de outro órgão ou Poder nas competências reservadas ao Poder Judiciário”* (fl. 14); c) Representação n. 686, *“que pode ser invocada neste momento, uma vez que não houve mudança do texto constitucional quanto à competência de cada Poder para administrar seus bens”* (fl. 15).

Em medida cautelar, o Autor requereu a suspensão da eficácia do § 1º do art. 12 da Constituição do Estado de Santa Catarina *“na parte em que se refere à ‘utilização gratuita’ de bens imóveis”* (fl. 30) e, no mérito, requereu a procedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, *“mantendo-se íntegro o restante do texto ... na medida em que a supressão postulada não altera a compreensão da norma em sua inteireza”* (fl. 21).

2. Em 7.10.2005, a Ministra Ellen Gracie, então Relatora desta ação, determinou a aplicação do art. 12 da Lei n. 6.868/99.

3. Requeridas as informações, foram elas prestadas pela Assembleia Legislativa catarinense (fls. 35-48).

4. O Advogado-Geral da União defendeu a constitucionalidade da norma, argumentando, basicamente, que o *“§ 1º, do art. 12 da [Constituição Estadual] em nada colide com as disposições da Lei n. 8.666/93 e posteriores alterações, sendo com elas plenamente compatível. A competência privativa da União para editar normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública restou preservada, posto que o art. 12, § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina não veicula norma de caráter geral, nos moldes do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, mas sim expressa o exercício da competência legislativa suplementar prevista no art. 24, § 1º”* (fls 55-56).

5. O Procurador-Geral da República opinou pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do § 1º do art. 12 da Constituição do Estado de Santa Catarina (fls. 71-74).

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

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.594 SANTA CATARINA

### V O T O

#### A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. O objeto da presente ação é a validade, ou não, do parágrafo 2o. do art. 12 da Constituição de Santa Catarina, promulgada em 5 de outubro de 1989.

No dispositivo questionado nesta ação, ajuizada em 2005, se estabeleceu que “*a doação ou utilização gratuita de bens imóveis depende de prévia autorização legislativa*”.

Afirma-se afronta aos arts. 2º (princípio da independência entre os poderes); inc. XXVII do 22 (norma que fixa a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação); inc. XXI do 37 (norma específica que preceitua que as alienações deverão ser contratadas mediante processo licitatório, à exceção de ressalva especificada em lei), todos da Constituição da República, asseverando-se, ainda, inobservância dos princípios da razoabilidade, da autonomia administrativa e da simetria constitucional.

2. Quanto aos princípios da razoabilidade e da autonomia administrativa o que se tem, na peça inicial da ação, é mera referência, não havendo fundamentação da alegação, pelo que, na esteira da jurisprudência deste Supremo Tribunal, nem se haveria de atentar para resposta judicial específica a esta menção.

3. Quanto ao princípio da autonomia administrativa, mencionada como se tivesse sido obstada pela norma questionada, é de se anotar que, ao acolher o modelo de República Federativa, a Constituição brasileira dispôs também que os entes federados são dotados daquela característica (autonomia política e administrativa), notadamente quanto ao exercício de capacidade normativa sobre matérias reservadas à sua competência.

Anota o autor da presente ação que a expressão “utilização gratuita” de bens imóveis do Estado de Santa Catarina, posta na norma impugnada, afrontaria os arts. 2º, inc. XXVII do art. 22 e inc. XXI do art. 37 da Constituição da República, porque comprometeria a autonomia estadual – especificamente quanto à atuação do Poder Executivo – no que se refere aos bens públicos imóveis catarinenses.

Dispõe o art. 18 da Constituição do Brasil:

*“Art. 18 – A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.*

A autonomia das entidades federadas supõe repartição de competências para o exercício e o

desenvolvimento de sua atividade normativa em espaço próprio e necessário para o desempenho das atribuições que sejam inerentes ao que for de seu peculiar interesse. Autonomia é definição de espaço próprio de exercício de competência de cada ente ou poder e essa especificação é posta em cada sistema ou, no caso, no subsistema como é o estadual.

O constituinte catarinense escolheu como seu modelo o condicionamento da utilização de bem público imóvel a prévia autorização do poder legislativo.

Não restringiu a autonomia de outro poder nem afastou aplicação de norma nacional, constitucional ou legal, de cumprimento obrigatório. Editou, no desenho constitucional estadual, o modelo a ser obedecido para os bens públicos imóveis a serem dados em utilização gratuita. O patrimônio estadual é do povo de cada ente federado. O cuidado com ele é atribuição, no espaço constitucional e legal estabelecido, de cada um e de todos os poderes.

A norma não esvazia nem compromete a atuação autônoma do executivo estadual. Restringe-se a impor um requisito para a utilização de bem público imóvel na forma estabelecida. Parece razão legítima juridicamente para o acolhimento da norma. Com bens públicos imóveis, dados em utilização gratuita, podem ser feitos favores ilegítimos, comprometer-se o patrimônio estadual, facilitar-se transações legais ou não, aceitáveis ou não. Por isso, é legítimo ao constituinte estadual eleger o modelo que some responsabilidades dos poderes e acrescente segurança ao cidadão, titular do patrimônio administrado pelos agentes públicos.

E como anotado pelo Advogado-Geral da União, a disciplina sobre a administração dos bens públicos não se confunde com outras matérias, sequer a que se refere a licitações e contratos. Essas cuidam de procedimentos específicos para aquisição de obras, bens e serviços e, ainda que possa, em algum ponto, relacionar-se ao cuidado de bens públicos. A competência da União no tema, na forma do inc. XXVII do art. 22 da Constituição, limita-se a edição de normas gerais.

Parece ter sido, pois, mencionada a matéria específica sobre licitações e contratos muito mais como matéria tangenciada pelo tema em foco do que propriamente como fundamento válido, menos ainda suficiente para o questionamento e a obtenção do resultado buscado.

4. Quanto ao princípio da separação de poderes, não se demonstra comprometimento de sua autonomia e independência pela inclusão da norma impugnada no ordenamento jurídico estadual.

No Estado Democrático o direito define os limites de cada qual dos poderes e limita o espaço de suas respectivas competências e a submissão de cada atribuição à legislação específica.

5. Nos termos do § 1º do art. 25 da Constituição da República, a competência legislativa dos Estados é a eles reservada no que não é privativo da União e dos Municípios, no espaço necessário a manter-se autônomo, cabendo a cada qual também a titularidade e o exercício das competências legislativas exclusiva (no que lhe é próprio), suplementar ou plena, nos casos, respectivamente, em que a União não tenha editado a norma geral ou se inexistentes essas em relação às matérias elencadas nos §§ 2º e 3º do art. 24 da Constituição da República.

O inc. XXVII do art. 22 da Constituição do Brasil é expresso quanto à competência privativa da União para legislar sobre “*normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...)*”. A Constituição enfatizou a competência do legislador nacional para estabelecer as normas gerais sobre as matérias arroladas no dispositivo mencionado, deixando as especificidades na competência dos Estados e do Distrito Federal.

O Professor José Afonso da Silva observa que a Constituição da República “*foi omissa quando deu à União competência privativa para legislar sobre normas gerais: (...) b) de licitação e contratação, em todas as modalidades, nas diversas esferas de governo, para a Administração Pública (...). No entanto, não inseriu a matéria no art. 24, para indicar que estados podem legislar também sobre essas matérias (...). Não é, porém, porque não consta na competência comum que Estados e Distrito Federal (...) não podem legislar suplementarmente sobre esses assuntos. Podem e é de sua competência fazê-lo, pois que nos termos do § 2º, do art. 24, a competência da União para legislar sobre ‘normas gerais’ não exclui (...) a competência suplementar dos Estados (...), e isso abrange não apenas as normas gerais referidas no § 1º desse mesmo artigo no tocante à matéria neste relacionada, mas também as normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consistem em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados*” (Ob. cit., p. 503-504).

6. O autor da presente ação argumenta que para a União as “*várias formas de utilização de imóveis públicos por terceiros ou por outros órgãos públicos*” estão disciplinadas na Lei n. 8.666/93 e no Decreto-Lei n. 9.760/46, alterado pela Lei n. 9.636/98, e, hoje, também, com dispositivos alterados pela Lei n. 11.481/2007.

Segundo o Autor, no Estado de Santa Catarina essa matéria está regulamentada pela Lei n. 5.704/80, que dispõe sobre “*normas sobre utilização de bens imóveis do Estado*”, em cujo capítulo III dispõe sobre as normas de utilização “*dos bens imóveis do Estado*”, nos termos seguintes:

*“Art. 7º. A concessão de uso de bens imóveis do Estado, remunerada ou gratuita, depende de justificativa, decreto autorizativo e concorrência pública.*

*Parágrafo único. O Governador poderá dispensar a concorrência na concessão para:*

*I – entidade educacional, cultural ou de fins sociais declarada de utilidade pública;*

*II – fundação instituída pelo Poder Público;*

*III – entidade concessionária de serviço público.*

*Art. 8º. A permissão de uso de bens imóveis do Estado, remunerada ou gratuita, depende de justificativa e decreto autorizativo” (fls. 7-8).*

Pondera que a “*legislação infraconstitucional vigente no Estado de Santa Catarina ajusta-se à*

legislação infraconstitucional federal, cuja constitucionalidade é incontestada. Não obstante, esbarra em dispositivo da *Constituição Estadual que contraria tudo o que até aqui ficou asseverado sobre a disciplina jurídica dos bens públicos, na linha do que pretende a Constituição [da República], com seus princípios/diretrizes, notadamente o da separação de poderes (...)*” (fl. 9).

Defende que a Constituição catarinense, “*ao condicionar a ‘utilização gratuita’ de bens imóveis à prévia autorização legislativa atinge, portanto, a Constituição (brasileira). Por deixar de considerar as diversas possibilidades administrativas à disposição do Executivo para bem gerir o patrimônio imóvel do Estado, muitas delas direcionadas à transferência para outros entes públicos, talvez por simples empréstimo temporário, ou por poucos dias, no interesse público é claro, impõe o art. 12, § 1º da Constituição do Estado de Santa Catarina injustificável interferência do Poder Legislativo em questões meramente administrativas*” (fl. 9).

7. Como antes anotado, a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação, prevista no inc. XXVII do art. 22 da Constituição da República, refere-se à possibilidade de sua não- obrigatoriedade, ao mencionar o inc. XXI do art. 37 da Constituição do Brasil, que ressalva a sua dispensa nos “*casos especificados na legislação*”.

A União legisla, de forma genérica, sobre licitação e contratos da Administração Pública, como o fez ao editar a Lei n. 8.666/93, que regulamentou o inc. XXI do art. 37 da Constituição da República. Naquela legislação foram estabelecidas as circunstâncias em que esse procedimento administrativo seria dispensável ou inexigível (incs. I e II do art. 17, arts. 24 e 25).

Aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal compete legislar especificamente sobre essa matéria, buscando adequar a previsão geral às peculiaridades estaduais e locais para melhor atender às suas necessidades. A atuação do legislador estadual ou distrital não poderá ultrapassar os limites fixados nas normas gerais editadas pelo legislador nacional, sem, contudo, renunciar a seu espaço de competências autônomas.

8. Deve ser observado inexistir confusão entre os ajustes que a Administração Pública pactua com particulares para a realização de “obras, serviços (...), compras, alienações, concessões, permissões e locações” (art. 2º, da Lei n. 8.666/93) com as diversas modalidades licitatórias ou mesmo contratação e com o amplo campo dos atos administrativos relativos ao patrimônio público.

Ensina, por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho que “*Já se consagrou entre os autores a noção de que a gestão (ou administração) dos bens públicos importa a ideia de sua utilização e conservação. Assim como está definida essa noção, não menos definida está a que indica que na atividade gestora dos bens públicos não se inclui o poder de alienação, oneração e aquisição desses bens. Em [seu] entender, nada há a reparar em relação a tais princípios. Na verdade, o poder de administração, como subordinado à lei, apenas confere ao administrador o poder (e ao mesmo tempo o dever) de zelar pelo patrimônio público, através de ações que tenham por objetivo a conservação dos bens, ou que visem a impedir sua deterioração ou perda, ou, ainda, que os protejam contra investida de terceiros, mesmo que necessário se torne adotar conduta coercitiva auto-executória ou recorrer ao Judiciário para a defesa do interesse público.*”



*A gestão dos bens públicos, como retrata típica atividade administrativa, é regulada normalmente por preceitos legais genéricos e por normas regulamentares mais específicas. A alienação, a oneração e a aquisição reclamam, como regra, autorização legal de caráter mais específico, porque na hipótese não há mera administração, mas alteração na esfera do domínio das pessoas de direito público” (Manual de Direito Administrativo. 11. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 927-928).*

Em voto exarado no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927, ressaltou o Ministro Velloso que

*“inconstitucionais (...) seriam em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, os dispositivos que extrapolassem do conceito de norma geral. Esses dispositivos, que extrapolassem do conceito de norma geral, seriam constitucionais em relação à União e inconstitucionais em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios (...).*

*A formulação do conceito de “normas gerais” é tanto mais complexa quando se tem presente o conceito de lei em sentido material - norma geral, abstrata. Ora, se a lei, em sentido material, é norma geral, como seria a lei de ‘normas gerais’ referida na Constituição? Penso que essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. Penso que ‘norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências” (DJ 11.11.1994).*

Essa questão foi assim explicada pela Professora Alice Gonzalez Borges:

*“Gerais, todas as normas o são, pois é de sua essência o serem genéricas, abstratas e dotadas de força coercitiva.*

*A conceituação das normas gerais, expressamente referidas pela Constituição no art. 22, XXI e XXVII, bem como no art. 24 e seus parágrafos, transcende a clássica distinção entre leis gerais e leis especiais.*

*No texto constitucional, o termo sempre teve uma conotação bem definida, que só tem pertinência com a especial sistemática de um Estado Federativo, onde as ordens federadas guardam uma relativa autonomia normativa (é o caso da Federação brasileira, organizada em tríplice esfera de competências normativas). Surgem normas gerais quando, por algum razão, convém ao interesse público que certas matérias sejam tratadas por igual, entre todas as ordens da Federação, para que sejam devidamente instrumentalizados e viabilizados os princípios constitucionais com que guardam pertinência. Têm-se, então, leis nacionais, forçosamente mais genéricas, que ditam certas diretrizes, princípios gerais, comandos normativos dirigidos ao legislador das ordens federadas locais. Este, por sua vez, sem quebra de sua autonomia, irá desenvolvê-los, aplicá-los a suas realidades locais peculiares, através da expedição de suas próprias normas.*

*A esse respeito, Kelsen tem uma regra de ouro, merecedora de reflexão cuidadosa, porém raramente obedecida na prática: a de que ‘a determinação da ordem central pode apresentar diferentes graus. Nunca poderá ser tão débil, que o ato deixe de constituir uma aplicação do direito, porém tampouco pode ser tão forte, que esse mesmo ato deixe de ser uma criação do direito’.*

*Vemos, aí, as chamadas normas gerais de conteúdo. Temos, ainda, as normas gerais de aplicação, que visam a assegurar a uniformidade de certos comportamentos, a bem da ordem harmônica que deve manter coesos os entes federados em torno de uma ordem central, desse modo evitando-se atritos, colidências e discriminações,*

*entre uns e outros” (Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos. Revista de Direito Público, out./dez. 1990, p. 84).*

**9.** No espaço constitucionalmente delimitado para o exercício de sua competência para editar sobre os bens que compõem o seu patrimônio, o Congresso Nacional decretou e o Presidente da República sancionou a Lei n. 9.636/98, que dispõe “*sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis do domínio da União*” (grifei).

Tem-se, pois, que no pleno e legítimo exercício das competências estaduais, na forma dos arts. 18, 25 e seus parágrafos e § 1º do 24 da Constituição da República, os deputados constituintes catarinenses incluíram, no texto constitucional estadual, o dispositivo questionado, inserido no capítulo que trata dos bens do Estado.

Dos documentos acostados aos autos com explicação quanto à razão da norma se expõe que a ausência do recebimento de valores que poderiam reverter para o próprio Estado e, de forma reflexa para os cidadãos, conduziram os constituintes estaduais a estabelecer que os poderes Legislativo e Executivo deveriam compartilhar a responsabilidade dessa decisão perante seus representados/administrados nas decisões de destinação gratuita dos bens imóveis do Estado, dando-se, assim, ênfase à harmonia entre os poderes constituídos.

Não se tem carência de razoabilidade jurídica da providência exigida na norma questionada, menos ainda ao princípio da simetria. Diferente disso, o ordenamento constitucional põe em sua base a determinação de que os poderes devem harmonizar-se e combinar suas atuações, o que, no caso agora apreciado, afirmou-se na exigência de composição de vontades para a permissão de utilização gratuita de bem público, quer dizer, garantindo-se a particular o uso daquele bem sem contraprestação do beneficiado.

Como pontuou o Advogado-Geral da União, na mesma linha do parecer da Procuradoria-Geral da República, a autorização prevista no § 1º do art. 12 da Constituição do Estado de Santa Catarina “*não significa usurpação de competência, tampouco ofensa ao princípio da separação de poderes. Ao revés, a subordinação à autorização legislativa dos atos que impliquem na utilização gratuita de bens imóveis do Estado representa a aplicação do sistema de freios e contrapesos no ordenamento jurídico estadual. Inclusive, na própria Lei Geral de Licitações e Contratos, há dispositivo que revela idêntico objetivo, quando subordina à prévia autorização legislativa a alienação de bens imóveis da administração direta e de entidades autárquicas e fundacionais (art. 17, inc. I)*” (fl. 59).

**10.** Deve ser acentuado, ainda, inexistir a alegada afronta às decisões deste Supremo Tribunal Federal mencionadas.

**10.1.** Na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.857, Relator o Ministro Moreira Alves, concluiu este Supremo Tribunal pela “*inconstitucionalidade de normas que subordinam convênios, ajustes, acordos, convenções e instrumentos congêneres firmados pelo Poder Executivo [do Estado de Santa Catarina], inclusive com a União, os outros Estados federados, o Distrito Federal e os Municípios, à apreciação e à aprovação da Assembleia Legislativa Estadual*” (DJ 7.3.2003).



Naquele caso havia ônus ao Estado, ao contrário da previsão de utilização gratuita discutida na presente ação. O cenário no qual se insere a norma e as razões que conduziram à sua edição são diferentes do que foi apreciado naquela decisão.

**10.2.** A só leitura da ementa da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 2.831 também demonstra inexistir analogia entre aquela e a presente ação, porque o art. 22, inc. XVII, da Constituição da República é expresso quanto à competência privativa da União para legislar sobre organização administrativa e judiciária do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal, do que decorreu a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar fluminense n. 105/2003, ali questionados:

*“3. Poder Judiciário. Princípio da autonomia. Viola a autonomia do Poder Judiciário lei estadual que autorize o livre acesso e trânsito a qualquer local privativo dos juízes aos membros do Ministério Público, sem nexo algum com suas estritas funções.*

*4. Vencimentos. Equiparação. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que é inconstitucional a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração do serviço público, exceto algumas situações previstas no próprio Texto Constitucional. 5. Justiça Eleitoral.*

*Prestação de Serviços. Contraria os postulados de independência e autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário norma local que imponha ao Tribunal Regional Eleitoral o dever de efetuar pagamento, fixando despesa para o órgão do Poder Judiciário Federal, pela prestação de serviços à Justiça Eleitoral.*

*8. Poder Judiciário. Administração dos bens. É competência reservada ao Poder Judiciário a administração e disposição de seus bens.” (Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 28.5.2004).*

**10.3.** Melhor sorte não assiste ao Autor ao citar a Representação n. 686, argumentando cuidar-se de precedente jurisprudencial que ampararia a sua pretensão. Naquela representação, Relator o Ministro Evandro Lins, decidiu-se que *“a cessão de imóvel é ato privativo do Poder Executivo. Ao legislativo compete editar normas gerais para a sua realização. Declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 817, de 4.8.65, do Estado da Guanabara”* (DJ 22.2.67).

Nos termos daquela Lei do antigo Estado da Guanabara, *“autorizou-se ao Poder Executivo ceder, com encargos, um imóvel [específico] do Estado, para funcionamento da Sociedade Interplanetária do Rio de Janeiro”* (trecho do relatório da Representação n. 686).

Conforme decidiu o Ministro Evandro Lins e Silva, a norma constitucional estadual deferiu *“ao Legislativo atribuições para estabelecer condições segundo as quais o Executivo poderá ceder imóveis, prevendo, de modo geral e abstrato, sobre o procedimento do Executivo em relação a todo e qualquer imóvel. A cessão é ato subjetivo da Administração, no qual não intervém o Legislativo, salvo quanto às normas gerais para a sua realização”*.

Decidiu-se, naquela ocasião, pela inconstitucionalidade pela ausência de generalidade e impessoalidade, diferente do caso analisado nesta ação direta de inconstitucionalidade, em que esses elementos comparecem.

10. Pelo exposto, voto pela improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade da expressão “utilização gratuita”, exposta no § 1º do art. 12 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.594 SANTA CATARINA RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA**

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

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

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

### **V O T O - V O G A L**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Acolho, inicialmente, o bem laçado do relatório da e. Ministra relatora. Divirjo, com pedido de vênua, em relação às suas conclusões.

Rememoro, em brevíssima síntese, que se trata de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo Governo do Estado de Santa Catarina, visando a declaração de inconstitucionalidade de norma inscrita no art. 12, §1º da Constituição de Santa Catarina. O dispositivo possui o seguinte teor:

“Art. 12. São bens do Estado:

I - os que atualmente lhe pertencem, que vier a adquirir ou lhe forem atribuídos;

II - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

III - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem em seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, dos Municípios ou de terceiros;

IV - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes a União;

V - as terras devolutas situadas em seu território que não estejam compreendidas entre as da União;

VI - a rede viária estadual, sua infra-estrutura e bens acessórios.

§ 1º A doação ou utilização gratuita de bens imóveis depende de prévia autorização legislativa” (*grifos meus*).

Por entender que a norma impugnada viola os princípios constitucionais da separação de poderes, da razoabilidade, da autonomia administrativa, assim como a competência privativa da União para disciplinar, por meio de norma geral, a disposição de bens públicos, o requerente demanda o reconhecimento da inconstitucionalidade da expressão “utilização gratuita”, presente no referido art. 12, §1º da Constituição catarinense.

Era o que se tinha a rememorar.

Parece-me que a controvérsia constitucional em questão orbita ao redor da interpretação do princípio da separação de poderes, inscrito no art. 2º da CRFB/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A compreensão da autonomia de cada um destes poderes deve se dar a partir de uma definição constitucionalmente adequada da natureza de suas funções e da extensão de suas competências.

Se não resta dúvidas de que, em um Estado federal, os estados membros são dotados de um poder de auto-organização, é também certo que o poder constituinte exercido em nível estadual deriva do poder constituinte originário, estando, portanto, por ele limitado. É o que se extrai do art. 25 da CRFB/88: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Na lição de Raul Machado Horta:

“A Constituição de 1988 adota a técnica da autonomia controlada, sem incorrer nos excessos centralizadores da Constituição de 1967. O artigo 25 do novo texto subordina o poder de organização constitucional dos Estados aos “princípios desta Constituição”, reiterando regra comum às Constituições Federais, a partir do texto clássico de 1891. (...) Com a promulgação da Constituição de 1988, abriu-se a fase da elaboração das Constituições dos Estados, em atividade sucessiva do Poder constituinte estadual. E o que prevê a nova Constituição, no artigo 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conferindo poderes constituintes às Assembléias Legislativas, para exercerem o poder de organização constitucional, elaborando a Constituição do Estado, observados os princípios da Constituição Federal, como recorda a parte final do referido artigo. A fonte jurídica do Poder Constituinte do Estado reside na Constituição Federal e essa filiação caracteriza a natureza derivada desse Poder, que é, ao mesmo tempo, poder originário em relação à Constituição do Estado, e poder derivado em relação à Constituição Federal, cujos princípios deverá obedecer” (HORTA, Raul Machado. *A Constituição Federal e o Poder Constituinte do Estado*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 32, p. 15-30, 1989).

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal se consolidou no sentido de considerar que o princípio da separação de poderes compõe o conteúdo fundamental desta limitação ao poder constituinte derivado dos estados-membros. Em outras palavras, há um princípio de simetria que obriga o constituinte estadual a respeitar os parâmetros imanentes à separação de poderes desenhada na Constituição Federal. Em seu voto no julgamento da medida cautelar na ADI 1.905, o e. Ministro Sepúlveda Pertence deixou assentado que:

“A “separação dos Poderes” (CF, art. 60, §4º, III), “independentes e harmônicos entre si” (art. 2º) é princípio fundamental da República e cláusula intangível na Constituição, que – tal como nela positivamente delineado – se impõe à observância de Estados-membros (cf., v.g., ADIN 98, MT, DI 31.10.97 e ADIn 165, DJ 26.9.97, ambas de 7.8.97, Pertence).

Segue-se que os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes os “freios e contrapesos” admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República” (ADI-MC 1.905, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 5-11-2004).

Também a doutrina caminhou na direção de reconhecer a relação entre a separação de poderes e a limitação ao constituinte estadual:

“O princípio da simetria tem servido, sobretudo, de fundamento para que se declarem inválidas leis estaduais que resultam de projeto apresentado sem observância do sistema federal de reserva de iniciativa. São diversos os casos de declaração de inconstitucionalidade de diplomas normativos locais por vício dessa ordem. Se a Constituição do Estado não pode dispensar a observância das regras de reserva de iniciativa dispostas no plano federal, com maior razão não será válida a lei estadual que concretize o procedimento censurável.

A imposição da simetria por vezes é consequência de norma explícita do texto da Constituição Federal, como se nota no seu art. 75, que impõe o desenho normativo do Tribunal de Contas da União às Cortes congêneres estaduais.

A exuberância de casos em que o princípio da separação de Poderes cerceia toda a criatividade do constituinte estadual, levou a que se falasse num princípio da simetria, para designar a obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019).

Estabelecidos estes pressupostos, pode-se agora inquirir a validade do art. 12, §1º da Constituição do estado de Santa Catarina.

A formulação do supracitado dispositivo elege um desenho institucional da separação entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo que exorbita, naquilo que se refere à gestão dos bens públicos, as opções assumidas pela Constituição Federal. Há duas importantes evidências textuais que sustentam esta hipótese.

“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:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e **alienações serão contratados mediante processo de licitação pública** que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

XVII - aprovar, previamente, a **alienação ou concessão** de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares” (**grifos nossos**).

A leitura dos arts. 37, XXI, e 49, XVII, da CRFB/88 indica as hipóteses em que a alienação de bens públicos pressupõe reserva legal e depende da concorrência da vontade do Poder Legislativo. Se, via de regra, “a alienação de bens públicos só pode ter lugar nos termos e forma legalmente previstos” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed São Paulo: Malheiros, 2016, p. 940), a Constituição Federal estabelece, *a contrário*, um espaço para a Administração Pública exercer a gestão dos bens públicos independentemente dos demais poderes republicanos.

Dentre os atos de gestão, incluem-se aqueles que importam simples utilização dos bens públicos, como os usos ditos especiais ou extraordinários. Estes casos envolvem necessidades específicas de utilização que implicam certa sobrecarga ou transtorno, mas não envolvem formas de alienação. A doutrina administrativa especifica um rol de respostas que variam da autorização de uso à concessão, passando pela licença, pela permissão e pela cessão.

O sintagma “utilização gratuita”, empregado no parágrafo 1º do art. 12 da Constituição do Estado de Santa Catarina, termina por submeter estes e outros atos de gestão típicos da Administração Pública à autorização prévia do Poder Legislativo. Neste sentido, uma parte das competências do Poder Executivo é usurpada, diminuindo-se drasticamente não apenas seu campo de ação, mas também sua possibilidade de planejamento.

Diversas políticas públicas que dependam da gestão estratégica e dos usos céleres dos bens públicos acabam sendo obstaculizadas pela Constituição catarinense, porque exigem o trâmite regular do processo legislativo. Este não é o desenho institucional albergado pela Constituição Federal.

O resultado da norma questionada na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade é uma excessiva diminuição dos poderes constitucionalmente atribuídos ao Poder Executivo, violando a relação harmônica entre os poderes inscrita como princípio no art. 2º da CRFB/88. Ante o exposto, e pedindo vênias à e. Ministra Cármen Lúcia, julgo procedente a ação para declarar inconstitucional a expressão “ou utilização gratuita” do art. 12, §1º da Constituição do Estado de Santa Catarina.

É como voto.

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.594 SANTA CATARINA**

### **VOTO-VISTA**

#### **O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

#### **BREVE HISTÓRICO DO CASO**

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador de Santa Catarina, com pedido de medida cautelar, em face do art. 12, § 1º, da Constituição de Santa Catarina, que estabelece de autorização legislativa para a utilização gratuita de bens imóveis do Estado a obrigatoriedade.

Vejam os o teor do dispositivo questionado:

*“Art. 12. São bens do Estado:*

*(...)*

*§ 1º. A doação ou utilização gratuita de bens imóveis depende de prévia autorização legislativa.”*

O requerente alega que o termo “utilização gratuita” afrontaria os arts. 2º, 22, XXVII, e 37, XXI, da Constituição Federal, afirmando, em suma, que,

“[p]or deixar de considerar as diversas possibilidades administrativas à disposição do Executivo para bem gerir o patrimônio imóvel do Estado, muitas delas direcionadas à transferência para outros entes públicos, talvez por simples empréstimo temporário, ou por poucos dias, no interesse público é claro, impõe o Art. 12, § 1º da Constituição do Estado de Santa Catarina injustificável interferência do Poder Legislativo em questões meramente administrativas”.

Em sessão virtual realizada no período de 12 a 19 de junho de 2020, a **Ministra Cármen Lúcia** (Relatora) proferiu voto em **que julgou improcedente** o pedido, ao fundamento de que o constituinte estadual teria atuado nos limites de sua competência, bem como respeitado o princípio da separação dos poderes, implementando o compartilhamento de responsabilidades entre os Poderes Legislativo e Executivo na administração dos bens públicos. Ademais, afirmou que a norma estaria de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Acompanharam a Relatora os Ministros **Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Roberto Barroso e Alexandre de Moraes**.

O Ministro **Edson Fachin**, por sua vez, apresentou entendimento diverso, **votando pela procedência do pedido**, de modo a declarar-se a inconstitucionalidade da expressão “ou utilização gratuita” do art. 12, § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina. Sobre o princípio da separação dos poderes, o Ministro destacou que o entendimento acerca da autonomia de cada Poder se dá a partir da definição de suas funções e da extensão de suas competências, o que deve ser observado pelos Estados-membros no exercício do poder constituinte derivado. Nesse sentido, argumentou que o dispositivo questionado violaria o princípio da simetria, uma vez que teria exorbitado as exigências de reserva legal para alienação de bens públicos previstas na Constituição Federal, interferindo em atos de gestão típicos da Administração Pública. Assim sendo, considerou contrariado o art. 2º da Constituição Federal.

Acompanharam o voto divergente o Ministro **Gilmar Mendes** e a Ministra **Rosa Weber**.

Pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão.



## 2. MÉRITO

Verifico que a controvérsia consiste na aferição da constitucionalidade do art. 12, § 2º, da Constituição de Santa Catarina, o qual prevê a exigência de autorização legislativa para a utilização gratuita de bens imóveis do estado.

Peço vênia para **acompanhar a eminente Relatora quanto à constitucionalidade do dispositivo.**

O requerente tem por violados os dispositivos constitucionais que versam sobre o princípio da separação de poderes (art. 2º), bem como sobre a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XXVII) e a sua obrigatoriedade para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 37, XXI). Vejamos:

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

(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

(...)

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:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

De fato, é expressa a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação.

Não obstante, no caso presente, o dispositivo impugnado não está a tratar de regras para a realização de certames licitatórios ou celebração de contratos administrativos, mas sim da necessidade de autorização da Assembleia Legislativa de Santa Catarina para que o Poder Executivo possa disponibilizar, a um terceiro, gratuitamente, um imóvel pertencente ao Estado. Perceba-se que o art. 12, § 2º, da Constituição de Santa Catarina não dispõe sobre o critério de seleção ou

competitividade para a disponibilização gratuita do imóvel, senão sobre uma condição para que a manifestação de vontade do Estado se aperfeiçoe.

A Constituição Federal, forte no princípio federativo, consagrou a autonomia dos entes federados, conforme estabelece o art. 18:

*“Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”*

Tal autonomia consubstancia-se na capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração concedida aos entes da Federação pelo texto constitucional. No caso dos estados-membros, trata-se da competência para elaborar as próprias Constituições, da presença dos Poderes constituídos em nível estadual e da capacidade de exercer faculdades legislativas, administrativas e tributárias de cunho regional.

Por óbvio, trata-se de competências a serem exercidas nos limites delineados pela Constituição da República, cujos princípios devem ser observados pelo constituinte derivado, conforme determina o art. 25, caput, da Carta de 1988. Nesse sentido, impõe o princípio da simetria que haja paralelismo entre a disciplina atribuída aos estados-membros e as disposições constitucionais aplicáveis à União, quando existentes.

No que se refere ao caso presente, é de se verificar que **a Constituição Federal não prevê regra de competência legislativa nem disciplina diretamente a matéria de administração de bens públicos, ou mais especificamente, da utilização gratuita desses bens, tornando aplicável, dessa forma, a regra do art. 25, § 1º, da Constituição Federal, que reserva aos estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição.**

Conforme leciona José Afonso da Silva:

“[a] Constituição manteve a técnica tradicional, que vem do Direito Constitucional americano, de enumerar os poderes (competências) da União, cabendo aos Estados os poderes reservados, isto é: os poderes remanescentes. A expressão poderes (ou competências) reservados é adequada à Federação americana, porque lá foram os Estados independentes que se uniram para a formação do Estado federal, abrindo mão de poderes soberanos, reservando, no entanto, o quanto entenderam satisfatório à sua existência autônoma. No Brasil não foi assim. Ao contrário, o Estado unitário descentralizou-se em Unidades federadas autônomas, enumerando para o governo central (federal) os poderes que se entenderam convenientes, deixando o resto, a sobra (isto é: o que remanesce da enumeração dos poderes da União e da indicação dos poderes municipais), para os Estados. Por isso, para o sistema federativo brasileiro, a expressão poderes (ou competências) remanescentes é mais indicada do que poderes (ou competências) reservados. Mas esta foi a terminologia adotada pela Constituição, no seu art. 25, § 1º, que dispõe: São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”<sup>11</sup>

11DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores. 32ª Ed., 2009, p. 618.



Com a vênua da divergência iniciada pelo eminente Ministro **Edson Fachin**, **entendo não ser o caso de se suscitar o princípio da simetria para a análise do dispositivo impugnado, tendo em vista estarmos a tratar de regra para a qual não há disciplina no âmbito da Constituição Federal, inexistindo, ademais, princípios constitucionais que importem na ilegitimidade da norma questionada.**

No mesmo sentido, decidiu este Tribunal, em caso análogo, no qual se deliberou acerca da constitucionalidade de dispositivo da Constituição de Mato Grosso que aplicou ao governador e ao vice-governador as proibições e os impedimentos estabelecidos para os deputados estaduais, embora não houvesse regra equivalente na Constituição Federal quanto ao presidente e ao vice-presidente da República. Na ocasião, o Relator, Ministro **Gilmar Mendes**, ponderou que “a determinação de observância dos princípios constitucionais não significa que cabe ao constituinte estadual apenas copiar as normas federais”, concluindo pela inexistência de contrariedade ao princípio da simetria, no que foi acompanhado, por unanimidade, pelos demais membros do Plenário.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 65 da Constituição do estado de Mato Grosso. 3. Aplicação das proibições e impedimentos estabelecidos a deputados estaduais ao vice-governador. 4. Inexistência de ofensa ao princípio da simetria. 5. **A observância da simetria não significa que cabe ao constituinte estadual apenas copiar as normas federais.** 6. Ação direta julgada improcedente” (ADI nº 253/MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 17/06/15).

A propósito, a existência da Lei Federal nº 9.636, de 15 de maio de 1988, a versar sobre a administração de bens imóveis da União, não tem o condão de obstar a competência dos estados-membros para dispor de forma plena sobre a gestão dos respectivos imóveis, considerando a ausência de regra constitucional que apoie esse entendimento.

Filho-me, portanto, ao fundamento manifesto pela Ministra Relatora de que **o constituinte derivado de Santa Catarina atuou nos limites da competência dos estados-membros para se auto-organizarem.**

**Tampouco vislumbro contrariedade ao princípio da separação dos poderes.**

Embora independentes, os Poderes constituídos também devem se harmônicos, como preceitua o art. 2º da Constituição. No ponto, cabe registrar o entendimento de que

“nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento

do outro e especialmente dos governados”.<sup>12</sup>

Em que pese o dispositivo questionado tenha disciplinado a autorização para utilização de bens imóveis a título gratuito, é certo que **a avença cria um ônus para o Estado, que arcará com a indisponibilidade do imóvel, com a ausência de retribuição, bem como com a depreciação do mesmo pelo uso de terceiros.** Assim sendo, como bem apontado pela Advocacia-Geral da União, “o Estado está, indiscutivelmente, abdicando de receitas pela disposição de seu patrimônio”.

Assim sendo, não se mostra invasiva a regra que prevê o compartilhamento de competências entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo para que seja autorizada a utilização gratuita de um imóvel público, considerando o potencial prejuízo a ser experimentado pelo Estado que cede o bem sem qualquer contrapartida, ainda que temporariamente.

No julgamento da ADI nº 331/PB, este Plenário decidiu em sentido semelhante ao concluir, por unanimidade, pela constitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado da Paraíba que concedia à Assembleia Legislativa a competência para autorizar e resolver definitivamente sobre empréstimo, acordos e convênios que acarretassem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual. Constou do voto do Relator, também o Ministro **Gilmar Mendes**, o seguinte:

“O requerente afirma que a inovação estadual traduz embaraço na continuidade da administração.

Ao proferir voto por ocasião do julgamento da medida cautelar, o Ministro Octavio Gallotti bem ressaltou que, na hipótese dos autos, cuida-se apenas daqueles acordos ou convênios capazes de acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual. Nesse sentido, não parece irrazoável que o constituinte estadual procure conferir maior controle dessas operações à Assembleia Legislativa.

Tampouco, significa violação à separação dos poderes o fato de os acordos ou convênios que podem gerar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual poderem ser submetidos à autorização do legislativo local. Com efeito, o **fortalecimento do controle desses atos implica prestigiar os mecanismos de checks and balances, não a invasão de competências.**”

Transcrevo a ementa do julgado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Inciso XXII do art. 54 da Constituição do Estado da Paraíba. Competência privativa da Assembleia Legislativa para autorizar e resolver definitivamente acordos e convênios. Alegada ofensa ao princípio da simetria. **Acordos ou convênios que podem gerar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual podem ser submetidos à autorização do legislativo local, sem violar o princípio da separação dos poderes.** Ação direta julgada improcedente” (ADI nº 331/PB, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 2/5/14).

12 DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 110.

Registre-se que a norma combatida não está isolada no ordenamento jurídico brasileiro, havendo diversas constituições estaduais que replicam seu teor, a exemplo da Constituição de Sergipe, da Constituição do Acre, da Constituição do Piauí, da Constituição de Mato Grosso, da Constituição do Paraná e da Lei Orgânica do Distrito Federal.

Desta feita, considero que o legislador constituinte de Santa Catarina não contrariou o princípio da separação de Poderes; ao contrário, estabeleceu mecanismo de freios e contrapesos que, em última instância, importa em controle e racionalização do uso do patrimônio estadual e diz com o caráter harmônico que deve ditar as relações entre Executivo e Legislativo.

### 3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, **voto pela improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade.**

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.003.758 RONDÔNIA

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

### **ACÓRDÃO**

**RECTE. (S)** GLOBAL VILLAGE TELECOM - GVT

**ADV.(A/S):** SACHA CALMON NAVARRO COELHO

**RECDO. (A/S) :** ESTADO DE RONDÔNIA

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

**INTDO. (A/S):** SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)

**ADV.(A/S):** CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS

**INTDO. (A/S):** ESTADOS DA FEDERAÇÃO E DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**INTDO. (A/S): LIGHT SERVICOS DE ELETRICIDADE S/A**

**ADV. (A/S): EDUARDO MANEIRA**

**ADV. (A/S): DONOVAN MAZZA LESSA**

**INTDO. (A/S): ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA - ABRADDEE**

**ADV. (A/S): LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA**

EMENTA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO. COMPENSAÇÃO DO TRIBUTO PELA EMPRESA PRESTADORA DO SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. Recurso Extraordinário em que se debate a possibilidade de compensação do ICMS recolhido sobre prestações de serviço de telecomunicação, cujos valores não foram vertidos à empresa prestadora (contribuinte de direito) em razão da inadimplência do usuário (contribuinte de fato).

2. Relativamente aos encargos tributários suportados pelas empresas em face da inadimplência do consumidor final, esta SUPREMA CORTE já fixou tese, sob a sistemática da repercussão geral, no julgamento do RE 586.482-RG (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tema 87), no sentido de que: *As vendas inadimplidas não podem ser excluídas da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, visto que integram a receita da pessoa jurídica.* .

3. Embora o precedente verse sobre tributo distinto (PIS/COFINS),

com base de cálculo diversa (receita bruta das empresas), o raciocínio desenvolvido por esta SUPREMA CORTE no referido julgado, no sentido de que as vendas inadimplidas não podem ser excluídas da base de cálculo do tributo, aplica-se igualmente ao presente caso, tendo em vista que a inadimplência do consumidor final não obsta a ocorrência do fato gerador do tributo, por se tratar de evento posterior e alheio ao fato gerador do imposto.

4. Conforme previsto no inciso III do art. 2º da Lei Complementar 87/96, o ICMS-comunicação incide sobre a prestação onerosa de serviços de comunicação (por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza);

assim, uma vez prestado o serviço ao consumidor, de forma onerosa, incidirá necessariamente o imposto, independentemente de a empresa ter efetivamente auferido receita com a prestação do serviço.

5. O que efetivamente pretende a recorrente é - a pretexto de fazer valer os princípios da não-cumulatividade, da capacidade contributiva e vedação ao confisco - repassar ao Erário os riscos próprios de sua atividade econômica, face a eventual inadimplemento de seus consumidores/usuários, o que não possui qualquer respaldo constitucional, sendo, portanto, absolutamente inadmissível acolher tal pretensão.

6. Por outro lado, se atendesse esta pretensão, a SUPREMA CORTE estaria atuando como legislador positivo, modificando as normas tributárias inerentes ao ICMS para instituir benefício fiscal em favor dos contribuintes, o que ensejaria violação também ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da Carta Magna)

7. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Tema 705, fixada a seguinte tese de repercussão geral: “A inadimplência do usuário não afasta a incidência ou a exigibilidade do ICMS sobre serviços de telecomunicações”.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a certidão de julgamento, por maioria, apreciando o tema 705 da repercussão geral, acordam em negar provimento ao recurso extraordinário e em fixar a seguinte tese: “A inadimplência do usuário não afasta a incidência ou a exigibilidade do ICMS sobre serviços de telecomunicações”, nos termos do voto do Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros MARCO AURÉLIO (Relator) e EDSON FACHIN. Falaram: pelo recorrente, o Dr. André Mendes Moreira; pelo recorrido, o Dr. Eder Luiz Guarnieri, Procurador do Estado de Rondônia; pelo Estado de São Paulo, o Dr. Leonardo Cocchieri Leite Chaves; pela interessada Light Serviços de Eletricidade S/A, o Dr. Eduardo Maneira; pelo interessado Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal (SINDITELEBRASIL), o Dr. Alexandre Pacheco Bastos; e, pela interessada Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica - ABRADÉE, o Dr. Giuseppe Pecorari Melotti

Brasília, 17 de maio de 2021.

Ministro **ALEXANDRE DE MORAES**

Redator para o Acórdão

**A C Ó R D Ã O**

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.003.758 RONDÔNIA**

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

**ACÓRDÃO**

**RECTE. (S)** GLOBAL VILLAGE TELECOM - GVT

**ADV.(A/S):** SACHA CALMON NAVARRO COELHO

**RECDO. (A/S) :** ESTADO DE RONDÔNIA

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

**INTDO. (A/S):** SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)

**ADV.(A/S):** CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS

**INTDO. (A/S):** ESTADOS DA FEDERAÇÃO E DISTRITO FEDERAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

**INTDO. (A/S): LIGHT SERVICOS DE ELETRICIDADE S/A**

**ADV. (A/S): EDUARDO MANEIRA**

**ADV. (A/S): DONOVAN MAZZA LESSA**

**INTDO. (A/S): ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA - ABRADDEE**

**ADV. (A/S): LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA**

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Tiago do Vale:

Global Village Telecom Ltda. busca ver reformado acórdão mediante o qual a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, apreciando recurso ordinário em mandado de segurança, assentou inexistir direito de compensar valores recolhidos a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS consideradas prestações de serviço de comunicação em relação às quais houve inadimplência do usuário. O Colegiado destacou ser firme a jurisprudência no sentido de inexistir relação entre a falta de pagamento e a ocorrência do fato gerador, exigido o imposto em virtude de serviço realizado, a revelar ilícita a pretensão do contribuinte de repassar ao Fisco ônus decorrente de inadimplemento. Considerou a circunstância de os serviços terem sido efetuados de modo oneroso, característica não modificada ante o descumprimento da contrapartida, sendo possível cobrança na via própria. Eis a síntese do pronunciamento:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO. INCIDÊNCIA. EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO.

1. A inadimplência do usuário não afasta a incidência ou a exigibilidade do ICMS sobre serviços de telecomunicações. Precedentes do STJ.

2. Agravo Regimental não provido.

Embargos declaratórios foram desprovidos.

No recurso extraordinário, interposto com alegada base na alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, a recorrente aponta ofensa aos artigos 5º, inciso LV, 93, inciso IX, 145, § 1º, 150, § 4º, e 155, § 2º, inciso I, da Lei Maior. Afirma que a negativa do direito à compensação do imposto revela contrariedade ao princípio da não cumulatividade. Diz da inviabilidade de transferência, ao contribuinte de



fato, usuário do serviço, do ônus tributário em caso de inadimplência, a tornar cumulativo o imposto, ante oneração da empresa e da cadeia produtiva.

Articula com inobservância ao princípio da capacidade contributiva. Argumenta que a empresa acaba suportando encargo financeiro que deveria recair sobre o consumidor final, porquanto detentor da capacidade de contribuir, manifestada pelo consumo, fato gerador do tributo. Remetendo a parecer do professor Humberto Ávila, assinala perder o ICMS a característica de “imposto sobre o consumo” quando vedada a restituição do que recolhido em situação de impossibilidade de repasse. Sublinha resultar em “estrangulamento do contribuinte” a tributação, se não auferida receita em decorrência da prestação de serviço, verificando-se enriquecimento sem causa da Fazenda Pública estadual e menosprezo do princípio da vedação ao confisco.

O Estado de Rondônia, em contrarrazões, ressalta o envolvimento de matéria fática e legal. No mérito, aponta o acerto do acórdão.

*Inadmitido* agravo na origem, Vossa Excelência, por meio de retratação, proveu-o, determinando o processamento do recurso extraordinário.

O Supremo, em 7 de março de 2014, reconheceu a repercussão maior da questão, em acórdão assim resumido: IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – TELECOMUNICAÇÕES – INADIMPLÊNCIA ABSOLUTA DOS USUÁRIOS – DIREITO AO CRÉDITO – PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa ao direito do contribuinte de aproveitar valores pagos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, para abatimento do tributo devido quanto a operações subsequentes, alusivos a prestações de serviço de comunicação, quando ocorrida inadimplência absoluta dos respectivos usuários.

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo desprovimento do recurso:

CONSTITUCIONAL. ICMS-COMUNICAÇÃO. VENDAS INTEGRALMENTE INADIMPLIDAS. NÃO CUMULATIVIDADE. REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA. ENCARGO. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. EFEITO CONFISCATÓRIO.

1 – A tributação do ICMS-comunicação não é elidida em razão do inadimplemento contratual absoluto do usuário, à conta de que a relação entre o fisco e o contribuinte de direito não pode ser afetada pela frustração do negócio jurídico de base.

2 – A sistemática da não cumulatividade não tem o condão de impedir o reconhecimento do fato gerador e dos efeitos próprios da relação jurídico-tributária, tampouco servir de salvo-conduto ao empreendimento interessado, livrando-o de imputações tributárias sem robustas comprovações dos aludidos inadimplementos e evidente impossibilidade de cobrança dos débitos.

3- Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.

Foram admitidos, como terceiros, o Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal

– Sinditebrasil, os Estados da Federação, o Distrito Federal, a Light Serviços de Eletricidade S.A. e a Associação de Distribuidores de Energia Elétrica – Abradee.

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.003.758 RONDÔNIA

### V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – TELECOMUNICAÇÕES – INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO – DIREITO AO CRÉDITO – PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE – OBSERVÂNCIA. É direito do contribuinte aproveitar valores recolhidos a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, em relação a operações alusivas à prestação de serviço de comunicação, quando ocorrida inadimplência do usuário.

Os pressupostos de recorribilidade foram atendidos. O recurso, subscrito por advogados credenciados, foi protocolado no prazo legal.

Não vinga o articulado, pelo Estado de Rondônia, no tocante à necessidade de reexame fático e violência reflexa ao texto constitucional. A controvérsia é de direito, considerado o figurino constitucional do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS. A constitucionalidade e a repercussão maior foram assentadas em sessão do Plenário Virtual, reconhecendo-se a existência de tema a ser apreciado pelo Supremo.

Cumpra definir se há, ou não, o direito ao aproveitamento de valores pagos a título de ICMS, para abatimento do tributo devido nas operações subseqüentes, considerada prestação de serviço de comunicação, quando ocorrida inadimplência do usuário.

No julgamento, sob o ângulo da repercussão geral, do recurso extraordinário nº 586.482, relator ministro Dias Toffoli, com acórdão veiculado no Diário da Justiça eletrônico de 19 de junho de 2012, em que discutida a exigibilidade do PIS e da Cofins em relação a vendas a prazo não pagas, fiz ver a inexistência de capacidade contributiva efetiva em situação de inadimplemento:

Analisando a espécie, cita o saudoso Alfredo Augusto Becker, que ressaltou que os fatos signos presuntivos de riqueza não se referem à simples potencialidade de entrada do valor para fundamentar a capacidade contributiva, mas a possibilidade de o sujeito passivo da obrigação tributária poder recolher ou não o tributo no momento do pagamento, porque sua riqueza teria sofrido alguma alteração.

Que alteração, se não houve o aporte, se o valor das mercadorias alienadas ou do serviço não teve ingresso nos cofres da empresa? Será que se justifica, até mesmo sob o ângulo do justo ou injusto, alguém que já está a arcar com o prejuízo decorrente do não recebimento do valor da mercadoria ou do serviço, considerado o negócio jurídico, ainda ter que recolher o tributo que a norma reclama alusivo a receitas auferidas e, portanto, que tiveram ingresso no cofre do contribuinte? A meu ver, não, Presidente.

[...]

Então, aponta que, se assim não se entender, ficará mitigado o princípio constitucional da capacidade contributiva, e que, mesmo que o contribuinte tenha a possibilidade de receber o referido valor em atraso, a sua situação econômica e financeira naquele mês base, cujo valor da venda não adentrou no respectivo caixa, retratará uma capacidade contributiva dissonante da realidade.

Por último, temos obra escrita a três mãos, Alexandre Wald, Alexandre Nishioka e Allan Moraes, no mesmo sentido.

Presidente, não posso fechar os olhos, em primeiro lugar, à capacidade contributiva, que não se faz presente, quando o sujeito passivo do tributo não tem um ganho, não tem um aporte em termos de riqueza. Em segundo lugar, à letra expressa, na alteração legislativa – porque, antes, não havia a explicitação, simples explicitação –, dos preceitos que regem esses tributos no que contém aludido, repito, e em bom português, a receitas auferidas.

Peço vênua, Presidente, ao relator e aos colegas que o acompanharam – e digo que não estou sendo incoerente, considerados os trechos de minha autoria citados no voto de Sua Excelência o Ministro Dias Toffoli, porque as matérias são diversas e não há precedente específico sobre o tema –, para divergir e prover o recurso interposto, entendendo, portanto – e, às vezes, é difícil dizer o óbvio –, que receita auferida é receita auferida, é receita que teve ingresso na contabilidade do contribuinte, na contabilidade do sujeito passivo do tributo. Fora isso é dizer: que belo sócio é o Poder Público, é o Estado gênero!

Se não há a contraprestação por parte do usuário, inexistente riqueza a ensejar a tributação, surgindo, para a operadora de telefonia, o direito ao creditamento dos valores recolhidos sobre a operação.

Há mais: em jogo o ICMS, há de observar-se o princípio da não cumulatividade. Eis o que exteriorizei na apreciação da repercussão geral:

[...]

Embora haja similitude no tocante à questão das vendas inadimplidas, não se deliberou, no aludido paradigma, acerca de eventual violação ao princípio da não cumulatividade haja vista a natureza própria das mencionadas contribuições. Quanto ao imposto estadual, a controvérsia requer a consideração do aludido princípio, ante a condição que ostenta de “imposto sobre o consumo”. Envolve saber se a inadimplência é irrelevante, sob o aspecto jurídico-tributário, mesmo se resultar na oneração do comerciante em vez do consumidor final, como deve ser sempre em se tratando de tributo não cumulativo.

[...].

O artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, visando assegurar a neutralidade da cadeia de produção, estabelece regime não cumulativo considerado o imposto:

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

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I – ser não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

[...]

A sistemática revela impacto do tributo na ponta final do processo de circulação de mercadorias ou prestação de serviços.

Se a prestadora de serviço de telefonia – contribuinte de direito – não recebe a contraprestação devida pelo usuário – contribuinte de fato –, é inviabilizado o repasse do ônus tributário, surgindo o direito ao creditamento em relação aos valores de ICMS recolhidos, porquanto não aperfeiçoado o negócio jurídico.

Eis a pedra de toque. A concretização da hipótese de incidência do tributo pressupõe o adimplemento do que pactuado, com a satisfação do pagamento a título de contraprestação pela entrega de mercadoria ou prestação de serviço.

Ausente a remuneração, não há falar-se em realização do negócio, tampouco de fato gerador.

Rompe-se a organicidade do Direito. Inexistente preço pago, como determinar ao comerciante que desembolse, por conta própria, imposto sobre a circulação de mercadoria? A conta não fecha.

É impróprio atuar contra a funcionalidade sistêmica da não cumulatividade, sob pena de impor-se ao prestador de serviço duplo prejuízo: não recebe o valor e ainda tem de recolher o tributo.

No mais, observo que o Supremo, quando do julgamento do recurso extraordinário 240.785, de minha relatoria, acórdão veiculado no Diário de Justiça de 16 de dezembro de 2014, e, posteriormente, no recurso extraordinário 574.706, relatora ministra Cármen Lúcia, examinado sob o ângulo da repercussão geral, acórdão publicado no Diário de Justiça de 2 de outubro de 2017, ao proclamar a não inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins, assentou a impossibilidade de ter-se o cômputo do imposto na materialidade das contribuições, no que a quantia apenas transita na contabilidade da empresa, sendo repassada aos Estados e Distrito Federal. Em ambas as oportunidades exteriorizei:

Descabe assentar que os contribuintes da Cofins faturam, em si, o ICMS. O valor deste revela, isto sim, um desembolso a beneficiar a entidade de direito público que tem a competência para cobrá-lo. [...] Difícil é conceber a existência de tributo sem que se tenha uma vantagem, ainda que mediata, para o contribuinte, o que se dirá quanto a um ônus, como é o ônus fiscal atinente ao ICMS. [...] Se alguém fatura ICMS, esse alguém é o Estado e não o vendedor da mercadoria.

Ora, a razão de decidir de tais pronunciamentos revela raciocínio linear, confirmando o acima aludido, no que o ICMS recolhido pelo contribuinte de direito advém do pagamento realizado pelo contribuinte de fato – consumidor.

Cumpra observar a razoabilidade, presumindo-se que o texto constitucional se mostre fiel, considerados institutos, expressões e vocábulos, ao sentido próprio que possuem, levando em conta o assentado na doutrina e na jurisprudência.

Tem-se imposto a incidir sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços, e não considerado o patrimônio da empresa. Observado o sentido técnico dos vocábulos, a materialidade do ICMS direciona à prestação onerosa do serviço, a ser remunerado pelo usuário.

Não cabe desprezar a bilateralidade inerente às relações comerciais, a partir da ideia do risco da atividade empresarial, a resultar em oblíqua e extravagante licença para entes políticos tributarem à margem da Constituição Federal.

Provejo o recurso extraordinário para, reformando o acórdão recorrido, deferir a ordem.

Eis a tese: “É direito do contribuinte aproveitar valores recolhidos a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, em relação a operações alusivas à prestação de serviço de comunicação, quando ocorrida inadimplência do usuário.”

## **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.003.758 RONDÔNIA**

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

**REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. ALEXANDRE DE MORAES**

### **ACÓRDÃO**

**RECTE. (S) GLOBAL VILLAGE TELECOM - GVT**

**ADV.(A/S): SACHA CALMON NAVARRO COELHO**

**RECDO. (A/S): ESTADO DE RONDÔNIA**

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

**INTDO. (A/S): SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DE SERVIÇO MÓVEL CELULAR E PESSOAL (SINDITELEBRASIL)**

**ADV.(A/S): CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS**

**INTDO. (A/S): ESTADOS DA FEDERAÇÃO E DISTRITO FEDERAL**

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

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

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

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

**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO TOCANTINS  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA BAHIA  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO AMAZONAS  
**PROC. (A/S) (ES):** ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PIAUÍ  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO  
**PROC.(A/S)(ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO MARANHÃO  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ACRE  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO PARÁ  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE PERNAMBUCO  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS  
**PROC. (A/S) (ES):** PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SERGIPE  
**INTDO. (A/S):** LIGHT SERVICOS DE ELETRICIDADE S/A  
**ADV. (A/S):** EDUARDO MANEIRA  
**ADV. (A/S):** DONOVAN MAZZA LESSA  
**INTDO. (A/S):** ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DISTRIBUIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA  
- ABRADÉE  
**ADV. (A/S):** LUIZ GUSTAVO ANTONIO SILVA BICHARA

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** Sr. Presidente, temos para exame o Tema 705 da repercussão geral, assim descrito:

*“Possibilidade de compensação do ICMS incidente sobre a prestação de serviço de comunicação em relação à qual houve inadimplência absoluta do usuário. “*

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em que se debate a possibilidade de compensação do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) quando ocorre a inadimplência absoluta do consumidor de serviços de comunicação, tendo em vista o disposto nos arts. 145, § 1º; 150, § 4º e 155, § 2º, I, da Constituição Federal.

Na origem, cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por

Global Village Telecom – GVT em face do Secretário de Finanças do Estado de Rondônia, em que a impetrante requer o reconhecimento do direito à compensação do ICMS recolhido sobre prestações de serviços em relação aos quais houve inadimplência do usuário.

Narra a impetrante ser empresa autorizatária de prestação de serviços de telecomunicações (fixa e móvel) e que tal atividade se submete à incidência do ICMS-comunicação nos termos do art. 155, II, da Constituição Federal de 1988 e art. 2º, III, da Lei Complementar 87/96. Informa que muitas vezes seus clientes/usuários se tornam inadimplentes quanto às respectivas faturas de cobrança do serviço prestado, e frequentemente os contratos de prestação de serviços desses usuários são rescindidos.

Alega que, uma vez qualificada a inadimplência, surge importante reflexo tributário desfavorável à impetrante. Sustenta, em síntese, que:

“> Não ocorre o fato gerador do ICMS-comunicação por ausência do elemento onerosidade (haja vista que a inadimplência do usuário impossibilitou o aperfeiçoamento do fato gerador previsto na lei, que pressupõe a onerosidade do serviço);

> Ao mesmo tempo, o correspondente crédito tributário reveste-se de natureza confiscatória e atenta contra o princípio da capacidade contributiva, pois se cobra o tributo sem que haja a manifestação de riqueza prevista na norma jurídico-tributária;

> Fere-se a não cumulatividade tributária, pois, sendo o ICMS um tributo não-cumulativo, é direito do contribuinte de jure (impetrante) repassá-lo ao contribuinte de fato (usuário), sob pena de cumulatividade, o que torna a exação inconstitucional, deslegitimando sua exigência;

> Razões essas que resumem indevido o reconhecimento do imposto feito pela impetrante, que se investe do direito de reaver o tributo, haja vista ter assumido o encargo financeiro do imposto (art. 166 do CTN).” (fl. )5, Doc. 5



Apresenta parecer jurídico elaborado por HUMBERTO ÁVILA (fls. 37-42, Doc. 6, e fls. 1-28, Doc. 7) em resposta a consulta formulada pela impetrante e, ao final, requer a segurança para “a) declarar-se a ilegitimidade da exigência do ICMS-comunicação sobre prestações de serviços em relação as quais houve inadimplência do usuário; e b) determinar-se à Autoridade Coatora que se abstenha, pessoalmente ou por seus subordinados, de autuar a impetrante pela compensação – na forma da legislação estadual - do ICMS recolhido sobre prestações de serviço cujos valores não foram auferidos em razão de inadimplência do usuário, tanto no período anterior (últimos 5 anos) como no posterior ao ajuizamento da presente ação.” (fl. 17, Doc. 5).

O Ministério Público do Estado de Rondônia manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 63-66, Doc. 7).

A autoridade indicada como coatora prestou informações (fls. 76-80, Doc. 7, e fls. 1-2, Doc. 8) ressaltando, em suma, ausência de direito líquido e certo a ser resguardado por Mandado de Segurança; que a inadimplência do usuário dos serviços da impetrante não macula a hipótese de incidência tributária legalmente estabelecida, bem como não constitui excludente legal da tributação; eventual inadimplemento do consumidor não retira o caráter oneroso da prestação dos serviços contratados e resulta na constituição de título de crédito em favor da impetrante; a tese sustentada pela impetrante afronta a legislação tributária, à medida que propõe transferir ao Erário o insucesso da atividade empresarial no recebimento dos serviços prestados e pretende vincular os requisitos do crédito tributário a evento futuro a ser praticado pelo contribuinte de fato (adimplemento das faturas); e que a via do mandado de segurança não é própria para a defesa de teses acadêmicas que buscam subverter a ordem jurídica (Súmula 266/STF).

O Estado de Rondônia apresentou sua manifestação (fls. 6-11, Doc.

8), defendendo a ausência de direito líquido e certo da impetrante, bem como a existência de procedimento administrativo específico para restituição do valor do ICMS pago indevidamente ou a maior, previsto no art. 901 do Regulamento do ICMS do Estado de Rondônia (Decreto 8.321/98)

A Segunda Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, por unanimidade, denegou a segurança pretendida em acórdão assim ementado (fls. 16-17, Doc. 8):

“TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. SERVIÇOS DE TELEFONIA. INADIMPLÊNCIA ABSOLUTA DO CONSUMIDOR. RESCISÃO CONTRATUAL. FATO GERADOR PERFEITO E ACABADO. OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RISCOS DA ATIVIDADE ECONÔMICA. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NÃO VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DA VEDAÇÃO DE CONFISCO E O DA NÃO CUMULATIVIDADE.

O Sistema Tributário tem seus contornos fixados pela Constituição Federal, que reserva à lei complementar a definição de tributos e suas espécies, e no caso do ICMS (art. 155, inc. II), a definição do contribuinte, fato gerador e base de cálculo, cujo prospecto jurídico está, necessariamente, também ligado ao princípio da legalidade, de tal modo que as modalidades de extinção de crédito tributário e sua possibilidade de repetição (compensação) somente poderão advir de preceitos expressamente previstos em lei. Assim, é vedado ao Judiciário concretizar nova modalidade de extinção de crédito tributário quando não previsto em lei.



A inadimplência contratual de consumidor de telefonia, com a consequente rescisão contratual não enseja desconstituição do fato gerador do ICMS com a possibilidade de compensação tributária, isso porque, embora a inadimplência possa resultar no cancelamento da venda e consequente devolução da mercadoria, a chamada 'venda inadimplida', caso não seja a operação efetivamente cancelada - com efetiva restituição do produto - importa em crédito para o vendedor, como a telefonia e a energia elétrica, que são casos de prestações de serviços instantâneos, donde o serviço e/ou produto prestado não pode ser mais restituído e consequentemente cancelada e estornada a operação sem o respectivo lançamento contábil, pois, necessariamente, gerará crédito ao fornecedor. Tal circunstância não enseja violação aos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da vedação de confisco e o da não cumulatividade. Precedentes do STJ.

O inadimplemento do consumidor e o respetivo distrato negocial é elemento estranho à ocorrência do fato gerador (a ponto de desconstituí-lo), e nada interfere na obrigação tributária do responsável tributário em recolher o imposto e repassá-lo ao Estado, que não pode arcar com os custos do exercício da atividade econômica desenvolvida pela empresa. Precedentes do STJ.”

Opostos Embargos de Declaração para fins de prequestionamento (fls. 27-32, Doc. 8), foram rejeitados (fl. 35, Doc. 8).

Irresignada com a referida decisão, a impetrante apresentou Recurso Ordinário ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 41-61, Doc. 8), com fundamento no 105, II, 'b', da Constituição Federal, no qual reitera argumentos da inicial, no sentido de que não se aperfeiçoa o fato gerador do ICMS-comunicação em face da inadimplência absoluta do usuário, dada a ausência de onerosidade (requisito inerente ao fato gerador), uma vez que a empresa não obteve receita com os serviços prestados e inadimplidos.

Afirma que “A recorrente, a partir do momento em que realiza a resolução do negócio jurídico com aquele consumidor que se tornou absolutamente inadimplente (i.e., permaneceu em mora por mais de 90 dias, originando a rescisão do contrato, após a qual se seguiu a cobrança administrativa e/ou judicial, porém infrutífera, dando ensejo a desistência, pela Recorrente, de receber a aludida quantia), é capaz, portanto, de precisar em quais serviços não houve a contraprestação por parte do tomador. Em sendo possível precisar os serviços prestados em relação aos quais houve inadimplência, consequentemente torna-se evidente que o ICMS-comunicação foi indevidamente recolhido ao Fisco, tornando-se passível de devolução à Recorrente” (fl. 54, Doc. 8). Aduz que possui legitimidade para pleitear a restituição do ICMS em tais situações, em que não ocorre a transferência do ônus financeiro do ICMS ao consumidor final, conforme previsto no art. 166 do CTN e Lei 688/96 do Estado de Rondônia.

Reitera, ainda, que a cobrança do ICMS-comunicação sobre a prestação de serviços absolutamente inadimplidos enseja efeito confiscatório e afronta ao princípio da capacidade contributiva, bem como afeta a não-cumulatividade do tributo uma vez que a empresa não consegue repassar ao consumidor final o valor expendido com o imposto.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do recurso ordinário, a fim de julgar procedente os pedidos.

Em contrarrazões (fls. 5-7, Doc. 9), a Fazenda Pública do Estado de Rondônia defende que os argumentos apresentados pela recorrente já foram objeto de debate na Corte Especial, a qual se pronunciou no sentido de que o acolhimento da tese recursal implicaria a criação de nova modalidade de extinção do crédito tributário não prevista em lei, o que está fora das atribuições do Poder Judiciário.

O ilustre Ministro HERMAN BENJAMIN, do Superior Tribunal de Justiça, negou seguimento ao Recurso Ordinário, em decisão monocrática na qual assentou que “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o inadimplemento do usuário não tem relação com a ocorrência do fato gerador, pois o tributo é exigido pela prestação do serviço (art. 12, VII, da LC 87/1996), não sendo lícito ao contribuinte repassar o ônus da inadimplência de outrem ao Fisco.” (fl. 37, Doc. 9).

Interposto Agravo Regimental (fls. 44-56, Doc. 9), a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou provimento ao recurso e manteve a decisão do Ministro HERMAN BENJAMIN. A propósito, veja-se a ementa do julgado (fl. 102, Doc. 9):

“TRIBUTÁRIO. ICMS. SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO. INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO. INCIDÊNCIA. EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO.

1. A inadimplência do usuário não afasta a incidência ou a exigibilidade do ICMS sobre serviços de telecomunicações. Precedentes do STJ.
2. Agravo Regimental não provido.”

Opostos Embargos de Declaração (fls. 106-109, Doc. 9), foram rejeitados (fls. 118, Doc. 9).

No apelo extremo (fls. 128-143, Doc. 9 e fls. 1-9, Doc. 10), interposto com fundamento no art. 102, III, ‘a’, da Constituição Federal, a parte recorrente sustenta, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria e que o Tribunal de origem incorreu em negativa de prestação jurisdicional, ao deixar de apreciar as teses apresentadas pela recorrente, mesmo após opostos Embargos de Declaração, ensejando afronta direta aos artigos 5º, LV, e 93, IX, da Carta Magna. Quanto ao mérito da causa, alega ter o acórdão recorrido violado os princípios constitucionais da não-cumulatividade, da capacidade contributiva e do não-confisco, respectivamente previstos nos artigos 155, § 2º, I; 145, § 1º e 150, § 4º da Constituição Federal.

A recorrente sustenta, em síntese, ofensa ao princípio da não-cumulatividade ao argumento de que dito princípio constitucional “determina que a carga tributária seja passada adiante no ciclo econômico até alcançar o consumidor final, impedindo que a cadeia produtiva seja onerada, sendo o encargo financeiro suportado pelo consumidor – que é justamente aquele que detém capacidade contributiva manifestada pelo consumo, fato alcançado pelo ICMS.” (fl. 143, Doc. 9).

Argumenta que a inadimplência absoluta confere caráter não-oneroso ao serviço prestado; desse modo, não se discute a validade jurídica de atos do contribuinte de fato, mas a existência de elementos próprios do fato gerador do tributo, no caso a prestação de serviços a título oneroso.

Alega que, inexistindo auferimento de receita pela prestação do serviço, a cobrança do ICMS ensejaria o “estrangulamento do contribuinte” (efeito confiscatório) bem como violação ao princípio da capacidade contributiva. Cita trechos de parecer elaborado por HUMBERTO ÁVILA, em que o jurista manifesta que “Sustentar que o imposto sobre operações onerosas de prestação de serviço de comunicação também possa incidir sobre a mera prestação de serviço, sem que ela envolva a contraprestação por parte do consumidor ou a persistência do direito a ela, implica admitir que ele possa recair sobre situações que não indicativas de capacidade econômica alguma. E isso viola a dimensão objetiva do princípio da capacidade contributiva.” (fl. 4, Doc. 10)

Indica a existência de métodos de restituição ou compensação que impedem a incidência cumulativa do tributo sobre o agente econômico quando não se apresenta possível o repasse do tributo ao consumidor final em outros países (Reino Unido, Espanha e Cingapura), e conclui que “a cobrança de ICMS sobre serviços em que tenha se manifestado a inadimplência absoluta do usuário faz com que o ônus econômico do imposto seja suportado pelo empresário (prestador de serviço) e não sobre aquele sujeito que a Constituição pretendeu alcançar quando elegeu o ICMS exação que deve onerar o consumo. Tal situação confere ao imposto nítido efeito de confisco, ofendendo-se, ainda, o comando tributário basilar da capacidade contributiva e o comando específico da não-cumulatividade do ICMS, devendo a situação, pois, ser analisado por este e. Supremo Tribunal Federal, sob pena de se negar todo o desiderato constitucional do ICMS!” (fl. 7, Doc. 10).

Por fim, requer o conhecimento e provimento do Recurso Extraordinário, para reformar o acórdão recorrido e julgar procedente o pedido inicial ou, sucessivamente, seja reconhecida a negativa de prestação jurisdicional na origem, declarando-se a nulidade do acórdão recorrido e determinando-se a restituição dos autos ao Tribunal a quo, para que seja proferida nova decisão na qual se abordem as teses da parte recorrente.

O Estado de Rondônia apresentou contrarrazões ao Recurso Extraordinário (fls. 59-64, Doc. 10), em que sustenta, em preliminar, que deve ser negado seguimento ao apelo por não cumprir as determinações estabelecidas no art. 543-A, § 2º, do Código de Processo Civil; e no mérito, argumenta que incide, ao caso, o óbice da Súmula 279/STF, que veda a apreciação de fatos e provas por esta SUPREMA CORTE, bem como que eventual ofensa à Constituição Federal seria meramente reflexa ou indireta. Requer, por fim, o não conhecimento do recurso e, caso conhecido, seja-lhe negado provimento.

O Recurso Extraordinário foi inadmitido na origem, aos argumentos de que a análise do recurso demandaria, necessariamente, o exame das normas infraconstitucionais aplicáveis ao caso, de modo que eventual ofensa à Constituição Federal seria meramente reflexa (fls. 67-68, Doc. 10).

A parte recorrente apresentou Agravo ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (fls. 73-84, Doc. 10), sustentando, em síntese, ofensa direta aos princípios da não-cumulatividade do ICMS, da capacidade contributiva e do não-confisco, expressamente previstos nos art. 155, § 2º, I; 145, § 1º, e 150, § 4º, da Constituição Federal.

Foi apresentada contraminuta ao Agravo em Recurso Extraordinário pugnando pela manutenção da decisão recorrida (fls. 90-92, Doc. 10).

Inicialmente, o Recurso Extraordinário com Agravo foi desprovido pelo Ministro MARCO AURÉLIO ao argumento de que o acórdão recorrido revela interpretação de normas estritamente legais, o que não enseja acesso à CORTE SUPREMA (Doc. 11).

Interposto agravo regimental (Doc. 1), o eminente relator, Ministro MARCO AURÉLIO, reconsiderou a decisão anterior e deu provimento ao Agravo para dar sequência ao Recurso Extraordinário (Doc. 15).

Em julgamento datado de 6 de março de 2014, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria fixando o Tema 705. O acórdão foi assim ementado (fl. 1, Doc. 16):

“IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – TELECOMUNICAÇÕES – INADIMPLÊNCIA ABSOLUTA DOS USUÁRIOS – DIREITO AO CRÉDITO – PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia relativa ao direito do contribuinte de aproveitar valores pagos do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços, para abatimento do tributo devido quanto a operações subsequentes, alusivos a prestações de serviço de comunicação, quando ocorrida inadimplência absoluta dos respectivos usuários.”

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovido do Recurso Extraordinário em parecer que recebeu a seguinte ementa (fl. 1, Doc. 17):

“CONSTITUCIONAL.ICMS-COMUNICAÇÃO. VENDAS INTEGRALMENTE INADIMPLIDAS. NÃO CUMULATIVIDADE. REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA. ENCARGO. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. EFEITO CONFISCATÓRIO.

1 – A tributação do ICMS-comunicação não é elidida em razão do inadimplemento contratual absoluto do usuário, à conta de que a relação entre o fisco e o contribuinte de direito não pode ser afetada pela frustração do negócio jurídico de base.

2 – A sistemática da não cumulatividade não tem o condão de impedir o reconhecimento do fato gerador e dos efeitos próprios da relação jurídico-tributária, tampouco servir de salvo-conduto ao empreendimento interessado, livrando-o de imputações tributárias sem robustas comprovações dos aludidos inadimplementos e evidente impossibilidade de cobrança dos débitos.

3 – Parecer pelo desprovido do recurso extraordinário”

Por determinação do eminente relator, os autos, inicialmente registrados como ARE 668.974/RO, foram reautuados passando a tramitar nesta CORTE como RE 1.003.758/RO (Docs. 30 e 54).

O Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal - SINDITELEBRASIL apresentou requerimento para participar na qualidade de assistente simples (Doc. 19), o qual foi acolhido pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (Doc. 26).

Também solicitaram o ingresso, na condição de *amicus curiae*, os Estados da Federação e o Distrito Federal, em requerimento conjunto, (Doc. 28); a Light Serviços de Eletricidade S/A (Doc. 55); e a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADDEE (Doc. 81), todos devidamente admitidos pelo ilustre relator (Docs. 29, 59 e 87, respectivamente).

Iniciada a votação, o ilustre Ministro MARCO AURÉLIO, relator, apresentou seu voto pelo provimento do Recurso Extraordinário e propôs seja fixada a seguinte tese para o Tema 705 da repercussão geral:

“É direito do contribuinte aproveitar valores recolhidos a título de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços

– ICMS, em relação a operações alusivas à prestação de serviço de comunicação, quando ocorrida inadimplência do usuário.”

É o que cumpria relatar.

Senhor Presidente, temos para exame, sob a sistemática da repercussão geral, Recurso Extraordinário em que se debate a possibilidade de compensação do ICMS recolhido sobre prestações de serviço de telecomunicação cujos valores não foram auferidos pela empresa prestadora (contribuinte de direito) em razão da inadimplência do usuário (contribuinte de fato).

Inicialmente, cumpre ressaltar que não merece acolhida a preliminar invocada pela parte recorrente em relação à suposta ofensa aos artigos 5º, LV, e 93, IX, da Carta Magna, tendo em vista que o Juízo de origem não destoou do entendimento firmado por esta SUPREMA CORTE no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339).

Nessa oportunidade, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou que o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988 *“exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”*.

No caso em apreço, a fundamentação do acórdão recorrido alinha-se às diretrizes desse precedente, razão pela qual, desde logo, julgo improcedente o pedido sucessivo da parte recorrente.

Quanto ao pedido principal, foram os seguintes os dispositivos constitucionais tidos pela recorrente como violados pelo acórdão recorrido:

“Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

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)

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Da análise dos referidos dispositivos constitucionais verifica-se tratar o ICMS de imposto não-cumulativo, o qual deve observar obrigatoriamente a capacidade contributiva e o princípio da vedação ao confisco.

Com a devida vênia, entendo que o recurso não merece prosperar.

Relativamente aos encargos tributários suportados pelas empresas em face da inadimplência do consumidor final, esta SUPREMA CORTE já fixou tese, sob a sistemática da repercussão geral, no julgamento do RE 586.482-RG (Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tema 87), no sentido de que: “As vendas inadimplidas não podem ser excluídas da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, visto que integram a receita da pessoa jurídica.”

A propósito, veja-se a ementa do referido precedente paradigma:

“TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. COFINS/PIS. VENDAS INADIMPLIDAS. ASPECTO TEMPORAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. REGIME DE COMPETÊNCIA. EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE EQUIPARAÇÃO COM AS HIPÓTESES DE CANCELAMENTO DA VENDA.

1. O Sistema Tributário Nacional fixou o regime de competência como regra geral para a apuração dos resultados da empresa, e não o regime de caixa. (art. 177 da Lei nº 6.404/76).

**2. Quanto ao aspecto temporal da hipótese de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS, portanto, temos que o fato gerador da obrigação ocorre com o aperfeiçoamento do contrato de compra e venda (entrega do produto), e não com o recebimento do preço acordado. O resultado da venda, na esteira da jurisprudência da Corte, apurado segundo o regime legal de competência,**



constitui o faturamento da pessoa jurídica, compondo o aspecto material da hipótese de incidência da contribuição ao PIS e da COFINS, consistindo situação hábil ao nascimento da obrigação tributária. O inadimplemento é evento posterior que não compõe o critério material da hipótese de incidência das referidas contribuições.

3. No âmbito legislativo, não há disposição permitindo a exclusão das chamadas vendas inadimplidas da base de cálculo das contribuições em questão. As situações posteriores ao nascimento da obrigação tributária, que se constituem como excludentes do crédito tributário, contempladas na legislação do PIS e da COFINS, ocorrem apenas quando fato superveniente venha a anular o fato gerador do tributo, nunca quando o fato gerador subsista perfeito e acabado, como ocorre com as vendas inadimplidas.

4. Nas hipóteses de cancelamento da venda, a própria lei exclui da tributação valores que, por não constituírem efetivos ingressos de novas receitas para a pessoa jurídica, não são dotados de capacidade contributiva.

5. As vendas canceladas não podem ser equiparadas às vendas inadimplidas porque, diferentemente dos casos de cancelamento de vendas, em que o negócio jurídico é desfeito, extinguindo-se, assim, as obrigações do credor e do devedor, as vendas inadimplidas - a despeito de poderem resultar no cancelamento das vendas e na consequente devolução da mercadoria -, enquanto não sejam efetivamente canceladas, importam em crédito para o vendedor oponível ao comprador.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (RE 586.482-RG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 19/06/2012 – grifos nossos)

Por oportuno, cito, ainda, os seguintes trechos do Voto condutor do referido acórdão:

“O Sistema Tributário Nacional fixou o regime de competência como regra geral para a apuração dos resultados da empresa, e não o regime de caixa. Pelo primeiro, há o reconhecimento simultâneo das receitas realizadas e das despesas incorridas, como consequência natural do princípio da competência do exercício, considerando-se realizadas as receitas e incorridas as despesas no momento da transferência dos bens e da fruição dos serviços prestados, independentemente do recebimento do valor correspondente.

Vide o art. 177 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações:

[...]

Tal sistemática é corroborada pelo art. 187, § 1º, a, da citada lei, o qual dispõe que as receitas são reconhecidas quando adquiridas, independentemente do seu recebimento, **in verbis**:

“Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

(...)

§ 1º Na determinação do resultado do exercício serão computados:

as receitas e os rendimentos ganhos no período,

**independentemente da sua realização em moeda; (...)**”

Vide, também, o que pontua o art. 9º da Resolução nº 750/93, do Conselho Federal de Contabilidade, com a redação dada pela Resolução CFC nº 1.282/10:

Art. 9º O Princípio da Competência determina que os efeitos das transações e outros eventos sejam reconhecidos nos períodos a que se referem, **independentemente do recebimento ou pagamento.**



Parágrafo único. O Princípio da Competência pressupõe a simultaneidade da confrontação de receitas e de despesas correlatas.

[...]

Nessa linha, quanto ao aspecto **temporal** da hipótese de incidência da COFINS e da contribuição para o PIS, temos, portanto, que **o fato gerador da obrigação ocorre com o aperfeiçoamento do contrato de compra e venda** (entrega do produto), e não com o recebimento do preço acordado, ou seja, **com a disponibilidade jurídica da receita, que passa a compor o aspecto material da hipótese de incidência das contribuições em questão.**

No julgamento do RE nº 172.058-1/SC, Relator o Min. **Marco Aurélio**, no qual se apreciou questão relativa à incidência do imposto de renda sobre o lucro líquido distribuído aos sócios, nos termos do art. 35 da Lei nº 7.713/88, o Plenário desta Corte, abalizado pela opinião de diversos doutrinadores, sedimentou o entendimento de que a *“aquisição da disponibilidade econômica de renda consiste na percepção efetiva, pelo contribuinte, do rendimento em dinheiro (receita realizada), **ao passo que a disponibilidade jurídica consiste no direito de o contribuinte receber um crédito, mediante a existência de um título hábil para recebê-lo.**”*

Na ocasião, o Ministro **Marco Aurélio**, citando Antônio Carlos Garcia de Souza, Gilberto de Ulhôa Canto e Hian de Porto Alegre Muniz, asseverou:

*“Elucidando a ambiguidade dos conceitos de disponibilidade econômica e jurídica, definem a primeira como a revelar que ‘alguém pode, efetivamente, tomar, usar e alienar bem ou direito’, A segunda configura-se como o titular pode, embora não haja recebido fisicamente a coisa ou o direito, dele fazer uso ou tirar os proveitos resultantes do domínio, porque a lei ou o contrato lhe o permitem, mesmo sem que seja preciso ter a sua detenção material (Caderno de Pesquisas Tributárias, Volume XI)”.*

Buscando as lições de Bulhões Pereira transcritas no Caderno de Pesquisas por Gustavo Miguez de Mello, acrescenta o Ministro **Marco Aurélio** que a *“disponibilidade jurídica é a presumida por força de lei, que define como fato gerador do imposto a aquisição virtual, e não efetiva, do poder de dispor. A disponibilidade é virtual quando já ocorreram todas as condições necessárias para que se torne efetiva (página 183)”.*

[...]

Dessa forma, observo que, no caso em questão, as situações excludentes do crédito tributário contempladas na legislação do PIS e da COFINS ocorrem apenas quando fato superveniente venha a **anular** o fato gerador do tributo, nunca quando o fato gerador subsista perfeito e acabado, como ocorre com as vendas inadimplidas. Nas hipóteses acima enumeradas, a própria lei exclui da tributação valores que, por não constituírem efetivos ingressos de novas receitas para a pessoa jurídica, não são dotados de capacidade contributiva.

As vendas canceladas não podem ser equiparadas às vendas inadimplidas porque, diferentemente dos casos de cancelamento de vendas, em que o negócio jurídico é desfeito, extinguindo-se, assim, as obrigações do credor e do devedor, as vendas inadimplidas - a despeito de poderem resultar no cancelamento das vendas e na conseqüente devolução da mercadoria -, enquanto não sejam efetivamente canceladas, importam em crédito para o vendedor oponível ao comprador. Subsiste, portanto, o fato imponible, na esteira do decidido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp. nº 1.029.434/CE, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 18/6/08).

[...]

Assim, se a lei não excluiu as “vendas inadimplidas” da base de cálculo da contribuição ao PIS e da COFINS, não cabe ao intérprete fazê-lo sob alegação de isonomia, equiparando-as às vendas canceladas, por implicar hipótese de exclusão de crédito tributário, cuja interpretação deve ser restritiva, a teor do art. 111 do Código Tributário Nacional.

Se o pressuposto de fato é a aquisição da receita, perante ela, todos estão sendo tratados igualmente. A manifestação da capacidade contributiva é a mesma para todas as pessoas jurídicas, que, igualmente, devem registrar as suas receitas, de acordo com o regime em vigor, assim como as demais mutações patrimoniais, pelo regime de competência, segundo o qual, repita-se, as receitas são reconhecidas quando adquiridas, independentemente do seu recebimento (art. 187, parágrafo 1º, letra “a”, Lei nº 6.404/76).

Como também acentuou o Ministro Luiz Fux no REsp. 751.368/SC, “o posterior inadimplemento de venda a prazo não constitui condição resolutiva da hipótese de incidência das exações em tela” .

Em resumo, na hipótese vertente, o faturamento (aquisição da receita) é fato suficiente pra constituir obrigação tributária perante o Fisco, independentemente de os clientes da recorrente terem efetuado ou não o pagamento que contrataram, visto que os efeitos dos fatos efetivamente ocorridos após a configuração do fato gerador não se estendem à seara tributária. Por conseguinte, as vendas inadimplidas, que só se concretizarão em prejuízos sofridos pelo credor se, de fato, não forem recebidos os créditos, ao contrário do que pretende o recorrente, não podem ser excluídas da base de cálculo da COFINS e do PIS, uma vez que não há previsão para tanto na norma de regência da matéria. Desse modo, os danos decorrentes do inadimplemento de clientes deverão ser reparados lançando-se mão da via apropriada.” (grifos no original)

Embora o precedente verse sobre tributo distinto (PIS/COFINS), com base de cálculo diversa (receita bruta das empresas), entendo que o raciocínio desenvolvido por esta SUPREMA CORTE no referido julgado, no sentido de que **as vendas inadimplidas não podem ser excluídas da base de cálculo do tributo**, aplica-se igualmente ao presente caso, tendo em vista que a **inadimplência do consumidor final não obsta a ocorrência do fato gerador do tributo**, por se tratar de evento posterior e alheio ao fato gerador do imposto.

Conforme previsto no inciso III do art. 2º da Lei Complementar 87/96, o ICMS-comunicação incide sobre **a prestação onerosa de serviços de comunicação** (por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza); assim, uma vez prestado o serviço ao consumidor, de forma onerosa, incidirá necessariamente o imposto, independentemente de a empresa ter efetivamente auferido receita com a prestação do serviço.

Incabível o argumento da recorrente de que o inadimplemento retira o caráter oneroso da prestação, uma vez que a onerosidade é previamente estabelecida no contrato de prestação de serviços, de modo que é a prestação do serviço em si que a materializa, e não o posterior faturamento. Desse modo, eventual inadimplemento do usuário gera crédito à empresa, o qual pode ser pleiteado tanto pela via administrativa quanto pela via judicial, mantendo-se incólume a onerosidade dos serviços já prestados.

Ressalte-se a existência de duas relações jurídicas distintas e independentes entre si, regidas por normas específicas: uma entre a empresa (contribuinte de direito) e o respectivo consumidor/ usuário (contribuinte de fato) de natureza civil; e outra, de caráter estritamente tributário, entre a empresa (sujeito passivo) e o Fisco (sujeito ativo).

Desse modo, como bem destacado pelo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de

Rondônia “O inadimplemento do consumidor e o respetivo distrato negocial é elemento estranho à ocorrência do fato gerador (a ponto de desconstituí-lo), e nada interfere na obrigação tributária do responsável tributário em recolher o imposto e repassá-lo ao Estado, que não pode arcar com os custos do exercício da atividade econômica desenvolvida pela empresa.” (fl. 17, Doc. 8)

Esse era o entendimento do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, quando ainda atuava no Superior Tribunal de Justiça, conforme se denota no julgamento do RMS 17.947/SE, no qual ficou consignado que “o inadimplemento das faturas, à evidência, é elemento estranho à ocorrência do fato gerador e nada interfere na obrigação tributária da recorrente em recolher o imposto em questão e repassá-lo ao Estado, obrigação esta que decorre da lei e não pode ser confundida com o contrato de compra e venda subjacente celebrado entre ela e seus clientes, que se submete à disciplina do direito privado. Desse modo, o não pagamento das contas de energia pelos consumidores finais do serviço deverá ser resolvido em outra via, não sendo cabível ao Estado o ônus do inadimplemento.” (RMS 17.947/SE, Primeira Turma, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 4/9/2006 p. 231 - RSTJ vol. 203 p. 100).

Cabe destacar, ainda, que, diferentemente da vendas de mercadoria, a inadimplência contratual do consumidor de energia elétrica e serviços de telecomunicação, ainda que haja posterior rescisão contratual, não enseja desconstituição do fato gerador do ICMS com a possibilidade de compensação tributária, tendo em vista que, como se cuida de prestações de serviços instantâneos - nas quais, uma vez sendo o produto efetivamente disponibilizado ao consumidor, não pode mais ser restituído, inviabilizando, conseqüentemente, o cancelamento e estorno da operação -, a prestação de ditos serviços necessariamente gerará crédito ao fornecedor. Assim, independentemente do adimplemento do consumidor/usuário, o fato gerador do tributo restará perfeitamente consumado, não sendo possível o desfazimento/cancelamento da ação, restando à empresa recorrer às vias adequadas para satisfação do respectivo crédito.

O que efetivamente pretende a recorrente é - a pretexto de fazer valer os princípios da não-cumulatividade, da capacidade contributiva e vedação ao confisco - repassar ao Erário os riscos próprios de sua atividade econômica, face a eventual inadimplemento de seus consumidores/usuários, o que não possui qualquer respaldo constitucional, sendo, portanto, absolutamente inadmissível acolher tal pretensão.

Ressalte-se que a inadimplência do usuário não constitui excludente legal do tributo, de modo que a tese da recorrente implicaria violação direta ao princípio da legalidade tributária, bem como ao disposto nos artigos 150, § 6º, e 155, § 2º, XII, ‘g’, da Constituição Federal), in verbis:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica,

federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

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)

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

XII - cabe à lei complementar:

(...)

g) regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

No mesmo sentido, vejamos as lições de LEANDRO PAULSEN e de KIYOSHI HARADA, respectivamente:

“É importante destacar, ademais, que, a par de se exigir lei para a instituição dos tributos, a Constituição estabelece, em seu art. 150, § 6º, que a concessão de benefícios fiscais também depende de lei, e lei específica, que regule exclusivamente a matéria ou o correspondente tributo, sem prejuízo de se exigir, para benefícios de ICMS, ainda, prévio convênio entre os Estados (art. 155, § 2º, XII, g). Entre os benefícios enquadram-se “Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão”. (Paulsen, Leandro. Curso de direito tributário completo – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p 188.)

“Cumprir acrescentar que o princípio da legalidade tributária não se resume, apenas, na vedação de instituição ou majoração<sup>133</sup> do tributo sem a prévia autorização legislativa. De há muito extrapolou o velho princípio donde se originou – *nullum crimen sine lege* – para passar a reger as mais diferentes situações relacionadas com a tributação, objetivando a formulação de uma ordem jurídico-tributária cada vez mais justa. Hoje, esse princípio preside a política de incentivos fiscais, a concessão e revogação de isenção, de remissão e de anistia.” (Harada, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 439.)

Além disso, ao julgar procedente a presente demanda, esta SUPREMA CORTE estaria atuando como legislador positivo, modificando as normas tributárias inerentes ao ICMS para instituir benefício fiscal em favor dos contribuintes, o que ensejaria violação também ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da Carta Magna).

A propósito, veja-se:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. PODER JUDICIÁRIO. BENEFÍCIO FISCAL. SEGMENTO PRODUTIVO. LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE. SEPARAÇÃO DE PODERES. DOU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA UNIÃO. PREJUDICADO O RECURSO DA SOMIX CONCRETO LTDA.” (RE 1259614-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 8/6/2020)

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ISONOMIA. EXTENSÃO DE TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. IMPOSSIBILIDADE DO STF ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO. 1. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento consolidado de que a extensão de tratamento tributário diferenciado, previsto em lei, a contribuintes não contemplados no texto legal, implicaria converter-se esta Corte em legislador positivo. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido.” (RE 485290 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 20/08/2010)

Por fim, a parte recorrente não logrou comprovar a alegada violação à capacidade contributiva ou à existência de efeito confiscatório, limitado- se a afirmá-la de forma abstrata e genérica.

Por todas essas razões, com as devidas vênias ao eminente relator, Ministro MARCO AURÉLIO, julgo improcedente a pretensão recursal.

No mesmo sentido, manifestaram-se os Estados e o Distrito Federal, em seu requerimento de admissão na condição de *amicus curiae* (Doc. 28), bem como a Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, do qual destaco o seguinte trecho (fls. 7-11, Doc. 17):

“O sistema da não cumulatividade é a regra que deve ser adotada nas imposições tributárias do ICMS, com vistas a evitar a sobrecarga tributária sobre a cadeia de consumo.

A hipótese dos autos, no entanto, não merece as consequências alegadas no recurso.

Isso porque, embora o aludido princípio incida sobre a regulação tributária do imposto, não é possível acatar os efeitos meramente negociais de uma obrigação desfeita ou resolvida unilateralmente, porquanto configura causa estranha à relação entre contribuinte de direito e sujeito ativo da exação.

A inadimplência absoluta é causa alheia ao fenômeno tributário e, por conta disso, não se permite elidir a correta incidência do tributo e a sujeição passiva do contribuinte. Se assim se permitisse, o fato gerador da obrigação tributária não poderia mais ser considerado a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência, na forma do art. 114 do Código Tributário Nacional.

Diversamente do que alude o recorrente, o princípio, ainda que revele o perfil constitucional de não incidência sobre o circuito produtivo, não pode justificar a releitura sobre a incidência da própria obrigação tributária regularmente verificada e reconhecida.

Ademais, sobre a tributação não é possível pender uma condição suspensiva de eficácia até o completo exaurimento do negócio jurídico subjacente, firmado entre o fornecedor (contribuinte de direito do ICMS) e o consumidor (contribuinte de fato do ICMS). Vale dizer, ante o pedido deduzido na petição inicial do mandado de segurança relativamente à declaração da “ilegitimidade da exigência do ICMS-comunicação sobre prestações de serviço em relação as quais houve inadimplência do usuário”, é, na prática, tornar nulo

um fato gerador verdadeiramente apto a gerar as respectivas consequências tributárias, subvertendo, com efeito, os princípios da legalidade tributária e da segurança jurídica, diretrizes de atuação do sujeito ativo.

Por outro lado, alude o recorrente à ofensa ao princípio da capacidade contributiva, na medida em que os negócios absolutamente inadimplidos não possuem qualquer substância econômica apta a ser tributada, recaindo o imposto sobre o próprio patrimônio do contribuinte de direito, o que, em sua visão, acaba por ofender a regra da vedação ao confisco.

De pronto, percebe-se que o princípio da capacidade econômica ou contributiva é aquele que pauta as balizas quantitativas a que se obriga o contribuinte a fornecer a título de tributo. Refere-se à aptidão em se desprender de mais ou menos patrimônio à medida de seus rendimentos e compromissos financeiros, parametrizada a partir de uma ponderação política do legislador de modo a garantir um equilíbrio entre o financiamento das atividades do Estado e o mínimo existencial do contribuinte.

O inadimplemento contratual não dá azo à violação do princípio da capacidade contributiva e tampouco geraria a superação do fato gerador do ICMS incidente sobre o serviço de comunicação. Desse modo, a afirmação de não haver substância econômica em um contrato entre o recorrente e um usuário absolutamente inadimplente não é verdadeira. A uma, porque o negócio em tela sempre se revestirá de conteúdo oneroso, já que esse quesito nada tem que ver com a adimplência ou inadimplência do débito do consumidor, mas sim com a existência de deveres e direitos contratuais recíprocos alusivos às partes integrantes do negócio. E a duas, a inadimplência, como já mencionado alhures, não é causa pertinente a influenciar diretamente a relação tributária relativamente ao ICMS, ainda que o tributo incida sobre negócio jurídico de índole consumerista.

[...]

Ponto relevante na discussão é aquele relativo à contabilização definitiva da perda financeira, o que ensejaria, na compreensão do recorrente, o cancelamento da dívida tributária.

Isso porque a inadimplência absoluta do usuário não impede a busca da quitação do débito pendente pelos mais diversos meios dispostos na legislação e no meio mercantil. O ordenamento civil obsta o recebimento integral do que é devido apenas em situações extremas, como prescrição do direito de agir em juízo ou decadência legal ou contratual, ou ainda nas hipóteses de falência decretada de pessoa jurídica (consumidora final) ou de insolvência, como dispõe o art. 748 e seguintes do Código de Processo Civil.

Nessa linha de raciocínio, não se permite agir sem legislação que preveja soluções específicas para a comprovação do indébito tributário e, nessa sede, há clara interdição em se conferir um salvo-conduto ao empreendimento interessado em se ver livre de imputações tributárias sem robustas comprovações dos aludidos inadimplementos e evidente impossibilidade dos correspondentes recebimentos.” (grifos nossos)

Ante todo o exposto, com as devidas vênias, DIVIRJO do ilustre relator para negar provimento ao Recurso Extraordinário.

Fixo a seguinte tese para o Tema 705 da Repercussão Geral:

A inadimplência do usuário não afasta a incidência ou a exigibilidade do ICMS sobre serviços de telecomunicações.

É o voto.





# SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA



## RECURSO ESPECIAL Nº 1.750.660 - SC (2018/0162190-9)

RELATOR :MINISTRO GURGEL DE FARIA

R.P/ACÓRDÃO :MINISTRO HERMAN BENJAMIN

RECORRENTE: LOURDES MARIA ZAMBONIN

RECORRENTE: AUZILIA MARIA SCHWARTZ

ADVOGADOS: FRANCIANE SANTOS - SC021983

PAULO CÉSAR PAZIN - SC026871 ANDRÉIA MARIO - SC031401

RECORRIDO: ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADORES: CÉLIA IRACI DA CUNHA - SC022774

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES.: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - “AMICUS CURIAE”

### EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO ANTERIOR À ALIENAÇÃO. INDENIZAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA DO ADQUIRENTE. DESCABIMENTO DE PRETENSÃO FUNDADA EM CESSÃO DE DIREITOS E SUB-ROGAÇÃO. ARTS. 286, 290, 346, 347, 349, 884, *CAPUT*, E 927 DO CÓDIGO CIVIL. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA MORALIDADE E DA PROIBIÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INAPLICABILIDADE DO ART. 31 DO DECRETO-LEI 3.365/1941. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO E DA PRIMEIRA E SEGUNDA TURMAS DO STJ. JURISPRUDÊNCIA INERCIAL. ARTS. 926, *CAPUT*, E 927, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

### HISTÓRICO DA DEMANDA

1. O 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina admitiu, com fundamento no inciso IV do art. 1.030 do Código de Processo Civil, o presente Recurso Especial como *representativo da controvérsia*. A Primeira Seção proferiu decisão de afetação, assim delimitando a tese controvertida: “análise acerca da sub-rogação do adquirente de imóvel em todos os direitos do proprietário original, inclusive quanto a eventual indenização devida pelo Estado, ainda que a alienação do bem tenha ocorrido após o apossamento administrativo.”

2. Na origem, trata-se de Ação de Indenização por Desapropriação Indireta contra o Departamento de Infraestrutura de Santa Catarina (Deinfra), sob a alegação de que, no curso de pavimentação da Rodovia SC-303, houve parcial apossamento material dos imóveis das autoras. O Tribunal de Justiça deliberou que, após o apossamento, ocorrido em 13.5.1981, os imóveis foram transmitidos por doação às autoras em 12.5.1982. Declarou, então, “de ofício, a ilegitimidade ativa dos apelados, para reformar a sentença e

extinguir o feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil de 2015 (art. 267, VI, do CPC/1973).”

3. Na fundamentação, o acórdão recorrido lembrou que “o Superior Tribunal de Justiça passou a impor, como requisito para a procedência do pleito indenizatório, prova, por parte do atual proprietário, de que o valor pago correspondia ao montante antes da desvalorização oriunda do apossamento [...] O raciocínio visa evitar a obtenção de *vantagem indevida* pelo adquirente, que supostamente paga valor inferior ao original, e ainda postula indenização correspondente a *perda não suportada por si.*” (fl. 195, e-STJ, grifo acrescentado).

## IDENTIFICAÇÃO DA DIVERGÊNCIA

4. **Com brilhantismo, objetividade e erudição característicos de seus pronunciamentos**, o eminente Relator, Ministro **Gurgel de Faria**, deu provimento ao pleito e, na sistemática dos Recursos Especiais Repetitivos, propôs a seguinte tese: “Os adquirentes dos imóveis submetidos à desapropriação indireta subrogam-se no direito de receber indenização se, ao tempo do negócio, não tiver havido respectivo pagamento ao antigo proprietário, nem averbação no Cartório de Registro de Imóveis das dimensões atualizadas, sendo irrelevante o fato de a alienação ter ocorrido após o esbulho ou a conclusão da obra pública, cabendo ao expropriante o ônus da prova acerca da ausência de prejuízo.”

5. A divergência, no âmago, se resume a duas questões principais, inter-relacionadas umbilicalmente: **a) o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da proibição de enriquecimento sem causa** – refinados e potencializados no Direito Privado – aplicam-se, na sua plenitude, ao Direito Público e, nomeadamente, à desapropriação indireta, em si uma construção pretoriana? **b) à luz desses cânones – e também do princípio da moralidade** –, é legítimo, no campo da desapropriação, àquele que adquire o bem, após apossamento administrativo material ou normativo, sub-rogar-se nos direitos do cedente para fins de pleitear indenização contra o Estado?

### JURISPRUDÊNCIA UNIFORME, EM SEIS PRECEDENTES, DA PRIMEIRA SEÇÃO SOBRE A MATÉRIA: JULGADO RECENTE DA RELATORIA DA MINISTRA REGINA HELENA COSTA

6. Em 2018, apreciando caso idêntico ao dos autos – Ação de Desapropriação

Indireta contra o Deinfra, subscrita pelo mesmo Advogado que atua neste processo (e no REsp 1.750.656/SC, que chegou a ser incluído na mesma afetação), cuja causa de pedir era a implantação de Rodovia no Estado de Santa Catarina (SC-483) –, a Primeira Seção, em **Embargos de Divergência decididos à unanimidade**, adotou o seguinte entendimento: “O acórdão embargado seguiu orientação da jurisprudência desta Corte, segundo a qual caso a aquisição do bem tenha sido realizada quando existentes restrições no imóvel, fica subentendido que a situação foi considerada na fixação do preço do bem. Não se permite, por meio de ação expropriatória indireta, o ressarcimento de prejuízo que a parte evidentemente não sofreu.” (AgInt nos EREsp 1.533.984/SC, Relatora Ministra **Regina Helena Costa**, Primeira Seção, DJe 22.6.2018).

7. Em seu voto, a eminente Relatora bisou precedentes da Primeira Seção. Tão sólida foi a compreensão de que esse **entendimento estava pacificado no STJ** que a Seção julgou protelatório o Agravo Interno, que insistia na premissa de o adquirente posterior do imóvel afetado ter direito à indenização, motivo pelo qual se puniu o autor da ação com multa de 1% sobre o valor atualizado da causa. **LEADING CASE INICIAL DA PRIMEIRA SEÇÃO: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA 254.246/SP**

8. No contexto de acórdão publicado em março de 2007, **o tema já havia sido submetido, por muitos meses, a amplo e intenso debate na Primeira Seção**, na esteira de Embargos de Divergência, juntados vários Votos-Vista

(EREsp 254.246/SP, Relator Min. **João Otávio de Noronha**, DJ 12.3.2007). Nesse leading case, o Relator

consignou: “Se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas [...] subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame [...] Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas.” Na ocasião, enfatizou o Ministro Castro Meira que o fundamento para pagamento da indenização não estaria presente, pois “a aquisição posterior do imóvel não justifica a alegação de surpresa com o ato praticado pelo Estado que teria causado desvalorização à propriedade”. Já o Ministro **Teori Albino Zavascki** alertou para a deturpação das finalidades da norma de regência da temática: “Subjaz a essa orientação o entendimento de que o princípio constitucional da justa indenização visa a proteger o direito de propriedade, mas *não a fomentar enriquecimento indevido, à base de pura especulação imobiliária.*”

## OUTROS PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO

9. Há outros precedentes da Primeira Seção, em convergência com o julgado da Relatoria da **Ministra Regina Helena Costa**. Transcrevo-os (**em ordem cronológica**):

9.1 “não se pode falar em prejuízo porque, quando da compra e venda do imóvel, já incidiam as restrições administrativas impostas pelos citados decretos e, na fixação do preço do negócio, também se consideraram essas restrições de uso.” (EREsp 209.297/SP, Relator Ministro **Luiz Fux**, Primeira Seção, DJe 13.8.2007).

9.2 “é descabida qualquer indenização quando a aquisição do imóvel se der após a ocorrência da limitação administrativa”, reconhecendo-se “a falta de interesse de agir do desapropriado ... na ação indenizatória originária, tendo em conta que se trata de imóvel adquirido após a implementação da limitação administrativa.” (AR 2.075/PR, Relator Ministro **Humberto Martins**, Primeira Seção, DJe 23.9.2009). Nesse julgamento, consignou, em Voto-Vista, o Ministro **Teori Zavascki**: “É orientação *firmemente assentada* na jurisprudência dessa Seção a de que o proprietário atual não tem direito de haver indenização por limitações administrativas pré-existentes à data da aquisição do imóvel.” Por sua vez, o Ministro **Luiz Fux**, também em Voto escrito, explanou que “a Seção tem entendimento uníssono” no sentido de negar ao “proprietário atual” indenização por restrições “pré-existentes à data da aquisição do imóvel”, e isso porque “a solução contrária viola o *Princípio da Justa Indenização*” (grifos acrescentados).

9.3 “A jurisprudência da Primeira Seção desta Corte de Justiça firmou-se em que, nas hipóteses em que já incidiam as restrições administrativas decorrentes da criação do parque ecológico no momento da venda do imóvel, é incabível a indenização a título de desapropriação indireta, não havendo falar, em casos tais, em sub-rogação do direito à indenização da empresa antes controlada.” (AgRg nos EREsp 765.872/SP, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, Primeira Seção, DJe 27.4.2010). Votaram com o Relator os Ministros **Eliana Calmon**, **Luiz Fux**, **Castro Meira**, **Humberto Martins**, **Benedito Gonçalves**, **Herman Benjamin** e **Mauro Campbell Marques**).

9.4 “não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual.” (EAREsp 407.817/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJe 3.6.2009, invocando e ratificando, nesse ponto, o leading case acima citado, o EREsp 254.246/SP).

## JURISPRUDÊNCIA MAJORITÁRIA DAS DUAS TURMAS DE DIREITO PÚBLICO

10. Afinados com a diretriz uniformizada, a partir de 2007, pela Primeira Seção, colecionam-se, **em ordem cronológica**, acórdãos das duas Turmas de Direito Público:

10.1 “Tendo o recorrente adquirido o imóvel após a criação do Parque Ecológico, conhecendo as limitações a ele impostas, vê-se mitigado o direito indenizatório do proprietário.” (REsp 258.709/SP, Rel. Min. **Francisco Falcão**, Primeira Turma, DJU de 24.2.2003).

10.2 “Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido, sabidamente, imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas por leis estaduais.” (AgRg no Ag 404.715/SP, Rel. Min. **João Otávio de Noronha**, Segunda Turma, DJU de 3.11.2004).

10.3 “É inadmissível a propositura de ação indenizatória na hipótese em que a aquisição do imóvel objeto da demanda tiver ocorrido após a edição dos atos normativos que lhe impuseram as limitações supostamente indenizáveis.” (REsp 746.846/SP, Rel. Ministro **Luiz Fux**, Primeira Turma, DJU 20.9.2007, p. 224).

10.4 Ausente direito à indenização, pois “os particulares adquiriram a propriedade após a edição do Decreto Estadual. Indenização indevida” (REsp 1.059.491/SP, Rel. Ministra **Eliana Calmon**, Segunda Turma, DJe 30.9.2009).

10.5 “Não cabe indenização pela limitação administrativa decorrente da criação do Parque Estadual da Serra do Mar, se o imóvel foi adquirido quando já incidiam as restrições impostas pelo Estado de São Paulo.” (REsp 686.410/SP, Rel. Min. **Herman Benjamin**, Segunda Turma, DJe 11.11.2009).

10.6 “É indevido o direito à indenização se o imóvel for adquirido após o implemento da limitação administrativa, porque se supõe que as restrições de uso e gozo da propriedade já foram consideradas na fixação do preço.” (REsp 1.126.525/SP, Rel. Min. **Castro Meira**, Segunda Turma, DJe 25.5.2010).

10.7 “É indevido o direito à indenização se o imóvel for adquirido após o implemento da limitação administrativa, porque se supõe que as restrições de uso e gozo da propriedade já foram consideradas na fixação do preço.” (REsp 920.170/PR, Rel. Min. **Mauro Campbell Marques**, Segunda Turma, DJe 18/8/2011).

10.8 “O novo proprietário não pode se *locupletar indevidamente* do direito de indenização a ser pago pelo Estado, pois não foi ele quem sofreu prejuízo com a intervenção do expropriante em sua propriedade.” (AgInt no REsp 1.413.228/SC, Rel. Ministro **Benedito Gonçalves**, Primeira Turma, 12/6/2017, grifo acrescentado).

10.9 “é indevido o direito à indenização se o imóvel foi adquirido após a imposição de limitação administrativa, porque se supõe que as restrições de uso e gozo da propriedade já foram consideradas na fixação do preço.” (AgInt no REsp 1.713.268/SC, Rel. Min. **Francisco Falcão**, Segunda Turma, DJe 15.8.2018).

11. No entanto, sobretudo *antes da pacificação da matéria no âmbito da Primeira Seção* (2007), encontram-se nas Turmas numerosos precedentes com entendimento oposto, entre outros, “O fato de os expropriados haverem adquirido as terras após a constituição do Parque não exclui o direito à indenização, nem limita a sua quantificação, porquanto, os adquirentes se sub rogarão, ao adquirir o imóvel, no domínio, posse, direito e ações.” (REsp 209.297/SP, Relator Min. **Paulo Medina**, Segunda Turma, DJ 10.3.2003, p. 138); “Na desapropriação indireta quem adquire a propriedade imóvel, já ocupada pela expropriante, mas antes de efetuado o pagamento justo, subroga-se no direito à indenização, inclusive no tocante à percepção dos juros compensatórios, devidos desde a ocupação do imóvel.” (REsp 9.127/PR, Rel. Min. **Garcia Vieira**, Primeira Turma, DJU de 20/5/91). Mais recentemente, p. ex., AgInt no REsp 1.608.246/SC, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, Primeira Turma, DJe de 3/8/2018; AgInt no REsp 1.503.703/SC, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, Primeira Turma, DJe de 8/8/2018.

12. A referência merece terceira posição (intermediária, com dois precedentes nas Turmas), que condiciona a transmissão da pretensão indenizatória a que o novo adquirente prove que, pelo imóvel, pagou preço que espelha o valor anterior ao esbulho: “para o atual proprietário do bem fazer jus ao valor da indenização, pela desapropriação indireta, seria necessário que demonstrasse nos autos que o adquiriu pelo seu preço antes da desvalorização advinda do apossamento administrativo” (AgInt no REsp 1.413.228/SC, Relator Ministro

Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 6.6.2017). Por igual: REsp 1.424.653/SC, Relator Ministro **Herman Benjamin**, Segunda Turma, DJe 10.10.2016.

## OBSERVÂNCIA, NO DIREITO PÚBLICO, DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

13. No Direito Público, com maior razão até que no Direito Privado, não de ser aplicados, rigorosamente e na maior extensão possível, os princípios da boa-fé objetiva e da proibição de enriquecimento sem causa. Especificamente quanto à questão controvertida nos autos, repita-se trecho da lição, em Voto-Vista, do Min. **Teori Zavaski**: “subjaz à proibição de cobrança, pelo novo proprietário, de indenização por restrição ou esbulho administrativo, o entendimento de que o princípio constitucional da justa indenização visa a proteger o direito de propriedade, mas não a fomentar *enriquecimento indevido*, à base de *pura especulação imobiliária*.” E conclui: demanda como a dos presentes autos “representa não o exercício de um direito, mas uma *invocação abusiva do direito*” (EREsp 254.246/SP, Relator Ministro **João Otávio de Noronha**, DJ 12.3.2007, grifo acrescentado).

## DEBATES APROFUNDADOS E ELUCIDATIVOS NA SESSÃO DE JULGAMENTO

14. No colegiado, foram aprofundados e elucidativos os debates acerca da questão central do Recurso Especial. O Ministro **Francisco Falcão**, acompanhando a divergência, pontuou: “Essa matéria já foi amplamente discutida em 2005, em 2006, no período em que eu era Presidente da Primeira Seção [...] E, sabedor de que quem adquiriu a propriedade sabia que havia restrição sobre aquela gleba, sobre aquele título de domínio, não tenho como modificar esta jurisprudência já pacificada no STJ.” Por sua vez, o Ministro **Sérgio Kukina** rememorou que a matéria está associada à chamada “indústria da desapropriação”. Tal patologia, nas suas palavras, “sempre gerou perplexidade, precatórios que se repetiam [...] tudo de fato desenhando esse cenário que não foi auspicioso, principalmente para o Erário e, portanto, para os contribuintes”. O Ministro **Benedito Gonçalves** ponderou que, embora tenha havido oscilação na jurisprudência, “chegou-se o momento de definir as situações que foram bem postas aqui, firmando uma posição”. Da posição majoritária discordou o Ministro **Og Fernandes**, acompanhando o Relator originário, arguindo que, ao se negar a possibilidade de cessão/sub-rogação, se estaria “colocando o Estado numa situação de privilégio, que beira a um enriquecimento ilícito”. Em esmerado Voto Vogal escrito, a Ministra **Assusete Magalhães** não se opõe, na essência, à linha jurisprudencial da Primeira Seção sobre a vedação de cessão/sub-rogação, desde que se trate de constrição provinda de limitação administrativa ou normativa, cenário em que, nas suas palavras, realmente quem adquire após a constrição «não pode pretender obter depois indenização pela existência dessa limitação administrativa”. Logo, «em se tratando de limitação administrativa, aplica-se, sim, esse entendimento» da Primeira Seção. Contudo, inferiu que, na hipótese dos autos, a situação é *distinta*, *discrímen* que afasta a pertinência dos precedentes arrolados, por “versarem sobre pedidos de indenização em decorrência de limitações administrativas, que não envolveram o apossamento ou o esbulho da propriedade pela Administração Pública”. Vale dizer, a jurisprudência da Primeira Seção permanece íntegra no universo próprio das limitações administrativas ou normativas, mas não no espaço da desapropriação indireta por *apossamento físico* (esbulho, como neste processo, para execução de pavimentação de estrada) de parcela do imóvel. Daí não irromper fundamento jurisprudencial apto a obstar, in casu, a alegada cessão/sub-rogação. Finalmente, pontuou a Ministra **Regina Helena Costa**, sufragando o encaminhamento majoritário, não se justificar impedir a cessão/sub-rogação apenas nos casos de limitação administrativa. Se o fundamento dessa vedação é a reconhecimento, sob o pálio de princípios caros ao Direito, de que o adquirente não sofreu os efeitos da intervenção do Estado, igual entendimento deve ser aplicado em situações de desapropriação como a dos autos, pois “em sendo esbulho, em sendo apossamento, é a própria supressão do direito de propriedade”.



## INAPLICABILIDADE DO ART. 31 DO DECRETO-LEI 3.365/1941

15. A arguição de ofensa ao art. 31 do Decreto-Lei 3.365/1941 não se sustenta. A previsão de que “ficam subrogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado” resguarda os interesses daqueles que, *antes* da desapropriação, sejam titulares de ônus ou direitos reais sobre o imóvel (hipoteca, penhor, alienação fiduciária, enfiteuse, usufruto, uso, habitação).

16. A questão jurídica dos autos é completamente dessemelhante. Ela se atém a pleito de cessão/sub-rogação entre o proprietário original e o adquirente, resultante de alienação do bem *após* intervenção, apossamento ou esbulho administrativo. Não guarda, portanto, correlação alguma com a *ratio* do art. 31, que se cinge a prescrever que, na desapropriação, pleitos de titulares de ônus e direitos reais sobre o imóvel são “sub-rogados no preço”, de maneira a deixar para o Estado o bem livre de qualquer vínculo ou constrição. Transferem-se, por conseguinte, eventuais prerrogativas de terceiros para o “bolo geral” do *quantum* a ser desembolsado pela Fazenda Pública como indenização. Com isso, esclarece-se que o proprietário deverá compartilhar o pagamento com outros sujeitos interessados, detentores de direitos ou ônus sobre o bem.

## DEFINIÇÃO DA TESE REPETITIVA

17. Diante do exposto, quem adquire imóvel após apossamento administrativo não pode, em nome próprio, por lhe faltar legitimidade ativa e interesse de agir, cobrar indenização.

18. Na linha do julgado recente desta Primeira Seção (AgInt nos EREsp 1.533.984/SC, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 22.6.2018), propõe-se a fixação da seguinte tese: **“Reconhecida a incidência do princípio da boa-fé objetiva em ação de desapropriação indireta, se a aquisição do bem ou de direitos sobre ele ocorrer quando já existente restrição administrativa, fica subentendido que tal ônus foi considerado na fixação do preço. Nesses casos, o adquirente não faz jus a qualquer indenização do órgão expropriante por eventual apossamento anterior. Excetuam-se da tese hipóteses em que patente a boa-fé objetiva do sucessor, como em situações de negócio jurídico gratuito ou de vulnerabilidade econômica do adquirente.”**

## RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

19. Conforme o acórdão recorrido, “a transmissão originária, às autoras, ocorreu por doação do imóvel de matrícula n. 5988, em 12 de maio de 1982 (fls. 22-26), da qual resultaram os desmembramentos e matrículas que justificam o manejo da presente ação. De outro lado, a perícia foi clara ao responder indagação formulada por ambas as partes, e também pelo juízo, a respeito do momento em que se deu o apossamento administrativo, o que fez nos seguintes termos: ‘A data do apossamento é 13.05.1981’” (fls. 197-198, e-STJ).

20. No caso, o imóvel foi recebido *por doação*, um ano após o apossamento, e as recorrentes são *sujeito vulnerável*, fazendo jus ao benefício da justiça gratuita (fl. 37, e-STJ), o que evidencia boa-fé objetiva e atrai a exceção prevista na tese apresentada.

21. Devem os autos baixar à origem, para que, afastada a preliminar de ilegitimidade ativa, dê-se prosseguimento ao julgamento.

## CONCLUSÃO

22. Recurso Especial provido, sob o rito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, determinando-se a devolução dos autos à origem para que, afastada a preliminar de ilegitimidade ativa, se prossiga no julgamento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: “Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Assusete Magalhães, a Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, que lavrará o acórdão. Vencidos, quanto à tese, os Srs. Ministros Gurgel de Faria (Relator), Og Fernandes e Assusete Magalhães. Votaram os Srs. Ministros Gurgel de Faria (por fundamento diverso), Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes (por fundamento diverso), Benedito Gonçalves (que reformulou seu voto), Assusete Magalhães (por fundamento diverso), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.” Brasília, 10 de março de 2021 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.750.660 - SC (2018/0162190-9)

### RELATÓRIO

#### EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por LOURDES MARIA ZAMBONIN e AUZILIA MARIA SCHWARTZ, com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina assim ementado (e-STJ fl. 193):

APELAÇÃO E REEXAME. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. VERIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DA ILEGITIMIDADE ATIVA DOS ATUAIS PROPRIETÁRIOS. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL EM MOMENTO POSTERIOR AO APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO LAUDO PERICIAL, QUE FIXOU OS MARCOS PARA TANTO. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. REFORMA DA SENTENÇA. RECURSO PREJUDICADO.

Atualmente, o STJ, majoritariamente, passou a exigir, como requisito para a procedência do pedido indenizatório por desapropriação indireta, demonstração, pelo novo proprietário, de que o valor pago pelo bem correspondeu ao montante original, ou seja, antes de eventual desvalorização oriunda do apossamento administrativo. O entendimento de que a transferência do imóvel, objeto de parcial desapropriação, subrogava o adquirente irrestritamente nos direitos do vendedor, revela-se, pois, ultrapassado (por todos: AgInt no REsp n. 1.413.228/SC)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ fls. 235/238).



Nas razões do especial, os recorrentes apontam, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 320 do Código Civil e 29 e 31 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, sustentando que a jurisprudência desta Corte de Justiça orienta-se no sentido de que o novo proprietário sub-roga-se em todos os direitos relacionados ao imóvel desapropriado, como a indenização e a recomposição do seu valor pela incidência dos juros compensatórios, desde a efetiva ocupação.

Afirmam que “a transcrição do título aquisitivo comprova a aquisição integral do imóvel, sem o decréscimo da área desapropriada, bem como a transferência de todos os direitos e ações para os novos proprietários, ora recorrentes” (e-STJ fl. 245).

Defendem que a aquisição da propriedade, ainda que posteriormente ao apossamento administrativo, não pode isentar o Poder Público do pagamento da indenização, sob pena de contrariar o princípio da vedação do locupletamento ilícito e do confisco, além de (contrariar) o direito à propriedade privada.

Contrarrazões apresentadas às e-STJ fls. 289/294.

Conforme decisão de admissão de fls. 296/306, o recurso especial foi remetido a esta Corte como representativo de controvérsia repetitiva.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento do recurso (e-STJ fls. 326/330) em parecer assim ementado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Recurso especial interposto contra Acórdão que extinguiu o feito sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa ad causam. Alegada violação aos artigos 29 e 31 do Decreto Lei 3365/1941, 320 do CC, e dissídio jurisprudencial. Recurso admitido como representativo de controvérsia pelo Tribunal de origem. Não atendimento do comando do §2º do art. 256 do Regimento Interno do STJ. Requisitos de admissibilidade do especial.

Prequestionamento verificado. Dissídio jurisprudencial caracterizado. Acórdão atacado que contraria entendimento pacificado pelo STJ:

“o novo proprietário de imóvel rural sub-roga-se em todos os direitos do proprietário original, inclusive no direito à eventual indenização devida pelo Estado, pouco importando que a alienação do bem tenha se dado após ocorrência de desapossamento indireto pelo Poder Público”. Irrelevância do momento da aquisição do imóvel, se, de toda forma, os proprietários estão limitados em seus poderes de uso e gozo sobre parte do imóvel atingido pela rodovia estadual. Recurso especial que deve ser conhecido e provido.

Em despacho de e-STJ fls. 333/336, o em. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, exaltando a importante iniciativa de seleção do presente recurso como representativo da controvérsia pelo Segundo Vice-Presidente do TJSC, determinou a distribuição do feito.

Em 27/11/2018, a Primeira Seção, por unanimidade de votos, decidiu submeter a seguinte questão à sistemática dos recursos repetitivos (art. 257-C do RISTJ):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL EM DATA POSTERIOR. INDENIZAÇÃO. SUB-ROGAÇÃO. LIMITES. AFETAÇÃO.

1. A questão submetida ao Superior Tribunal de Justiça diz respeito “à legitimidade ativa dos adquirentes de imóvel para pleitear indenização por desapropriação indireta e parcial ocorrida antes da aquisição da propriedade”.
2. Tese controvertida: análise acerca da sub-rogação do adquirente de imóvel em todos os direitos do proprietário original, inclusive quanto a eventual indenização devida pelo Estado, ainda que a alienação do bem tenha ocorrido após o apossamento administrativo.
3. Afetação do recurso especial como representativo da controvérsia repetitiva para que seja julgado na Primeira Seção.

Às e-STJ fls. 368/370, deferi o ingresso da Defensoria Pública da União no presente feito, na qualidade de *amicus curiae*.

O Ministério Público Federal tomou ciência do acórdão e da referida decisão (e-STJ fls. 351 e 372).

É o relatório.

## **RECURSO ESPECIAL Nº 1.750.660 - SC (2018/0162190-9)**

### **VOTO**

**EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):**

A questão submetida ao Superior Tribunal de Justiça diz respeito “à legitimidade ativa dos adquirentes de imóvel para pleitear indenização por desapropriação indireta e parcial ocorrida antes da aquisição da propriedade”.

Considerando a relevância e a abrangência do tema, ainda não submetido ao regime dos repetitivos, e a existência de interpretações discrepantes nesta Corte de Justiça acerca da sub-rogação do adquirente do imóvel em todos os direitos do antigo proprietário, incluída a indenização pelo apossamento administrativo, mostra-se necessária a aplicação, no caso, dos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015.

Inicialmente, cumpre lembrar que a desapropriação indireta, que é a intervenção do Poder Público ou de seus delegados na propriedade particular, sem a observância do devido processo legal e do pagamento da prévia e justa indenização, conforme o art. 5º, XXIV, da CF/88, restringe

ou suprime o uso e o gozo dos direitos inerentes ao domínio do imóvel ou, ainda que parcialmente, esvazia o seu conteúdo econômico.

Na realidade, a doutrina e a jurisprudência caracterizam tal ato como um esbulho possessório, por lhe faltar fundamento legal, ficando o particular obrigado a entrar com ação judicial, por meio de interditos possessórios, para manter-se ou reintegrar-se na posse do bem, em virtude da violação do direito protegido pelo art. 5º, XXII, da CF/88.

Entretanto, se o bem expropriado já estiver afetado a uma finalidade pública, como na hipótese vertente, ele não pode mais ser objeto de reivindicação, “ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação”, restando ao particular ajuizar a ação denominada de “desapropriação indireta” por construção pretoriana, para receber a indenização por perdas e danos, nos termos do art. 35 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, in verbis:

Art. 35. Os bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Depreende-se do aludido diploma legal que a irreversibilidade da incorporação do imóvel ao patrimônio público – situação fática consolidada pelo evidente comprometimento do interesse coletivo – constitui condição sine qua non para a transferência compulsória do domínio do bem ao Poder Público.

Assim, forçoso convir que a ação de indenização por desapropriação indireta decorre da impossibilidade de outorga de tutela específica ao proprietário, não possui nenhum caráter obrigacional ou pessoal e pode ser proposta pelo particular prejudicado enquanto não transcorrido o prazo legal.

Aliás, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a ação de indenização por desapropriação indireta, com fundamento no direito de propriedade, é de natureza real e, em consequência, é assegurado ao titular do domínio o direito de pleitear em juízo o ressarcimento pelo desfalque sofrido em seu patrimônio, sendo certo que, não o fazendo, o Poder Público poderá mover a usucapião no intuito de

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRAZO PRESCRICIONAL. AÇÃO DE NATUREZA REAL. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 119/STJ. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. CÓDIGO CIVIL DE 2002. ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO. REDUÇÃO DO PRAZO. ART. 2.028 DO CC/02. REGRA DE TRANSIÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. INCIDÊNCIA. TERMO A QUO. IMISSÃO NA POSSE. SÚMULA 69/STJ.

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. (...)

7. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1554469/SP, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 23/05/2016)

Frise-se, “a expropriação é ação real e por isso o domínio é o seu tema central” (REsp 867016/PR, Relator Ministro LUIZ FUX, Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009). Nesse mesmo sentido: REsp 1654965/SP, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 27/04/2017; e REsp 997975/SC, Relator Ministra DENISE ARRUDA, Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, DJe 28/04/2008.

Considerando que os prejuízos patrimoniais são gerados pela violação do domínio, não há motivos para vinculá-los à determinada pessoa física ou jurídica, até porque a declaração da utilidade pública do bem, por si só, não tem o condão de suprimir o direito do proprietário de uso, gozo e disposição da coisa, tratando-se apenas de condição para o início da desapropriação, que se opera com o acordo administrativo ou com a citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço do imóvel estimado pelo expropriante.

Assim, enquanto não se efetivar o depósito da prévia indenização (preço ofertado em juízo), o direito de propriedade continuará no patrimônio do esbulhado, razão pela qual, no processo de desapropriação indireta, discute-se direito real.

A propósito, cito a seguinte doutrina:

**Os efeitos da declaração expropriatória não se confundem com os da desapropriação em si mesma. A declaração de necessidade ou utilidade pública ou de interesse social é apenas o ato-condição que precede a efetivação da transferência do bem para o domínio do expropriante. Só se considera iniciada a desapropriação com o acordo administrativo ou com a citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço provisoriamente estimado para o depósito. Até então a declaração expropriatória não tem qualquer efeito sobre o direito de propriedade do expropriado, nem pode impedir a normal utilização do bem ou sua disponibilidade, lícito é ao particular explorar o bem ou nele construir mesmo após a declaração expropriatória, enquanto o expropriante não realizar concretamente a desapropriação, sendo ilegal a denegação de alvará de construção:29 o impedimento do pleno uso do bem diante da simples declaração de utilidade pública importa restrição inconstitucional ao direito de propriedade, assim como o apossamento sem indenização equivale a confisco. Daí por que consideramos a Súmula 23 do STF contraditória e inaplicável na sua parte final, porque, se a simples declaração expropriatória não tolhe o direito de construir, não se pode deixar de indenizar a construção levantada no exercício normal desse direito.**

Desde a declaração de utilidade pública, ficam as autoridades administrativas do expropriante ou seus representantes autorizados a ingressar nas áreas nelas compreendidas, inclusive para realizar inspeções e levantamentos de campo, podendo recorrer, em caso de resistência, ao auxílio de força policial. E em caso de dano por excesso ou abuso de poder ou originário das inspeções e levantamentos de campo realizados,

cabe indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal (art. 7º e parágrafo único). Tal direito, entretanto, não significa imissão na posse, a qual só se dará por ordem judicial, após o pagamento da justa indenização ou do depósito provisório nos casos e forma admitidos em lei, como veremos adiante, no tópico próprio.

Esse ingresso admitido pelo art. 7º é limitada ao trânsito pelos imóveis, necessário aos levantamentos topográficos, aos atos avaliatórios e outros de identificação dos bens, mas não pode prejudicar a normal utilização dos imóveis pelos proprietários ou possuidores.

A caducidade da declaração expropriatória ocorre ao fim de cinco ou de dois anos, conforme se trate, respectivamente, de manifestação de utilidade ou necessidade pública (Dec.-Lei 3.365/41, art. 10) ou de interesse social (Lei 4.132/62, art. 3º), só podendo ser renovada, em qualquer das hipóteses, depois de um ano da decadência. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 43ª edição, atualizada por José Emmanuel Burle Filho, com a participação de Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti - São Paulo: Malheiros, 2017, págs. 774-775) (Grifos acrescentados).

**29. Como a simples declaração de utilidade pública não tem o condão de transferir a propriedade do futuro expropriado ao Estado, o proprietário do bem pode usar, gozar e dispor dele.**

**Em razão disto, a Administração não pode negar alvará de licença para edificação no imóvel, desde que o postulante preencha os pressupostos legais da sua expedição.16 Entretanto, a Administração não será obrigada a indenizar o valor da edificação realizada no imóvel depois da declaração de utilidade pública. É o que dispõe a Súmula 23 do STF, vazada nos seguintes termos:** “Verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada”.

30. Depois de declarada a utilidade pública de um bem pode suceder que nele se realizem benfeitorias.

As benfeitorias necessárias são sempre indenizáveis,<sup>17</sup> as benfeitorias voluptuárias não o serão nunca e as benfeitorias úteis serão indenizadas desde que hajam sido autorizadas pelo poder competente.<sup>18</sup> É o que se desprende do art. 26, § Ia, do Decreto-lei 3.365.

Por benfeitorias deve-se entender única e exclusivamente os melhoramentos ou a conservação feita em acréscimo ao já existente. Note-se que a palavra vai tomada em sentido estrito, técnico. Por esta razão não se confundem com benfeitorias as edificações feitas no imóvel nu. (Mello, Celso Antônio Bandeira de Curso de Direito Administrativo, 33ª edição, São Paulo: Malheiros, 2016, pág. 999) (Grifos acrescentados).

Conclui-se que a perda da posse decorrente de apossamento administrativo não repercute na plenitude do domínio, razão pela qual aquele que adquirir imóvel nessas condições sub-rogar-se-á no direito de receber a indenização se, ao tempo do negócio, não tiver havido o respectivo pagamento ao antigo proprietário nem a averbação no Registro de Imóveis das dimensões atualizadas, nos termos do disposto no art. 31 do Decreto-Lei n. 3.365/1941: “Art. 31. ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.”

Pois bem. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se, até bem pouco tempo, no sentido de que, operando-se a transferência da propriedade do imóvel (anteriormente ocupado) para a implantação de obra pública, transferem-se ao adquirente todos os direitos a ela inerentes, inclusive (o direito) à justa indenização, acrescida de juros compensatórios e demais consectários legais.

Contudo, atualmente, observa-se que o entendimento sobre a sub-rogação do direito à indenização vem oscilando nas Turmas que compõem a Primeira Seção. Vejamos:

#### Precedentes da Primeira Turma:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. INDENIZAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO ADQUIRENTE. SUB-ROGAÇÃO EM TODOS OS DIREITOS. AGRAVO INTERNO DO DEPARTAMENTO ESTADUAL DE INFRA-ESTRUTURA-DEINFRA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Ordinária ajuizada pelo atual proprietário objetivando indenização decorrente de desapropriação indireta.

2. Conforme o entendimento desta Corte Superior, o adquirente do bem sub-roga-se em todos os direitos do proprietário anterior, incluindo o direito à indenização, o que afasta a alegação de ilegitimidade. Acórdãos paradigmas: REsp. 1.670.455/SC, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 18.12.2017; AgInt no REsp. 1.639.081/SC, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 10.4.2017; e REsp. 442.360/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 24.3.2003, p. 144.

3. Agravo Interno do DEPARTAMENTO ESTADUAL DE INFRA-ESTRUTURA DEINFRA a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1483366/SC, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, DJe 27/03/2018)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. NOVO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE SUB-ROGAÇÃO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO

1. O novo proprietário não pode se locupletar indevidamente do direito de indenização a ser pago pelo Estado, pois não foi ele quem sofreu prejuízo com a intervenção do expropriante em sua propriedade.

2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento, segundo o qual, para o atual proprietário do bem fazer jus ao valor da indenização, pela desapropriação indireta, seria necessário que demonstrasse nos autos que o adquiriu pelo seu preço antes da desvalorização advinda do apossamento administrativo. Precedentes.

3. Tese deduzida somente em sede de agravo interno, sem que anteriormente tenha sido apresentada nas razões do recurso especial, configura vedada inovação recursal. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1413228/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, T1 - PRIMEIRA TURMA, DJe 12/06/2017)

#### Julgados da Segunda Turma:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. INDIRETA. INDENIZAÇÃO. ADQUIRENTE POSTERIOR À EXPROPRIAÇÃO. SUB-ROGAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. JUROS COMPENSATÓRIOS. TERMO INICIAL. OCUPAÇÃO EFETIVA. JURISPRUDÊNCIA. HONORÁRIOS RECURSAIS.

1. Conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o adquirente do bem expropriado sub-roga-se em todos os direitos do proprietário anterior, inclusive ao de indenização e tem, por consequente, legitimidade para cobrá-la.

2. Ainda segundo a jurisprudência, inclui-se nos direitos sub-rogados, também, a incidência de juros compensatórios devidos ao proprietário anterior, que terão termo inicial na ocupação efetiva do bem pelo expropriante.



3. Publicada a decisão combatida na vigência do atual CPC, é forçosa a fixação de honorários recursais.
4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1670455/SC, Relator Ministro OG FERNANDES, T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 18/12/2017)  
PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CONSTRUÇÃO DA RODOVIA 283/SC. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. NOVO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE SUB-ROGAÇÃO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO. LOCUPLETAMENTO ILÍCITO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.  
(...).
6. O Deinfra discute a legitimidade da recorrida para figurar no polo ativo da demanda que busca indenização pelos prejuízos advindos da supressão que teve em sua propriedade, pois não teria sido sub-rogada no direito de propriedade do seu antecessor.
7. Apesar de o Deinfra não ter sido capaz de comprovar o pagamento da indenização pela desapropriação indireta ao antigo proprietário, mostra-se ilegítimo o interesse da recorrida na obtenção da indenização, porquanto adquiriu o imóvel após a intervenção da Administração na propriedade. Dessarte, obteve o bem do antigo proprietário com depreciação no seu valor venal.
8. Para que o atual proprietário do bem tivesse direito ao valor da indenização, pela desapropriação indireta, seria necessário que demonstrasse nos autos que o adquiriu pelo seu preço antes da desvalorização advinda do apossamento administrativo. 9. Recurso Especial provido. (REsp 1.424.653/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 10/10/2016).

Essa dissonância de interpretação ensejou a oposição de embargos de divergência na Primeira Seção, não tendo sido o recurso conhecido em razão da Súmula 168 do STJ, guardando o acórdão a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO ANTERIOR À AQUISIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO A INDENIZAÇÃO. SÚMULA 168/STJ. INCIDÊNCIA.

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 - O acórdão embargado seguiu orientação da jurisprudência desta Corte, segundo a qual caso a aquisição do bem tenha sido realizada quando existentes restrições no imóvel, fica subentendido que a situação foi considerada na fixação do preço do bem. Não se permite, por meio de ação expropriatória indireta, o ressarcimento de prejuízo que a parte evidentemente não sofreu.



III - Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado, a teor do enunciado Sumular n. 168/STJ.

IV - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - 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.

VI - 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 Corte Especial ou da 1ª Seção.

VII - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa. (AgInt nos EREsp 1533984/SC, Relatora Ministra REGINA HELENA COSTA, Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 22/06/2018)

A par disso, permanece a importância de se pacificar o entendimento, visto que, no aludido julgado, a Primeira Seção não se debruçou sobre o mérito da questão *sub judice*.

Pois bem. Com todas as vênias a entendimento contrário, imputar aos adquirentes o dever de comprovar, por meio de declaração do antigo proprietário, que este não recebeu o pagamento da indenização à época do esbulho, ou de demonstrar o efetivo prejuízo para fazerem jus ao direito à sub-rogação nada mais é do que inverter o ônus da prova, tendo em conta que compete ao Poder Público, nas ações de desapropriação indireta, trazer elementos que possam eximi-lo das obrigações que são impostas a ele por leis e pela Constituição Federal.

À luz do disposto no art. 333, II, do CPC/73, correspondente ao 373, II, do NCPC, incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, provar: (a) a titularidade do domínio; (b) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (c) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; (d) a impossibilidade material da outorga da tutela específica, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento e da afetação.

Nesse sentido: AgRg no AREsp 160608/RJ, Relatora Ministra ELIANA CALMON, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 19/03/2014, REsp 1154751/MS, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 29/03/2011, e EREsp 922786/SC, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 15/09/2009.

Ora, o fato de o negócio jurídico ter sido realizado após o apossamento, por si só, não pode levar à presunção de ausência de prejuízo do adquirente do imóvel, e, em alguns casos, a depender do estágio da obra pública, afigura-se temerário afirmar, com certeza absoluta, que ele (adquirente) comprou o imóvel ciente da redução do seu valor econômico, mormente se, à época da celebração do contrato de compra e venda, não havia nenhuma restrição averbada no cartório de registro de

imóvel sobre o bem objeto de desapropriação.

De qualquer forma, não pode a administração pública amparar-se nesse argumento para eximir-se da responsabilidade do pagamento de eventual indenização, porque, aí sim, configurar-se-ia o enriquecimento ilícito, principalmente se ficar comprovado nos autos o nexo de causalidade entre o ato de desapropriação e o dano causado à área.

Entendo que a verba indenizatória não se limita ao valor do bem expropriado, mas abrange, também, as benfeitorias efetivamente acrescidas a ele (bem), com caráter de dano emergente, além dos juros compensatórios, contados a partir da ocupação indevida, e dos juros moratórios, aferidos a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Importante registrar que a ocorrência do esbulho parcial, vale dizer, aquele que atinge uma parte do imóvel, pode acarretar a desvalorização ou valorização da área remanescente, ou até mesmo retirar completamente o conteúdo econômico da totalidade do bem, devendo essas circunstâncias serem avaliadas no curso do processo expropriatório, mediante amplo contraditório, razão pela qual considero os fundamentos do aresto recorrido insuficientes para afastar a legitimidade dos ora recorrentes.

No caso concreto, extrai-se dos autos que Auzília Maria Schwartz e Lourdes Maria Zamboni ajuizaram ação de indenização por desapropriação contra o Departamento de Infraestrutura de Santa Catarina – DEINFRA sob a alegação de que, em virtude das obras de implementação da Rodovia Estadual SC – 303, parte de suas terras teria sido ocupada, sem receberem nenhum valor a título de indenização.

Da leitura do aresto recorrido, extrai-se que «o histórico dos imóveis objeto da inicial advém de longínquo tempo até a formação das matrículas ns. 29.018 e 29.017, que, enfim, reconheceram a propriedade das autoras a 100% da área de cada um dos terrenos descritos, em 24 de julho de 2012 (fls. 16-18 e 19-21)».

Depreende-se, ainda, do acórdão hostilizado que «a transmissão originária, às autoras, ocorreu por doação do imóvel de matrícula n. 5988, em 12 de maio de 1982 (fls. 22-26), do qual resultaram os desmembramentos e matrículas que justificam o manejo da presente ação».

Em resumo, as autoras adquiriram a área sub judice em 24/07/2012 (e-STJ fl. 187) e o apossamento administrativo teve início em 13/05/1981 (e-STJ fls. 158 e 198). Observa-se também que a Administração editou o Decreto estadual n. 2.615, publicado em 10 de julho de 2001, que declarou a utilidade pública do imóvel (e-STJ fls. 4 e 127).

Nesse contexto, o Tribunal de origem reconheceu a ilegitimidade ativa dos adquirentes para pleitear indenização por desapropriação indireta, entendendo que não sofreram nenhum dano com o desapossamento, pois «ausente qualquer indicativo de prova acerca de efetivo prejuízo, com os desmembramentos realizados, no sentido de que teriam recebido valor inferior ao que efetivamente valiam ao tempo do negócio» (e-STJ 198).

Esse entendimento estimula o Poder Público a preterir ou postergar o processo expropriatório regular, em flagrante desrespeito aos princípios da propriedade, da segurança jurídica e da moralidade administrativa, visto que transfere ao sub-rogado o encargo de obter provas cuja produção é impossível ou excessivamente difícil a fim de demonstrar o seu direito à **indenização e, em contrapartida, beneficia aquele que cometeu ato arbitrário, contrário ao Estado Democrático de Direito**, e, portanto, deu causa à instauração do processo judicial.

Ora, se não se presumem o dano e o enriquecimento ilícito, deve a administração pública, nesses casos, arcar com as consequências do abuso praticado na propriedade particular, de modo que o ônus probatório acerca da ausência de efetivo prejuízo deve recair sobre o expropriante, que tem melhores condições de acesso às provas de fato ligado à sua atividade e aos registros públicos em geral.

Assim, caso fique comprovado nos autos que o Poder Público jamais promoveu a ação expropriatória e permanece no imóvel amparando-se em decreto que fora expedido havia tempo e que declarara a utilidade pública do bem, sem ter sido renovado, nos termos do art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, tampouco averbada a restrição na matrícula respectiva (do bem) ou efetivado o pagamento ao antigo proprietário, não há como afastar a legitimidade dos titulares identificados no cartório imobiliário para proporem a ação de desapropriação.

Não se pode olvidar, como dito acima, que o decreto constitui ato administrativo preliminar ao procedimento expropriatório, tanto que o art. 29 do Decreto-Lei n. 3.365/1941 estabelece: “Efetuado o pagamento ou a consignação, expedir-se-á, em favor do Expropriante, mandado de imissão de posse, valendo a sentença como título hábil para a transcrição de imóveis.”

**Dessarte, proponho a resolução da tese controvertida da seguinte forma:**

“Os adquirentes dos imóveis submetidos à desapropriação indireta sub-rogam-se no direito de receber a indenização se, ao tempo do negócio, não tiver havido o respectivo pagamento ao antigo proprietário nem a averbação no cartório de registro de imóveis das dimensões atualizadas, sendo irrelevante o fato de a alienação ter ocorrido após o esbulho ou a conclusão da obra pública, cabendo ao expropriante o ônus da prova acerca da ausência de prejuízo.”

No exame do caso concreto, DOU PROVIMENTO ao recurso especial para cassar o acórdão recorrido, reconhecer a legitimidade ativa ad causam das ora recorrentes e determinar que o Tribunal de origem aprecie novamente o recurso de apelação interposto por elas e julgue o mérito da demanda com base nas provas constantes nos autos, observados os parâmetros aqui fixados.

É como voto.

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.750.660 - SC (2018/0162190-9)**

RELATOR :MINISTRO GURGEL DE FARIA

RECORRENTE:LOURDES MARIA ZAMBONIN

RECORRENTE :AUZILIA MARIA SCHWARTZ

ADVOGADOS :FRANCIANE SANTOS - SC021983

PAULO CÉSAR PAZIN - SC026871 ANDRÉIA MARIO - SC031401

RECORRIDO :ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADORES :CÉLIA IRACI DA CUNHA - SC022774

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERES.:DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - “AMICUS CURIAE”

**O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:** Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a” e “c”, da CF/1988) interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina com a seguinte ementa:

APELAÇÃO E REEXAME. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. VERIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DA ILEGITIMIDADE ATIVA DOS ATUAIS PROPRIETÁRIOS. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL EM MOMENTO POSTERIOR AO APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO LAUDO PERICIAL, QUE FIXOU OS MARCOS PARA TANTO. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. REFORMA DA SENTENÇA. RECURSO PREJUDICADO.

Atualmente, o STJ, majoritariamente, passou a exigir, como requisito para a procedência do pedido indenizatório por desapropriação indireta, demonstração, pelo novo proprietário, de que o valor pago pelo bem correspondeu ao montante original, ou seja, antes de eventual desvalorização oriunda do apossamento administrativo. O entendimento de que a transferência do imóvel, objeto de parcial desapropriação, subrogava o adquirente irrestritamente nos direitos do vendedor, revela-se, pois, ultrapassado (por todos: AgInt no REsp n. 1.413.228/SC)

Os Embargos de Declaração foram rejeitados às fls. 235-238, e-STJ.

As recorrentes, nas razões do Recurso Especial, apontam a presença de divergência jurisprudencial e violação de dispositivos legais específicos. Defendem, em síntese, que, mesmo quando a aquisição do bem ocorra após apossamento ou esbulho administrativo, o novo proprietário sub-roga-se em todos os direitos, incluído o de indenização e recomposição do valor pela incidência de juros moratórios e compensatórios, desde a verificação do apossamento ou esbulho administrativo.

Contrarrazões apresentadas às fls. 289-294, e-STJ.

Decisão da Corte de origem que admitiu o Recurso Especial como representativo de controvérsia às fls. 296-306, e-STJ.

Segue o aresto da Primeira Seção do STJ em proposta de afetação:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL EM DATA POSTERIOR. INDENIZAÇÃO. SUB-ROGAÇÃO. LIMITES. AFETAÇÃO.

1. A questão submetida ao Superior Tribunal de Justiça diz respeito “à legitimidade ativa dos adquirentes de imóvel para pleitear indenização por desapropriação indireta e parcial ocorrida antes da aquisição da propriedade”.
2. Tese controvertida: análise acerca da sub-rogação do adquirente de imóvel em todos os direitos do proprietário original, inclusive quanto a eventual indenização devida pelo Estado, ainda que a alienação do bem tenha ocorrido após o apossamento administrativo.
3. Afetação do recurso especial como representativo da controvérsia repetitiva para que seja julgado na Primeira Seção.

Com **brilhantismo, objetividade e erudição característicos de seus pronunciamentos**, o eminente Relator, Ministro **Gurgel de Faria**, deu provimento ao pleito e, na sistemática dos Recursos Especiais Repetitivos, propôs a seguinte tese:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AÇÃO DE NATUREZA REAL. INDENIZAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO ADQUIRENTE. SUB-ROGAÇÃO DOS DIREITOS DO ANTIGO PROPRIETÁRIO. CABIMENTO. FATO IMPEDITIVO DA PRETENSÃO AUTURAL. ÔNUS PROBANDI.

1. A desapropriação indireta – intervenção do Poder Público ou de seus delegados na propriedade particular, sem a observância do devido processo legal e do pagamento da prévia e justa indenização, conforme o art. 5º, XXIV, da CF/88 – restringe ou suprime o uso e o gozo dos direitos inerentes ao domínio do imóvel ou, ainda que parcialmente, esvazia o seu conteúdo econômico.
2. Se o bem expropriado já estiver afetado a uma finalidade pública, como na hipótese vertente, não pode mais ser objeto de reivindicação, cabendo ao particular ajuizar ação para receber a indenização por perdas e danos, nos termos do art. 35 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, em razão da impossibilidade de outorga de tutela específica.
3. A indenização por desapropriação indireta, segundo jurisprudência e doutrina majoritárias, não possui nenhum caráter obrigacional, mas real, pois decorre da perda da propriedade, podendo a ação ser proposta pelo particular enquanto não transcorrido o prazo para que o Poder Público adquira o bem por usucapião.
4. Considerando que prejuízos patrimoniais são gerados pela violação do domínio, não há motivos para vinculá-los à determinada pessoa física ou jurídica, até porque a declaração de utilidade pública do bem, por si só, não tem o condão de suprimir o direito do proprietário de uso, gozo e disposição da coisa, tratando-se apenas de condição para o início da desapropriação, que se opera com o acordo administrativo ou com a citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço do imóvel estimado pelo expropriante.

5. Imputar aos adquirentes o dever de comprovar, por meio de declaração do antigo proprietário, que este não recebeu o pagamento da indenização à época do esbulho, ou de demonstrar o efetivo prejuízo, para fazerem jus ao direito à sub-rogação, nada mais é do que inverter o ônus da prova, tendo em conta que compete ao Poder Público, nas ações de desapropriação indireta, trazer elementos que o possam eximir da responsabilidade de reparar os danos decorrentes do apossamento irregular.
6. Se não se presume o dano, muito menos o enriquecimento ilícito, deve a administração pública, nesses casos, arcar com as consequências do abuso praticado na propriedade particular, de modo que o ônus probatório acerca da ausência de efetivo prejuízo deve recair sobre o expropriante, que tem melhores condições de acesso às provas de fato ligado à sua atividade e aos registros públicos em geral.
7. Incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, provar: (a) a titularidade do domínio; b) o efetivo apossamento administrativo; (c) a destinação do imóvel à utilização pública sem as formalidades e cautelas do procedimento expropriatório e (d) a irreversibilidade da situação fática resultante do ato ilícito e da afetação.
8. Um vez comprovado que o Poder Público jamais promoveu a ação expropriatória e permaneceu no imóvel amparando-se em decreto que fora expedido havia tempo e que declarara a utilidade pública do imóvel, sem ter sido renovado, nos termos do art. 10 do Decreto-Lei n. 3.365/1941, tampouco averbada a restrição na respectiva matrícula ou efetivado o pagamento ao antigo proprietário, não há como afastar a legitimidade dos titulares identificados no cartório imobiliário para proporem a ação de desapropriação.
9. Tese jurídica firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973): “os adquirentes dos imóveis submetidos à desapropriação indireta sub-rogam-se no direito de receber a indenização se, ao tempo do negócio, não tiver havido o respectivo pagamento ao antigo proprietário nem a averbação no cartório de registro de imóveis das dimensões atualizadas, sendo irrelevante o fato de a alienação ter ocorrido após o esbulho ou a conclusão da obra pública, cabendo ao expropriante o ônus da prova acerca da ausência de prejuízo”.
10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa ad causam dos recorrentes, cassando-se o acórdão impugnado.

Petições do recorrido às fls. 381-412 e 416-426.

Para melhor análise da controvérsia, pedi vista dos autos. É o relatório.

Passo ao **VOTO-VISTA**.

Histórico da demanda

Na origem, trata-se de Ação de Indenização por Desapropriação Indireta proposta, em 2012, contra o Departamento de Infraestrutura de Santa Catarina (Deinfra). Tem como causa de pedir a realização, em 2001, de obras de pavimentação da Rodovia SC-303.

No acórdão recorrido, o competente Relator, Desembargador Ricardo Roesler, em primoroso acórdão, reconheceu, “de ofício, a ilegitimidade ativa dos apelados, para reformar a sentença e extinguir o feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil de 2015 (art. 267, VI, do CPC/1973)” (fl. 198, e-STJ, grifei). Esclarece que, em cenário como o dos autos, a fixação da legitimidade ativa “decorre de dois importantes marcos: 1) a data do efetivo



apossamento administrativo e 2) o momento da aquisição (por qualquer título) da propriedade do imóvel correspondente”. Traz, em arrimo a seu pensamento, precedentes da relatoria dos Desembargadores **Carlos Adilson Silva, Pedro Manoel Abreu e Ronei Danielli**, três respeitados integrantes do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Em **Voto esmerado, com as digitais de festejado jurista e renomado professor, o eminente Ministro Gurgel de Faria**, Relator do presente Recurso Especial, deu-lhe provimento, propondo a seguinte tese:

Os adquirentes dos imóveis submetidos à desapropriação **indireta sub-rogam-se no direito de receber indenização** se, ao tempo do negócio, não tiver havido respectivo pagamento ao antigo proprietário, nem averbação no Cartório de Registro de Imóveis das dimensões atualizadas, sendo **irrelevante o fato de a alienação ter ocorrido após o esbulho ou a conclusão da obra pública**, cabendo ao expropriante o ônus da prova acerca da ausência de prejuízo.

## **2. Identificação da divergência, considerações gerais sobre o dever de indenizar do Estado em desapropriação e o sentido de “justa indenização”**

A divergência, no âmago, resume-se a duas questões principais, inter-relacionadas umbilicalmente:

a) *o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da proibição de enriquecimento sem causa* – refinados e potencializados no Direito Privado – aplicam-se, na sua plenitude, ao Direito Público e, nomeadamente, à desapropriação indireta, em si uma construção pretoriana?

b) à luz desses cânones – e também do *princípio da moralidade* –, é legítimo, no campo da desapropriação, àquele que adquire o bem, **após** apossamento administrativo material ou normativo, sub-rogar-se nos direitos do cedente para fins de pleitear indenização contra o Estado?

Diga-se, inicialmente, que, se **o Estado desapropria, direta ou indiretamente, incumbelhe indenizar**. E, **se deve indenizar, cumpre-lhe pagar e pagar cabalmente**. Por simetria ao que se dá com o regime dos bens públicos, que repudiam **apropriação privada sem procedimento adequado (confisco-reverso** ou, no jargão popular, “grilagem”), **o ordenamento jurídico abomina a apropriação estatal de bens móveis ou imóveis dos particulares, sem o devido processo legal e sem indenização, quando esta é cabível**.

A aversão ética e jurídica não há de diferenciar e separar, de um lado, o indivíduo que toma para si (confisco-reverso) aquilo que pertence à comunidade, à Nação ou ao próximo, e, do outro, a autoridade que – à margem e além de pressupostos e formalidades legais, assim como de fronteiras estabelecidas quer pelos princípios da função social, da função ecológica e da função memorativa da propriedade, quer pelas chamadas limitações administrativas – incorpora, por esbulho frontal (= desapropriação direta) ou furtivo (= desapropriação indireta), ao patrimônio público o que compõe o patrimônio de outrem. Distinção se observa somente no varejo, p. ex., quanto à impossibilidade



de reivindicação dos “bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública”, resolvendo-se tudo “em perdas e danos” (art. 35 do Decreto-Lei 3.365/1941).

### **3. Jurisprudência uníssona da Primeira Seção do STJ em SEIS precedentes: impossibilidade de cessão de crédito e sub-rogação em desapropriação, se a aquisição do bem por terceiro acontecer após a constrição estatal**

De início, constato que, em caso **idêntico ao dos autos** – Ação de Desapropriação Indireta contra o Deinfra pela implantação de rodovia do Estado de Santa Catarina –, a Primeira Seção, em Embargos de Divergência **decididos à unanimidade**, assim se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. APOSSAMENTO ADMINISTRATIVO ANTERIOR À AQUISIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO A INDENIZAÇÃO. SÚMULA 168/STJ. INCIDÊNCIA. 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.

(...)

**II - O acórdão embargado seguiu orientação da jurisprudência desta Corte, segundo a qual caso a aquisição do bem tenha sido realizada quando existentes restrições no imóvel, fica subentendido que a situação foi considerada na fixação do preço do bem. Não se permite, por meio de ação expropriatória indireta, o ressarcimento de prejuízo que a parte evidentemente não sofreu.**

III - Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado, a teor do enunciado Sumular n. 168/STJ.

(...)

VI - 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 Corte Especial ou da 1ª Seção.**

VII - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

(AgInt nos EREsp 1.533.984/SC, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 22.6.2018, grifei).

Oito anos antes desse precedente da Relatoria da Ministra Regina Helena Costa – que assinalou haver “**jurisprudência pacífica**” na Primeira Seção do STJ sobre o tema –, o Colegiado (com votos dos Ministros **Eliana Calmon, Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Benedito Gonçalves, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques**) chegou a idêntica compreensão da questão:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE. SÚMULA Nº 168/STJ. PRETENSÃO DE REEXAME DO RECURSO ESPECIAL. INCABIMENTO.

(...)

**2. A jurisprudência da Primeira Seção desta Corte de Justiça firmou-se em que, nas hipóteses em que já incidiam as restrições administrativas decorrentes da criação do parque ecológico no momento da venda do imóvel, é incabível a indenização a título de desapropriação indireta, não havendo falar, em casos tais, em sub-rogação do direito à indenização da empresa antes controlada.**

3. O puro e simples reexame do recurso especial e de seu cabimento não se coaduna com a natureza jurídica dos embargos de divergência, cuja finalidade é a uniformização de teses jurídicas dissidentes.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EREsp 765.872/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 27/4/2010, grifei).

Como corretamente declarou o Ministro Hamilton Carvalhido no seu Voto, a jurisprudência da Primeira Seção firmou-se, em 2007, a partir de precedente da Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, em que a matéria foi **amplamente debatida**, inclusive em **vários Votos-Vista**:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS ANTERIORES À AQUISIÇÃO. PARQUE DA SERRA DO MAR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO A INDENIZAÇÃO.

**1. Se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes dos Decretos ns. 10.251/77 e 19.448/82, editados pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame.**

**2. Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual.**

3. Embargos de divergência acolhidos. (EREsp 254.246/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ 12/3/2007, p. 189, grifei).

Como se não bastassem os acórdãos acima transcritos, reproduzo três outros da Primeira Seção, na mesma linha:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO ESTADUAL N.º 10.251/77 - SP. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS PRÉ-EXISTENTES AO DIREITO DE PROPRIEDADE. INOCORRÊNCIA, IN CASU, DE PREJUÍZO A SER INDENIZADO. IMÓVEL ADQUIRIDO POR PREÇO SIMBÓLICO EM DATA MUITO POSTERIOR A CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL.

(...)

2. É inadmissível a propositura de ação indenizatória na hipótese em que a aquisição do imóvel objeto da demanda tiver ocorrido após a edição dos atos normativos que lhe impuseram as limitações supostamente indenizáveis [...]

(...)

4. Embargos de divergência providos.

(EREsp 209.297/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 13.8.2007, p. 318).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO ESTADUAL 10.251/77. CRIAÇÃO DO “PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR”. LIMITAÇÕES PREEXISTENTES EM DECORRÊNCIA DE OUTRAS NORMAS. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

(...)

4. Ademais, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp 254.246/SP (Rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12.3.2007), firmou o entendimento de que: (a) “se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes dos Decretos ns. 10.251/77 e 19.448/82, editados pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame”; (b) “não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual”.

5. Na hipótese, conforme consta da petição inicial, os autores adquiriram a propriedade do imóvel no ano de 1986.

6. Embargos de divergência providos.

(EAREsp 407.817/SP, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJe 3.6.2009).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. LEGITIMIDADE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. INSTÂNCIA ESPECIAL ABERTA POR OUTRA QUESTÃO. CONHECIMENTO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. IMÓVEL ADQUIRIDO APÓS LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA PROCEDENTE.

1. É admitido o conhecimento de matéria de ordem pública, mesmo na ausência de prequestionamento, desde que a instância especial tenha sido aberta por outra questão.

2. A jurisprudência do STJ **pacificou-se** nos sentido da responsabilização do Estado na indenização decorrente de limitação administrativa, desde que preenchidos certos requisitos; dentre eles, que **a aquisição do imóvel tenha se dado antes da ocorrência da restrição administrativa.**

3. *In casu*, aplica-se o direito à espécie (Súmula 456/STF, por analogia), para reconhecer **a falta de interesse de agir do desapropriado** (ora ré) na ação indenizatória originária, tendo em conta que se **trata de imóvel adquirido após a implementação da limitação administrativa.**

Ação rescisória procedente.

(AR 2.075/PR, Relator Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 23.9.2009, grifei).

#### **4. Jurisprudência caudalosa das Turmas de Direito Público: impossibilidade de cessão de crédito e sub-rogação em desapropriação, caso a aquisição do bem aconteça após a constrição estatal**

Além desses vários acórdãos da Primeira Seção, acima colecionados, em sentido oposto ao da posição adotada pelo eminente Relator deste Recurso Especial agora afetado como repetitivo, há inúmeros precedentes de **ambas** as Turmas de Direito Público do STJ, igualmente negando a ocorrência de cessão de crédito e sub-rogação. Transcrevo alguns deles (em **ordem cronológica**):

PROCESSUAL CIVIL. PARQUE ECOLÓGICO DA SERRA DO MAR. AQUISIÇÃO POSTERIOR À CRIAÇÃO DO PARQUE. INDENIZAÇÃO MITIGADA.

- Tendo o recorrente adquirido o imóvel após a criação do Parque Ecológico, conhecendo as limitações a ele impostas, vê-se mitigado o direito indenizatório do proprietário.

- Recurso especial não conhecido.

(REsp 258.709/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJU de 24/2/2003).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ARTS. 165, 458 E 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS. LEIS N. 898/75 E 1.172/76. PARQUE REPRESA BILLINGS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO.

(...)

**2. Se, quando da realização do negócio jurídico relativo à compra e venda de imóvel, já incidiam restrições administrativas decorrentes das Leis n.898/75 e 1.172/76, editadas pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame.**

**3. Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido, sabidamente, imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas por leis estaduais.**

4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo de instrumento e negar provimento ao recurso especial.” (AgRg no Ag 404.715/SP, Segunda Turma, Rel. Min. **João Otávio de Noronha**, DJ de 3.11.2004, grifei).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. RESTRIÇÕES ADMINISTRATIVAS. DECRETO N. 10.251/77. PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO.

1. Não se pode, por meio da ação desapropriatória, ressarcir prejuízo que o recorrente, a toda evidência, não sofreu, visto que adquiriu sabidamente um imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não-provido.

(REsp 407.186/SP, Rel. Min. João Otávio Noronha, Segunda Turma, DJU de 18.8.2006).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. DECRETO ESTADUAL N.º 10.251/77 - SP. CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS PRÉ-EXISTENTES AO DIREITO DE PROPRIEDADE. INOCORRÊNCIA, IN CASU, DE PREJUÍZO A SER INDENIZADO. IMÓVEL ADQUIRIDO EM DATA POSTERIOR A CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Controvérsia gravitante em torno da indenizabilidade ou não de área atingida por limitação administrativa advinda da criação de Área de Proteção Ambiental.

2. É inadmissível a propositura de ação indenizatória na hipótese em que a aquisição do imóvel objeto da demanda tiver **ocorrido após a edição dos atos normativos que lhe impuseram as limitações supostamente indenizáveis [...]**

(...)

5. Recurso especial conhecido e desprovido.

(REsp 746.846/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 20.9.2007, p. 224, grifei).

ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA – DECRETO ESTADUAL 10.251/1977 – CRIAÇÃO DO PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR – LIMITAÇÕES PREEXISTENTES EM DECORRÊNCIA DE OUTRAS NORMAS – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – PRECEDENTES.

(...)

3. In casu, os particulares adquiriram a propriedade após a edição do Decreto Estadual. Indenização indevida.

4. Recurso especial da Fazenda do Estado de São Paulo provido e recurso especial dos particulares prejudicado.

(REsp 1.059.491/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30/9/2009).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, A E C, DA CF/1988. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. RESOLUÇÃO N.º 66, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1985, DA SECRETARIA DA CULTURA DE SÃO PAULO, QUE DETERMINOU O TOMBAMENTO DE BENS NATURAIS DE RELEVANTE INTERESSE ECOLÓGICO, PAISAGÍSTICO E TURÍSTICO. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER GERAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. PRECEDENTES DOSTJ - ERESP 209.297/SP, DJ. 13.08.2007. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. **As limitações administrativas preexistentes à aquisição do imóvel não geram indenização pelo esvaziamento do direito de propriedade, máxime quando o gravame narrativo é antecedente à alienação e da ciência do adquirente** (Precedentes: AgRg no REsp 769.405/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe 16/04/2010; EAg 404.715/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, julgado em 11/05/2005, DJ 27/06/2005, p. 215).

(...)

5. É inadmissível a propositura de ação indenizatória na hipótese em que a aquisição do imóvel objeto da demanda tiver ocorrido após a edição dos atos normativos que lhe impuseram as limitações supostamente indenizáveis [...]

6. *Mutatis mutandis*, os seguintes precedentes desta Corte: AgRg nos EREsp 257.970/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 11/11/2009, DJe 19/11/2009; REsp 1.059.491/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009, DJe 30/09/2009; EREsp 209.297/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 318.

(...) 8. Recurso especial conhecido e desprovido

(REsp 1.168.632/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 1/7/2010).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PREEXISTENTE AO DIREITO DE PROPRIEDADE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83 DESTA CORTE.

1. É cediço nesta Corte o entendimento segundo o qual é “inadmissível a propositura de ação indenizatória na hipótese em que a **aquisição do imóvel objeto da demanda tiver ocorrido após a edição dos atos normativos que lhe impuseram as limitações supostamente indenizáveis**” (REsp 746.846/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 20.9.2007).

2. Estando o acórdão recorrido em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, corretamente foi aplicado o Enunciado n. 83 da Súmula desta Corte para negar provimento ao agravo de instrumento.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1.103.185/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 23/6/2009, grifei).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. OLEODUTO. AREA NON AEDIFICANDI. LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO.

1. O recurso especial foi interposto nos autos de ação de desapropriação indireta, postulando-se indenização consistente no valor da área *non aedificandi* ao redor de oleodutos existentes no imóvel do autor.

(...)

3. É indevido o direito à indenização se o imóvel for adquirido após o implemento da limitação administrativa, porque se supõe que as restrições de uso e gozo da propriedade já foram consideradas na fixação do preço.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido.

(REsp 1.126.525/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe: 25/5/2010, grifei).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR DER/PR. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO EXTEMPORÂNEO. RECURSO INTERPOSTO POR GSM ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A. ART. 535 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AREA NON AEDIFICANDI. EXTENSÃO DE RODOVIA BR 470.

(...)

5. É indevido o direito à indenização se o imóvel for adquirido após o implemento da limitação administrativa, porque se supõe que as restrições de uso e gozo da propriedade já foram consideradas na fixação do preço.



6. Recurso especial interposto pelo DER/PR não conhecido. Recurso especial interposto por GSM ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A parcialmente provido, apenas no tocante aos juros compensatórios.

(REsp 920.170/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18/8/2011).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. NOVO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE SUB-ROGAÇÃO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO.

1. O novo proprietário não pode se locupletar indevidamente do direito de indenização a ser pago pelo Estado, pois não foi ele quem sofreu prejuízo com a intervenção do expropriante em sua propriedade.

2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento, segundo o qual, para o atual proprietário do bem fazer jus ao valor da indenização, pela desapropriação indireta, seria necessário que demonstrasse nos autos que o adquiriu pelo seu preço antes da desvalorização advinda do apossamento administrativo. Precedentes.

(...)

4 Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.413.228/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12/6/2017).

No REsp 1.126.525/SP, acima referido e julgado em 2010, o Ministro Castro **Meira**, em seu Voto, já naquele momento constatava ser “**pacífico o entendimento desta Corte** sobre o fato de ser indevido o direito à indenização se o imóvel for adquirido após o implemento da limitação administrativa, porque supõe-se que as restrições de uso e gozo da propriedade já foram consideradas na fixação do preço”. Concluiu, então, que “a aquisição posterior do imóvel não justifica a alegação de surpresa com o ato praticado pelo Estado que teria causado desvalorização à propriedade. Por isso mesmo, não há que se cogitar em pagamento de indenização.” (grifei).

Da Segunda Turma, transcrevo mais um precedente **unânime**, no qual a Ministra **Eliana Calmon** apresentou Voto-Vista (“verifica-se que está o acórdão impugnado em posição diametralmente oposta à jurisprudência”):

ADMINISTRATIVO. PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL APÓS IMPOSIÇÃO DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Não cabe indenização pela limitação administrativa decorrente da criação do Parque Estadual da Serra do Mar, se o imóvel foi adquirido quando já incidiam as restrições impostas pelo Estado de São Paulo.

2. Viola o **princípio da boa-fé objetiva** o particular que adquire, por sua conta e risco, imóvel dentro de Unidade de Conservação (Parque Estadual), ciente das limitações impostas à propriedade, e, posteriormente, vem exigir indenização do Estado a pretexto dessas mesmas limitações.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 686.410/SP, Rel. Min. **Herman Benjamin**, Segunda Turma, DJe 11/11/2009, grifei).



Enfrentando, *mutatis mutandis*, a **mesma questão de fundo** relativa à construção de estrada (aqui, alargamento da faixa de domínio da BR-470) trazida nos presentes processos afetados como Repetitivos pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 535 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. AREA NON AEDIFICANDI. EXTENSÃO DE RODOVIA. BR 470.

1. O recurso especial foi interposto nos autos de ação de desapropriação indireta, postulando-se indenização consistente no valor da área *non aedificandi*.

(...)

**3. É indevido o direito à indenização se o imóvel for adquirido após o implemento da limitação administrativa, porque se supõe que as restrições de uso e gozo da propriedade já foram consideradas na fixação do preço.**

(...)

5. Recurso especial conhecido em parte e provido apenas quanto aos juros compensatórios.

(REsp 1.078.456/SC, Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4/10/2010, grifei).

Registro, por derradeiro, precedentes em **processos oriundos de Santa Catarina que têm como parte o Deinfra** (órgão recorrido no presente Recurso Especial) e, em alguns deles, os mesmos Advogados:

ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 14-A, §4º, E 27 DO DECRETO LEI N. 3.365/41 E DO ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DECISÃO DE ORIGEM QUE ENTENDEU SER DEVIDA À INDENIZAÇÃO. DECISÃO DE ORIGEM EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACOLHIDA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 14-A, §4º DO DECRETO LEI N. 3.365/41 PREJUDICADA.

I - Com relação à alegada violação dos arts. art. 14-A, § 4º, e 27 do Decreto Lei n. 3.365/41, e do art. 884 do Código Civil, com razão o recorrente, posto que o decisum, ao considerar que «ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado» (fl. 224), **está em dissonância com a atual jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual é indevido o direito à indenização se o imóvel foi adquirido após a imposição de limitação administrativa, porque se supõe que as restrições de uso e gozo da propriedade já foram consideradas na fixação do preço.**

(...)

IV - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1.713.268/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 15.8.2018, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. CONSTRUÇÃO DA RODOVIA283/SC. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. NOVO PROPRIETÁRIO. AUSÊNCIA DE SUB-ROGAÇÃO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO.

## LOCUPLETAMENTO ILÍCITO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. Em 1984, houve a posse administrativa de terreno de 5.161,00 m<sup>2</sup>, que fazia parte de área de 90.649 m<sup>2</sup>, para a implantação da Rodovia 283/SC, que une os Municípios de Mondaí e Riqueza, localizados no Estado de Santa Catarina. O Decreto expropriatório foi publicado em 13.5.1994. No dia 10.5.2000, a recorrida adquiriu a propriedade do bem, através da escritura pública de compra e venda, registrada no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Mondaí/SC.

(...)

6. O Deinfra discute a legitimidade da recorrida para figurar no polo ativo da demanda que busca indenização pelos prejuízos advindos da supressão que teve em sua propriedade, pois não teria sido sub-rogada no direito de propriedade do seu antecessor.

7. Apesar de o Deinfra não ter sido capaz de comprovar o pagamento da indenização pela desapropriação indireta ao antigo proprietário, mostra-se ilegítimo o interesse da recorrida na obtenção da indenização, porquanto adquiriu o imóvel após a intervenção da Administração na propriedade. Dessarte, obteve o bem do antigo proprietário com depreciação no seu valor venal.

**8. Para que o atual proprietário do bem tivesse direito ao valor da indenização, pela desapropriação indireta, seria necessário que demonstrasse nos autos que o adquiriu pelo seu preço antes da desvalorização advinda do apossamento administrativo.**

9. Recurso Especial provido.

REsp 1.424.653/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/10/2016, grifei).

## PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. AQUISIÇÃO POSTERIOR. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO.

(...)

2. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência de que, **caso a aquisição do bem tenha sido realizada quando existentes restrições no imóvel, fica subentendido que a situação foi considerada na fixação do preço do bem.** Assim, devem ser negados pleitos indenizatórios por limitações administrativas, quando estas são anteriores à aquisição do imóvel, buscando o ressarcimento de prejuízo que a parte evidentemente não sofreu. [...]

3. Recurso Especial provido.

(REsp 1.700.356/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2017, grifei).

Observa-se, ademais, uma terceira posição (intermediária), que condiciona a transmissão da pretensão indenizatória a ser o novo adquirente capaz de provar ter pago, pelo imóvel, preço de mercado, aferido pelo valor a ele atribuído antes do apossamento: “para o atual proprietário do bem fazer jus ao valor da indenização, pela desapropriação indireta, seria necessário que demonstrasse nos autos que o adquiriu pelo seu preço antes da desvalorização advinda do apossamento administrativo.” (AgInt no REsp 1.413.228/SC, Rel. Ministro **Benedito Gonçalves**, Primeira Turma, DJe 6.6.2017); no mesmo diapasão, REsp 1.424.653/SC, Rel. Ministro **Herman Benjamin**, Segunda Turma, DJe 10.10.2016. Aliás, foi esse o raciocínio utilizado pelo acórdão, ora recorrido, do Tribunal

de Justiça de Santa Catarina. Embora eu já tenha esposado tal ideia, reposiciono-me agora para seguir a jurisprudência pacífica da Primeira Seção, consolidada desde 2007 e mais recentemente repisada no supracitado acórdão da relatoria da eminente Ministra Regina Helena Costa (AgInt nos EREsp 1.533.984/SC, Primeira Seção, DJe 22.6.2018).

Por último, cabe lembrar que, realmente, como aludido pelo eminente Ministro Gurgel de Faria, constam decisões da Primeira e da Segunda Turmas que admitem a possibilidade de cessão de crédito e a sub-rogação. Contudo, estamos diante, em primeiro lugar, de julgados antigos, anteriores à fixação, a partir de dezembro de 2006, de entendimento vinculante no âmbito da Primeira Seção. Em segundo lugar, trata-se de precedentes isolados e discrepantes do estipulado pela Primeira Seção: o fenômeno que, mais amplamente, designo como *jurisprudência inercial*.

Denomino de *jurisprudência inercial* a deformidade da prática judicial patenteada por precedentes-solitários – ilhotas perdidas em oceano antagônico –, cuja *força genética de inspiração normativa* desapareceu, no caso da lei; ou, na hipótese de princípios, sucumbiu ao descrédito ou desuso; ou, ainda, em situação de divergência interna entre órgãos colegiados do mesmo Tribunal, foi afastada por orientação vinculante firmada em grau superior (p. ex., Seção versus Turma). A anomalia traduz tripla infração, simultaneamente *ao dever de uniformização da jurisprudência, ao dever de manutenção da estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência, e ao dever de fundamentação adequada e específica na modificação de jurisprudência pacificada*, consoante prescrição taxativa estampada nos arts. 926, caput, e 927, § 4º, do Código de Processo Civil.

A natureza inercial se explica, embora não se legitime, por várias razões. Entre elas, mencione-se, de início, o comodismo imposto pela rotina de trabalho, que fomenta a repetição automática de parâmetros jurisprudenciais “zumbi” (mortos e vivos a um só tempo), imperfeição compreensível diante de desgovernado e inavegável dilúvio de processos que aflige o STJ e outros Tribunais brasileiros, cenário agravado por sermos, até recentemente, compelidos a tudo manusear por meio de autos físicos. Além disso, avulta a facilidade, na era do computador, de reiteração acrítica (“cópia e cola”) de precedentes, mecanicismo por vezes incapaz de identificar ou descartar proposições jurisprudenciais reverberantes de ideias concebidas sob inspiração de regimes jurídicos anacrônicos, revogados ou incompatíveis com as premissas éticas, jurídicas e políticas do presente.

## 5. Precedentes do STF

Na mesma linha, *mutatis mutandis*, da lógica jurídica aqui adotada, já decidiu o STF que “Restrições administrativas à propriedade da parte recorrente, pré-existentes à aquisição do imóvel por legislações anteriores à Resolução 48/92 da Secretaria da Cultura/SP, não geram indenização.” (AI 526.272 AgR/SP, Rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 22.2.2011).

Identicamente:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. INDENIZAÇÃO.

I - Se a restrição ao direito de construir advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização. Todavia, o direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade. **Se as restrições decorrentes da limitação administrativa preexistiam à aquisição do terreno, assim já do conhecimento dos adquirentes, não podem estes, com base em tais restrições, pedir indenização ao poder público.**

II. - R.E. não conhecido. (RE 140.436, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 6.8.1999, grifei).

## 6. Debates aprofundados e elucidativos na sessão de julgamento

No colegiado, foram aprofundados e elucidativos os debates acerca da questão central do Recurso Especial. O Ministro **Francisco Falcão**, acompanhando a divergência, pontuou: “Essa matéria já foi amplamente discutida em 2005, em 2006, no período em que eu era Presidente da Primeira Seção [...] E, sabedor de que quem adquiriu a propriedade sabia que havia restrição sobre aquela gleba, sobre aquele título de domínio, não tenho como modificar esta jurisprudência já pacificada no STJ.”

Por sua vez, o Ministro Sérgio **Kukina** rememorou que a matéria está associada à chamada “indústria da desapropriação”. Tal patologia, nas suas palavras, “sempre gerou perplexidade, precatórios que se repetiam [...] tudo de fato desenhando esse cenário que não foi auspicioso, principalmente para o Erário e, portanto, para os contribuintes.”

O Ministro **Benedito Gonçalves** ponderou que, embora tenha havido oscilação na jurisprudência, “chegou-se o momento de definir as situações que foram bem postas aqui, firmando uma posição”.

Da posição majoritária discordou o Ministro **Og Fernandes**, acompanhando o Relator originário, arguindo que, ao se negar a possibilidade de cessão/sub-rogação, se estaria “colocando o Estado numa situação de privilégio, que beira a um enriquecimento ilícito”.

Em esmerado Voto Vogal escrito, a Ministra **Assusete Magalhães** não se opõe, na essência, à linha jurisprudencial da Primeira Seção sobre a vedação de cessão/sub-rogação, desde que se trate de constrição provinda de limitação administrativa ou normativa, cenário em que, nas suas palavras, realmente quem adquire após a constrição “não pode pretender obter depois indenização pela existência dessa limitação administrativa”. Logo, “em se tratando de limitação administrativa, aplica-se, sim, esse entendimento» da Primeira Seção. Contudo, inferiu que, na hipótese dos autos, a situação é *distinta*, *discrímen* que afasta a pertinência dos precedentes arrolados, por “versarem sobre pedidos de indenização em decorrência de limitações administrativas, que não envolveram o apossamento ou o esbulho da propriedade pela Administração Pública”. Vale dizer, a jurisprudência da Primeira Seção permanece íntegra no universo próprio das limitações administrativas ou normativas, mas não no espaço da desapropriação indireta por *apossamento físico* (esbulho, como neste processo, para execução de pavimentação de estrada) de parcela do imóvel. Daí não se enxergar fundamento jurisprudencial apto a obstar, *in casu*, a alegada cessão/sub-rogação.

Finalmente, pontuou a Ministra **Regina Helena Costa**, sufragando o encaminhamento majoritário, não se justificar impedir a cessão/sub-rogação apenas nos casos de limitação administrativa. Se o fundamento dessa vedação é a reconhecimento, sob o pálio de princípios caros ao Direito, de que o adquirente não sofreu os efeitos da intervenção do Estado, igual entendimento deve ser aplicado em situações de desapropriação como a dos autos, pois “em sendo esbulho, em sendo apossamento, é a própria supressão do direito de propriedade”.

### **7. Princípios da boa-fé objetiva, da proibição do enriquecimento sem causa e da moralidade: a justa indenização**

A propósito da questão estampada neste Recurso Especial, assinale-se, no plano teórico-dogmático, que o vigente regime jurídico de regência das relações de Direito Público proclama imensa ojeriza ao enriquecimento sem causa e exalta a boa-fé objetiva e a moralidade. Por isso, a medida de ressarcimento na desapropriação direta e indireta converge para uma única bitola, a *justa indenização*: “justiça” guiada por critérios de *impecável comportamento negocial e por critérios isentos de avaliação do prejuízo*. É nesse contexto que se insere a inadmissão de sub-rogação/cessão de crédito expropriatório, quando a constrição estatal for anterior à alienação do bem.

O legislador estatui, quanto à apuração proba e acurada do prejuízo, que se “deverá atender, especialmente”, a parâmetros legais impositivos e inafastáveis (art. 27 do Decreto-Lei 3.365/1941):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA DE PASSAGEM. ALEGAÇÃO DE ESBULHO. ARTS. 1.210, CAPUT, E 1.385, §§ 1º E 2º, DO CÓDIGO CIVIL. INSTALAÇÃO DE OLEODUTO SUBTERRÂNEO. PRESSUPOSTOS DA DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ARTS. 35 E 40 DO DECRETO-LEI 3.365/1941. PROVA PERICIAL. USO E FRUIÇÃO NÃO AFETADOS. JUSTA INDENIZAÇÃO. PROIBIÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL. EXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

(...)

3. Na desapropriação direta ou indireta, **lesão concreta** – e não a hipotética ou fantasiosa – é a única medida da indenização, tomando-se por base o uso normal, anterior e lícito do bem, após dedução tanto de ônus e limitações privadas, legais ou administrativas sobre ele incidentes, como de eventual valorização do patrimônio remanescente em virtude da intervenção estatal. A **justiça da indenização** corresponde a assegurar que não terá valor superior nem inferior ao prejuízo efetivamente sofrido. Desrespeito a tais parâmetros significa **enriquecimento sem causa** de uma das partes e rompimento do princípio constitucional da justa indenização.

(...)

7. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1.868.409/SP, Rel. Min. **Herman Benjamin**, Segunda Turma, DJe 21/8/2020, grifei).

Útil aqui rememorar que o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da proibição de enriquecimento sem causa se desenvolveram – ou, melhor dizendo, foram refinados e potencializados

– no Direito Privado. Até recentemente, simbolizavam, no Brasil, pouco mais do que referência doutrinária e jurisprudencial *a latere* do sistema normativo, já que lhes faltava amparo amplo, sólido e técnico no Código Civil de 1916. Após a promulgação da Constituição de 1988, do Código Civil de 2002 e de uma série de leis especiais, esses dois princípios ganharam *centralidade* na genética e na arquitetura molecular das relações jurídicas tanto privadas como públicas.

Na verdade, ascenderam a patamar de *diretriz vinculante comum* ao Direito Privado e ao Direito Público, universalidade que não significa grau de exigibilidade simétrico. Análise cuidadosa detecta exuberância mais acentuada no Direito Público, predisposição lógica em razão das expectativas e amarras enfeixadas no postulado da *indisponibilidade* do interesse público, pilar vital da ordem da *res publica*, a nossa República. Já o Direito Privado, sabemos, acomoda espaço por excelência de *direitos disponíveis*, com notórias exceções, algumas consagradas na civilística centenária, outras, mais recentes, em favor de sujeitos, comunidades e bens jurídicos vulneráveis, categorias atreladas ao Estado Social de Direito.

Por isso, correto afirmar que **o Direito Público brasileiro se insere em macrocosmo dominado pela boa-fé objetiva, pela proibição de enriquecimento sem causa e pela moralidade**. Daí a proeminência e a aplicação rigorosa desses três princípios, o que implica intransigência administrativa e judicial na tradução que deles se faça no controle de relações jurídicas públicas (ou com reflexos públicos), indo além dos arquétipos do Direito Privado, já que este se guia pelo intuito de facilitar e ao máximo acelerar as operações econômicas e empresariais no mercado, liberdade e velocidade mitigadas, quando não objetadas, no macrocosmo do Direito Público.

Não passa pelo teste dos princípios da boa-fé objetiva, da proibição de enriquecimento sem causa e da moralidade aquele que – ao adquirir bem já na vigência de normas restritivas do uso e gozo ou de apossamento administrativo material – tenciona cobrar lesão que pessoalmente não sofreu. Esse tipo de negócio, por vezes negociata, se faz com pleno conhecimento da constrição preexistente. Descabido, então, bradar por prejuízo, tanto mais porque se pressupõe tenha pago, pelo móvel ou imóvel, preço de mercado, e não valor conjectural.

Para o STJ, “é princípio que rege o instituto da indenização a comprovação da *ocorrência efetiva do dano pretensamente sofrido*, não sendo possível a reparação de um dano hipotético”. Importante, pois, em processos desse jaez, impedir que “valores milionários e sabidamente superiores àqueles de mercado da propriedade supostamente expropriada” sejam “pagos pelas Fazendas Estaduais, **numa atitude longe de estar acima de qualquer suspeita. O julgador não pode ficar escondido atrás dos inúmeros processos que chegam à sua mesa e afastar-se da realidade dos fatos.**” (REsp 258.709/SP, Rel. Ministro **Francisco Falcão**, Primeira Turma, DJU de 24/2/2003, grifei).

Na esteira desse raciocínio, beira o absurdo a ânsia desses compradores de alcançar “legitimação judicial” para condutas impulsionadas pelo lucro fácil e ciclópico, com nítido contorno de repreensível especulação imobiliária, de atentado a padrões ético-jurídicos mínimos e de desvirtuamento de institutos clássicos do Direito. No fundo, quem assim se comporta ambiciona que o Judiciário acredite no conto da carochinha de haver sido negociado o bem com ônus preexistente



– decorrente de intervenção material do Estado visível a olho nu ou de limitações administrativas de conhecimento público – por valor irreal, como se estivesse vazio de constrição, e não, como normalmente sucede, por montante desproporcional ou ínfimo em comparação com o que se cobra do Estado. Tudo para, em seguida, alegar ignorância da constrição ou, alternativamente, apregoar – mesmo na carência de documento ou cláusula específica de pacto acessório – pagamento com cessão de crédito e sub-rogação do preço anterior e integral do bem. Isso sem computar a desvalorização sofrida em decorrência da parcela indisponível, o que obrigaria o devedor (expropriante) a, por sucessão e substituição, indenizar o novo titular em vez de fazê-lo ao credor primitivo (alienante).

Nessa fantasia de *cláusula contratual ou translação implícitas*, com aspiração de dogma jurídico, o que se quer – em pleno território do Direito Público, em que estipulações negociais, diante de dúvida ou omissão, são interpretadas ou integradas em favor do interesse público – é apresentar o adquirente do bem como titular, não de simples contrato de alienação, mas, sim, de ato jurídico de cessão de crédito acompanhada da respectiva sub-rogação. Assertiva lançada apesar da falta de pacto acessório, com vontade contratual expressa e inequívoca de transferência de direitos derivados da desapropriação, além de comprovação idônea de que o valor pago pelo adquirente ao alienante não abrangia, em si, como racional, depreciação ordinária por ser a aquisição subsequente a apossamento ou esbulho administrativo.

Calha, na abordagem da questão de fundo debatida no presente Recurso Especial, agregar a lição, atrás transcrita, do saudoso Ministro **Teori Zavaski**, fiel em tudo ao espírito do art. 884 e seguintes do Código Civil, que veda o enriquecimento sem causa: “subjaz à proibição de cobrança, pelo novo proprietário, de indenização por restrição ou esbulho administrativo, o entendimento de que **o princípio constitucional da justa indenização visa a proteger o direito de propriedade, mas não a fomentar enriquecimento indevido, à base de pura especulação imobiliária**”. Demanda como a dos presentes autos “**representa, não o exercício de um direito, mas uma invocação abusiva do direito**” (Voto-Vista proferido no âmbito dos EREsp 254.246/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ 12.3.2007). No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. PARQUE ESTADUAL DA SERRA DO MAR. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL APÓS LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DIREITO A INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO PÚBLICO.

1. Incabível indenização pela criação do Parque Estadual da Serra do Mar se o imóvel foi adquirido em período em que já incidiam as limitações administrativas impostas pelo Estado de São Paulo.
  2. Viola frontalmente o **princípio da boa-fé objetiva**, aplicável com maior ênfase e amplitude no Direito Público, aquele que, sabendo ou podendo saber da incidência de limitações ambientais ou urbanísticas sobre o imóvel, adquire-o para, em seguida, cobrar da Administração pela redução da explorabilidade econômica do imóvel, qualidade que já lhe faltava à época da celebração do negócio jurídico.
  3. Recurso Especial não provido.
- REsp 765.872/SP, Relator Min. **Herman Benjamin**, Segunda Turma, DJe 11.11.2009, grifei).



ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. ART. 26, CAPUT, DO DECRETO-LEI 3.365/1941. DATA DO APOSSAMENTO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Desapropriação Indireta proposta pelos recorridos visando à condenação do DER/MG ao pagamento de indenização pela ocupação irregular de imóvel de sua propriedade, localizado entre Patos de Minas e o entroncamento da BR 040, para a construção das rodovias estaduais MGT 354 e 410.

3. [...] O art. 884 do Código Civil deve ser lido não só como justa providência legal de restituição do indevidamente auferido (= fato pretérito, Direito de danos), mas também, e com maior razão, como **barreira preventiva para evitar a consumação da anomalia censurável** (= fato futuro, Direito de riscos).

4. Recurso Especial provido.

(REsp 1.695.016/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8/9/2020, grifei).

Note-se que o que se afasta não é o *direito à indenização por intervenção ou esbulho administrativos em si*, que remanesce com o titular do domínio à época da restrição. Apenas se afirma que, com base nos princípios da boa-fé objetiva, da proibição de enriquecimento sem causa e da moralidade, o *adquirente posterior* não é parte legítima para cobrá-lo, por lhe faltar interesse de agir, em face da presunção *juris et de jure* de conhecimento prévio das restrições administrativas e de desconto, no preço do negócio, da inexorável desvalorização do bem. À vista dessa *dupla presunção*, a aquisição do imóvel opera sem a transferência integral de direitos que pertenciam ao titular anterior, ou seja, não ocorre cessão de crédito e conseqüente pagamento com sub-rogação convencional. Em outras palavras, não é ausência objetiva de direito, mas cobrança por quem não pode fazê-lo por nudeza de titularidade subjetiva do direito.

E assim há de ser. No Direito Público, sobretudo sob o influxo do Estado Social de Direito, a cessão de crédito e o pagamento com sub-rogação não se prestam para fundamentar a aquisição de direitos, prerrogativas e poderes lastreados na má-fé, na especulação imobiliária, na transformação de débitos públicos em caça ao tesouro perpetrada por comportamentos usurários. Enfim, devem ser observados os padrões ético-jurídicos que regem a vida em sociedade, entre eles a boa-fé objetiva, a proibição de enriquecimento sem causa, além da moralidade administrativa tanto nas relações diretas entre o Estado e os cidadãos, como naquelas entre estes, de cunho privado, que possam afetar aquele.

No Estado Social de Direito, ao ordenamento jurídico outorga-se a nobre e imprescindível função de resguardar a alienação, a aquisição e a circulação de direitos legítimos e de riqueza honesta, nunca a de validar e garantir o comércio de danos com desígnio nitidamente especulativo contra os cofres públicos, a poupança popular e as gerações futuras.

Esses três princípios dorsais do ordenamento público da atualidade se projetam, em igual medida, nas repercussões processuais dos institutos jurídicos substantivos, ou seja, sobre o *direito de ação contra a Administração*. Antítese do Estado Social de Direito, o império do *Estado do Vale-Tudo* – que, por infelicidade, largou na prática da ordem jurídica contemporânea resquílios individualistas e de ganância infinita, fantasma a obstinadamente bolinar a prestação jurisdicional

socialmente orientada – caracteriza-se pela utilização do Judiciário para atacar os cofres da República, alimentados pelo suor do esforço intergeracional do sofrido povo trabalhador. A situação ganha contornos de grave crise quando se formam grupos para comprar terras em litígio e, a pretexto de terem adquirido mais do que pagaram, cobram do Estado por conflitos imobiliários reais ou fictícios, no passado resolvidos sob a ameaça de bala e hoje solucionados por técnicas mais sutis, mas nem por isso menos repreensíveis e inaceitáveis. Reivindicar o adquirente, supostamente cessionário/sub-rogado, mais do Estado do que efetivamente pagou ao proprietário primitivo equivale à típica *operação usurária*, consistente em comprar barato ou a custo zero créditos inseguros para recebê-los com ágio muitas e muitas vezes superior ao percentual permitido às instituições financeiras, legalmente reconhecidas como tal.

A atual jurisprudência do STJ nesse tema, aqui repetida, consolidou-se em reação a esses litígios que, na esteira da assombração do *Estado do Vale-Tudo*, se multiplicaram, especialmente nas áreas ambiental, da reforma agrária e do patrimônio cultural, núcleos da chamada “indústria da desapropriação”, fenômeno perverso, mas altamente lucrativo, que levou, no extremo, à alcunha de “máfia da desapropriação”. Essa perversão do Direito aflorou, p. ex., na enxurrada, no STJ, de recursos com valores gigantescos, a pretexto de desapropriação de imóveis da Serra do Mar que, por um conjunto de causas, até mesmo corrupção de peritos e desleixo judicial, provocaram prejuízos de dezenas de bilhões de reais ao Estado, alguns desses processos tendo recebido divulgação nos meios de comunicação de cobertura nacional.

A propósito, vale reproduzir a oportuna reflexão do Ministro **Sérgio Kukina**, pronunciada no decorrer dos debates orais:

Se vendo um imóvel já afetado por uma intervenção, por uma restrição administrativa, supõe-se que quem o adquiriu sabe dessa circunstância, dessa incidentalidade, e o preço de mercado, portanto, terá sido observado à luz dessa realidade ao tempo da aquisição.

Tal contexto sempre gerou espaço para esse tipo de denominação, indústria da desapropriação. Vem-se de um tempo, estou falando da década de 80 ..., em que, para os proprietários, no interior do estado, era praticamente um orgulho poder disponibilizar parte de sua propriedade para implantação de uma rodovia, porque isso trazia progresso para a região. Se seu imóvel valesse cem mil cruzeiros, na época, imediatamente passava a valer cento e cinquenta, duzentos mil, para fins de comércio imobiliário. Nunca ninguém perdeu dinheiro, pelo menos no Paraná, por força da implantação de asfalto em sua propriedade.

Não raro, o que se via, sobretudo ao tempo da espiral inflacionária da época, era isto, um recorte para implantação do leito asfáltico fazia com que o proprietário recebesse valores muitas vezes superior ao valor da propriedade inteira. Isso, portanto, sempre gerou perplexidade, isso é bem verdade. Precatórios que jamais se esgotavam, repetiam-se e sempre atualizando contas. Enfim, isso tudo, de fato, desenhou esse cenário, que não foi auspicioso, principalmente para o erário e, portanto, para nós, contribuintes, sem dúvida.

## 8. Cessão de crédito e pagamento com sub-rogação no Código Civil

Sobre esse palco de supremo imperativo ético no comportamento dos sujeitos da relação

jurídica de Direito Público – com ênfase até maior, acima se advertiu, do que nas relações de Direito Privado, na medida em que estas se expressam de maneira menos formal, até por conta do ânimo de agilidade das transações comerciais, v.g., *factoring* e títulos ao portador – não se sustentam argumentos usuais trazidos em demandas desse tipo: *apelo a quadro normativo de pagamento com sub-rogação e de cessão de crédito*.

Em arrimo à tese esposada em processos desse jaez, “compradores candidatos a cessionários” apelam com frequência ao art. 349 do Código Civil: “A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.” Ora, tal dispositivo não se aplica isoladamente, pois depende de *prévia deliberação acerca da possibilidade ou não do pagamento por sub-rogação em si*.

Somente quando confirmada a viabilidade da sub-rogação é que se prossegue, com fulcro no art. 349, na análise da extensão do *efeito translativo*. E, por razões antes indicadas, vimos ser impossível o pagamento com sub-rogação em casos com o perfil aqui analisado. Sobretudo se faltante título próprio exigível para o negócio, representado por *pacto acessório expreso e inequívoco* sobre eventual valor devido por desapropriação. Repise-se a presunção jurídica absoluta: quem compra imóvel que sabe ou deveria saber sofrer intervenção ou esbulho administrativos o faz à sua conta e risco, adquirindo-o com os *deficit* sobre ele ocasionalmente incidentes, computada eventual desvalorização no próprio preço a ser pago. Como então falar em pagamento com sub-rogação, vale dizer, pagamento do preço real e atual de mercado do imóvel acrescido do valor pretérito e especulativo em decorrência de desapropriação pelo cedido (Estado)?

Nessas situações, impróprio também falar em *pagamento com sub-rogação* (de direito ou convencional), nos termos do Código Civil. Aquela, porque a conduta que se quer validar não se encaixa nas modalidades previstas nos incisos do art. 346 do Código. Esta, porque incompatível a alegada sub-rogação com as duas hipóteses referidas no art. 347. A uma – admitindo-se a legitimidade e o cabimento do efeito translativo em tal cenário, o que não se põe, como melhor se explicará adiante –, porque se requer que o proprietário original que recebeu “o pagamento de terceiro” transfira, “expressamente”, a este “todos os seus direitos” (inciso I); a duas, porque não se verifica, em tais demandas, empréstimo “ao devedor”, entenda-se, ao Estado (inciso II).

Tampouco se sustenta o raciocínio de que estamos diante de *cessão de crédito*, disciplinada nos arts. 286 a 298 do Código Civil. Ou seja, o argumento de ter o alienante do imóvel com anterior intervenção ou apossamento administrativos repassado crédito perante o Estado para o adquirente, mesmo que este conheça a restrição e tenha pago preço atual de mercado, dele excluídas eventuais perdas atribuídas à expropriação direta ou indireta.

Assinale-se que, mesmo se fosse, em tese, admissível a cessão de crédito, nas circunstâncias aqui colocadas claudicariam os pressupostos para tanto, dado que o Código Civil de 2002 (assim como o anterior, art. 1.065) impõe ressalvas e controles de ordem pública ao instituto, ao prescrever que o credor só pode “ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor” (art. 286, grifei).

A tais condicionantes, que implicam *inaccessibilidade absoluta do crédito*, atribui-se papel significativamente destacado em ordenamento jurídico alicerçado em reposicionamento ético-político da regulação do Direito Público, molde que superestima os valores da boa-fé objetiva, da moralidade e da inadmissibilidade do enriquecimento sem causa, tônica da nova Constituição (1988), do novo Código Civil (2002) e de leis esparsas. A consequência é que, de acordo com esses limites impostos pela legislação e pela natureza das obrigações, há direitos incedíveis em geral e, como acontece em certos domínios do Direito Público, *há direitos incedíveis em especial*.

*Sob esse enfoque, ganha relevo a função de controle ético dos negócios jurídicos pelo juiz. E nada de estranho se constate na atuação judicial nessa alçada, mormente na disciplina da desapropriação indireta que, todos sabem, é construção pretoriana, produto de longa evolução jurisprudencial que, na esteira de reiterados precedentes, por fim recebeu reconhecimento legislativo. Sob o guarda-chuva da “justa indenização”, vedado está qualquer intuito ou conduta especulativos na desapropriação. Donde, como regra, a posição do credor do Estado não ser suscetível de transmissão a adquirente, se celebrado o negócio jurídico após a constrição administrativa.*

A interdição total ou refreamento da cessão de crédito se dá por motivos variados, em especial por *razões de humanidade* (ofensa à dignidade humana, o que sucederia se a pessoa pudesse ser privada, por cessão de crédito, do necessário à sua existência, p. ex., cessão de alimentos e salário) e *razões de ordem pública* (cf., *mutatis mutandis*, Mazeau, Henri et Léon, *Leçons de Droit Civil, Tome II, 1<sup>er</sup> volume, Obligations, Théorie Générale*, Paris, Montchrestien, 1991, p. 1.277).

Por “natureza da obrigação” entenda-se vedação que leva em conta tanto a modalidade obrigacional em si como, similarmente, o feixe de valores ético-políticos a que ela se submete e a legitimam, qualidades tão caras à sociedade hodierna: ambiente de rematada hostilidade à esperteza, à manipulação e ao abuso de direitos, ao menosprezo da solidariedade, à insensibilidade para com os cofres públicos. Ou seja, em juízo que se faça a respeito de negócios jurídicos como os aqui discutidos, repitam-se as palavras do saudoso Ministro **Teori Zavaski**, quanto a ser inarredável atentar, p. ex., para a “pura especulação imobiliária” de cunho individualista e contrária ao interesse público. Haverá, pois, situações em que a proibição de cessão de crédito decorre tanto da *natureza da própria obrigação* como da *natureza do contexto em que a obrigação se insere*, o que, por essa via, acaba por afetar a obrigação em si.

Por “lei” compreenda-se lei em sentido formal e material, além de *princípios fundamentais do ordenamento*, como a boa-fé objetiva, a moralidade e a proibição de enriquecimento sem causa. No dizer de Sílvio Rodrigues, “Casos haverá em que, *embora silente a lei*, o negócio nela não encontra guarida, por atentar contra a moral ou os bons costumes. Cessões de crédito advindos de ganhos desse jaez não alcançam o beneplácito da ordem jurídica” (*Direito Civil, Parte Geral das Obrigações*, vol. 2, 14<sup>a</sup> edição, 1984, São Paulo, Saraiva, p. 330, grifei).

Finalmente, não se deve esquecer que, consoante preceitua o art. 290 do Código Civil, caso cessão de crédito fosse possível na situação de desapropriação direta ou indireta – e não é, atrás se assinalou –, a pretensão não teria “eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada”. E por notificada se constituiria a Administração-devedora somente quando, de maneira inequívoca, expressa e imediatamente após a realização do negócio, “em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita”, pressuposto

de ordem pública, portanto inafastável nos negócios jurídicos que envolvam, frontal ou reflexamente, o Estado.

Os institutos da cessão/sub-rogação – por caracterizarem exceção ao preceito do Direito das Obrigações de que o *pagamento extingue a obrigação* – subordinam-se a rito, requisitos e cuidados específicos. Daí, entre nós e em Códigos Civis estrangeiros, exigir-se a *contemporaneidade* entre a alienação do bem e a cessão/sub-rogação. Do contrário, o adquirente não “herdará” (efeito translativo) a posição subjetiva do credor primitivo na relação jurídica original, que desaparecerá no instante do pagamento. Por conseguinte, descabida cessão/sub-rogação que “apareça do nada”, anos após a celebração do negócio principal, p. ex., a compra e a venda do imóvel.

Sobre os princípios da boa-fé objetiva, da moralidade e da proibição de enriquecimento sem causa, mormente à luz do Código Civil, confirmam-se:

ADMINISTRATIVO. AQUISIÇÃO DE IMÓVEL APÓS IMPOSIÇÃO DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. DIREITO A INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Descabe indenização pela limitação administrativa, se o imóvel foi adquirido quando já incidiam as restrições impostas pela legislação ambiental. Precedentes do STJ.

**2. Viola o princípio da boa-fé objetiva o particular que adquire, por sua conta e risco, imóvel dentro de área de proteção a mananciais, ciente das limitações impostas à propriedade, e, posteriormente, vem a exigir indenização do Estado a pretexto dessas mesmas limitações.**

3. Agravo Regimental não provido

(AgRg no REsp 556.478/SP, Rel. Min. **Herman Benjamin**, DJe de 2/2/10).

ADMINISTRATIVO. IMÓVEL. PARCELA AFETADA AO USO PÚBLICO. RUAS. BEM DE USO COMUM. INDISPONIBILIDADE. SUPOSTA AQUISIÇÃO PELOS RECORRIDOS. IMPOSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ILEGITIMIDADE ATIVA. LIMITES DA SUB-ROGAÇÃO DE DIREITOS E AÇÕES CONTRA O ESTADO (ART. 349 DO CÓDIGO CIVIL).

(...)

5. [...] considerando as peculiaridades, os valores e a principiologia específica do Direito Público, a **sub-rogação de direitos e ações** (art. 349 do Código Civil) depende, **além da boa-fé objetiva, da concordância expressa do Estado**, exceto quando houver dispositivo legal inequívoco em sentido contrário. À luz do **princípio da moralidade administrativa**, inaceitável que se tenha por legítimo o comércio de litígios contra o Poder Público, porta aberta para toda a sorte de corrupção e favorecimento daqueles que gozam de privilégios decorrentes de valiosas conexões políticas ou mecanismos espúrios de pressão contra a Administração.

(...)

**8. A jurisprudência mais recente do STJ, em situação análoga, afasta a pretensão indenizatória daquele que adquire imóvel ou móvel após imposição de limitação administrativa ou afetação como bem público.** Confira-se: “Se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel, já incidiam



restrições administrativas ... subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame. Não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual” (REsp 254.246/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ 12/3/2007, p. 189).

9. Ademais, não consta que a antiga proprietária tenha cedido aos recorridos direitos à indenização eventualmente subsistentes (direitos pessoais, não reais), caso ainda não prescritos. Nesse sentido, reconhecê-los em favor dos autores da presente ação implica, além de dilapidação do patrimônio público, **inaceitável enriquecimento sem causa**.

10. Recurso Especial provido.

(REsp 1.246.853/PR, Relator Min. **Herman Benjamin**, Segunda Turma, DJe 17.11.2016, grifei)

O pedido indenizatório, in casu, também encontra óbice no princípio jurídico segundo o qual é vedado o enriquecimento ilícito, conforme dispõe o art. 884 do Código Civil, sem falar que apenas quem sofreu o dano possui o direito de ser reparado, segundo o art. 927 do Código Civil. A ser diferente, o que se teria seria uso do Poder Judiciário para locupletamento às custas de lesão sofrida por outrem (o expropriado). De novo o sábio ensinamento do Ministro **Teori Zavaski**: o Judiciário não deve dar guarida a quem pretende “não o exercício de um direito, mas uma invocação abusiva do direito”.

Em síntese, em situações de desapropriação direta ou indireta, o proprietário, em regra, não aliena, nem pode alienar, por negócio jurídico acessório posterior à constrição estatal, direitos que eventualmente tenha contra o Estado. Limita-se a dispor do bem em si, por meio de trivial avença de alienação (contrato de compra e venda, o instrumento mais comum), embargado o estabelecimento de *vinculum juris* translativo, expresso ou implícito, enquadrável em cessão de crédito ou sub-rogação. Até porque, nesse contexto, não se materializa pagamento por terceiro não devedor (cessionário ou sub-rogado, o solvens) de dívida de outrem (Estado, o cedido) ao credor (desapropriado-cedente, o *accipiens*).

### **9. Inaplicabilidade do art. 31 do Decreto-Lei 3.365/1941**

A arguição de ofensa ao art. 31 do Decreto-Lei 3.365/1941 não se sustenta. A previsão de que “ficam sub-rogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado” resguarda os interesses daqueles que, *no momento da desapropriação*, já sejam titulares de ônus ou direitos reais sobre o imóvel (hipoteca, penhor, alienação fiduciária, enfiteuse, usufruto, uso, habitação).

Como ensina o Professor Rubens Limongi França, “Com relação aos titulares dos ônus reais (hipoteca, penhor, alienação fiduciária etc.), bem como aos desmembramentos da propriedade (enfiteuse, usufruto, uso, habitação etc. ...), ficam os mesmos com os seus direitos sub-rogados no preço indenizatório, uma vez que ônus e desmembramentos não acompanham a transferência do domínio para o Poder Público” (Manual prático das desapropriações: aspectos públicos, privados e

processuais, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 27, grifei).

A questão jurídica dos autos é completamente dessemelhante. Ela se atém a pleito de cessão/sub-rogação entre o proprietário original e o adquirente, resultante de alienação do bem após intervenção, apossamento ou esbulho administrativo. Não guarda, portanto, correlação alguma com a ratio do art. 31, que se cinge a prescrever que, na desapropriação, pleitos de titulares de ônus e direitos reais sobre o imóvel são «sub-rogados no preço», de maneira a deixar para o Estado o bem livre de qualquer vínculo ou constrição. Transferem-se, por conseguinte, eventuais prerrogativas de terceiros para o «bolo geral» do *quantum* a ser desembolsado pela Fazenda Pública como indenização. Com isso, esclarece-se que o proprietário deverá compartilhar o pagamento com outros sujeitos interessados, detentores de direitos ou ônus sobre o bem.

### 10. Particularidades do caso concreto: exceção à regra geral

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, amparado em precedentes do STJ, decidiu que as autoras, como **adquirentes posteriores à constrição administrativa**, não faziam jus à indenização, porquanto destituídas de legitimidade processual para cobrar eventual indenização do Estado por atos lesivos anteriores ao negócio jurídico privado, danos que evidentemente não sofreram. Ao negar a presença de pagamento com sub-rogação ou cessão de crédito, o Tribunal se inspira, no atacado, em argumentos de ordem pública, assentados principalmente nos princípios da boa-fé objetiva, da proibição de enriquecimento sem causa e da moralidade.

No essencial, a inteligência do Tribunal de Justiça harmoniza-se com os eixos legais e principiológicos da jurisprudência do STJ que – estampada em precedentes uniformes da Primeira Seção e, majoritariamente, nos da Primeira Turma e da Segunda Turma do STJ – pode, de maneira abreviada, ser assim exposta: quem adquire bem anteriormente atingido por comportamento estatal normativo ou material (restrição, intervenção, limitação, afetação, apossamento ou esbulho) não personifica parte legítima, por carência de efetivo prejuízo, para, com fundamento em desapropriação direta ou indireta, ingressar com ação indenizatória contra o Estado. O entendimento assenta-se, entre outros fundamentos, em dupla presunção absoluta, a de conhecimento da constrição pré-existente e a de pagamento de preço já com cômputo da desvalorização. Tal quadro ético-jurídico afasta, por razões de ordem pública e interesse social, alegação de cessão de direito e sub-rogação de eventuais danos experimentados pelo titular original. Nessas condições, querer agir em nome do credor primitivo, postulando lesão que não sofreu, afronta os princípios da boa-fé objetiva, da proibição de enriquecimento sem causa e da moralidade, representando, não exercício de um direito, mas invocação abusiva do Direito.

Observam-se **duas** exceções, em *numerus clausus*, para a regra geral. Primeira, quando a transferência da propriedade for realizada por *negócio jurídico gratuito*; segunda, quando o adquirente for *sujeito vulnerável*, na acepção de indivíduo incontestavelmente pobre ou humilde. Naquele caso, o elemento diferencial é objetivo, pois desponta da espécie de vínculo entre o alienante e o adquirente. Neste, o elemento diferencial é subjetivo, acoplado a atributo pessoal eloquente do adquirente. Num e noutro, exsurge presunção relativa de boa-fé objetiva, de moralidade e de



inexistência de enriquecimento sem causa.

### 11. Definição da tese repetitiva

Diante do exposto, ousou respeitosamente divergir do eminente Relator, sempre brilhante nas suas manifestações, por entender que quem adquire imóvel após limitação, apossamento ou esbulho administrativo não pode cobrar, em nome próprio e por meio de ação de desapropriação, indenização por dano que não sofreu.

Na linha do precedente julgado recentemente nesta Primeira Seção (AgInt nos EREsp 1.533.984/SC, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 22.6.2018), proponho a fixação da seguinte tese: **“Reconhecida a incidência do princípio da boa-fé objetiva em ação de desapropriação indireta, se a aquisição do bem ou de direitos sobre ele ocorrer quando já existente restrição administrativa, fica subentendido que tal ônus foi considerado na fixação do preço. Nesses casos, o adquirente não faz jus a qualquer indenização do órgão expropriante por eventual apossamento anterior. Excetuam-se da tese hipóteses em que patente a boa-fé objetiva do sucessor, como em situações de negócio jurídico gratuito ou de vulnerabilidade econômica do adquirente.”**

### 12. Resolução do caso concreto

Conforme o acórdão recorrido: “a transmissão originária, às autoras, ocorreu por *doação* do imóvel de matrícula n. 5988, em 12 de maio de 1982 (fls. 22-26), da qual resultaram os desmembramentos e matrículas que justificam o manejo da presente ação” (fl. 197, e-STJ, grifei).

Como se percebe, o imóvel foi recebido por doação, um ano após o apossamento, e as recorrentes, pessoas físicas, são *sujeito vulnerável*, fazendo jus ao benefício da justiça gratuita (fl. 37, e-STJ), o que evidencia boa-fé objetiva e atrai as duas exceções previstas na tese apresentada.

Tendo o Tribunal *a quo* decidido com base na ilegitimidade ativa das autoras, necessário o retorno dos autos para prosseguimento do julgamento e apreciação das outras questões postas, inclusive eventual prescrição, e, uma vez superada esta, avaliação dos danos sofridos nos exatos termos do art. 27 do Decreto-Lei 3.365/1941.

### 13. Conclusão

Ante o exposto, **dou provimento ao Recurso Especial** e determino a devolução dos autos à origem para que, afastada a preliminar de ilegitimidade ativa, se prossiga no julgamento.

É como **voto**.

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.750.660 - SC (2018/0162190-9)

### VOTO-VISTA

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES:** Conforme relatado pelo Ministro GURGEL DE FARIA, na origem, as recorrentes ajuizaram ação, postulando a condenação do Departamento Estadual de Infra-Estrutura do Estado de Santa Catarina - DEINFRA ao pagamento de indenização por desapropriação indireta de imóvel de sua propriedade, ocupado irregularmente, sem prévia indenização, para construção de rodovia estadual.

A sentença julgou a ação procedente, condenando o DEINFRA ao pagamento de indenização de R\$ 11.735,20 (onze mil, setecentos e trinta e cinco reais e vinte centavos), com os acréscimos e consectários legais (fls. 154/161e).

No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem reconheceu, de ofício, a ilegitimidade ativa das autoras, extinguindo o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC/2015, julgando prejudicadas a Apelação do DEINFRA e a remessa oficial, ao fundamento de que, “ausente qualquer indicativo de prova acerca de efetivo prejuízo, com os desmembramentos realizados, no sentido de que teriam recebido valor inferior ao que efetivamente valiam ao tempo do negócio, carecem os apelados de legitimidade para figurar no polo ativo da demanda” (fl. 198e).

O acórdão recorrido esclareceu que **“o histórico dos imóveis objeto da inicial advém de longínquo tempo até a formação das matrículas ns. 29.018 e 29.017, que, enfim, reconheceram a propriedade das autoras a 100% da área de cada um dos terrenos descritos, em 24 de julho de 2012 (fls. 16-18 e 19-21). Contudo, e como dito, o histórico dos imóveis não pode ser desconsiderado. Assim, e de uma análise percuciente da documentação acostada, verifico que a transmissão originária, às autoras, ocorreu por doação do imóvel de matrícula n. 5988, em 12 de maio de 1982 (fls. 22-26), do qual resultaram os desmembramentos e matrículas que justificam o manejo da presente ação”** (fl. 197e). O aludido aresto esclareceu, ainda, que o **apossamento administrativo ocorreu em 13/05/1981** (fl. 198e).

As recorrentes, nas razões de seu Recurso Especial, sustentam, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 320 do Código Civil e 29 e 31 do Decreto-lei 3.365/41, por entenderem, em síntese, que:

“Com todas as vênias é um absurdo o v. Acórdão, pois, transformou a natureza real da ação em mero direito pessoal.

NATUREZA REAL QUE SERVIU PARA AFASTAR A PRESCRIÇÃO E DEPOIS FOI ESQUECIDA QUANDO SE MUTOU A AÇÃO PARA UM MERO DIREITO PESSOAL.

ADEMAIS, a RECORRENTE adquiriu o imóvel, BEM COMO, OS DIREITOS, AÇÃO E OBRIGAÇÕES INERENTES AO MESMO.

É INERENTE À AQUISIÇÃO IMOBILIÁRIA A TRANSFERÊNCIA INTEGRAL DO IMÓVEL, COM TODOS OS SEUS DIREITOS E OBRIGAÇÕES,

transcrita quando da averbação do título aquisitivo.

ADEMAIS, É DE COMUM SABENÇA QUE A VENDA DO IMÓVEL TRANSFERE AO NOVO TITULAR, TODOS OS PODERES INERENTES AO DOMÍNIO, INCLUSIVE O DIREITO DE AÇÃO, PELO QUE LHE É PERMITIDO RECOMPÔ-LO, PELA REINVIDICAÇÃO OU SATISFAÇÃO DOS DANOS» (fls. 253/254e).

Iniciado o julgamento do presente Recurso Especial, afetado como representativo de controvérsia, o Ministro Relator, GURGEL DE FARIA, propôs a seguinte tese, para os fins do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973):

“Os adquirentes dos **imóveis submetidos à desapropriação indireta** sub-rogam-se no direito de receber a indenização se, ao tempo do negócio, não tiver havido o respectivo pagamento ao antigo proprietário nem a averbação no cartório de registro de imóveis das dimensões atualizadas, sendo irrelevante o fato de a alienação ter ocorrido **após o esbulho ou a conclusão da obra pública**, cabendo ao expropriante o ônus da prova acerca da ausência de prejuízo”.

No caso concreto, o Relator conheceu do Recurso Especial das autoras da ação de desapropriação indireta e lhe deu provimento, para, cassando o acórdão recorrido, reconhecer a legitimidade ativa das recorrentes, determinando que o Tribunal de origem aprecie novamente a Apelação – no caso, interposta pelo DEINFRA – e “julgue o mérito da demanda, com base nas provas dos autos, observados os parâmetros” fixados no seu voto.

O Ministro HERMAN BENJAMIN pediu vista antecipada dos autos e apresentou voto, divergindo do Relator, para **negar provimento** ao Recurso Especial (fl.\*448e), propondo a fixação da seguinte tese: “Caso a aquisição do bem ou de direitos sobre ele tenha sido realizada quando **já existentes restrições administrativas no imóvel**, fica subentendido que a situação foi considerada na fixação do preço do negócio. Nessas condições, o adquirente não faz jus a qualquer indenização do órgão expropriante por eventual apossamento anterior”.

Após, os Ministros OG FERNANDES e BENEDITO GONÇALVES acompanharam o Relator. O Ministro FRANCISCO FALCÃO acompanhou a divergência.

Tendo em vista a relevância da matéria e a divergência de entendimentos nos votos já proferidos, pedi vista dos autos, para melhor exame da matéria. O meu voto-vista, por sugestão do Colegiado, restringe-se, no presente momento, a este Recurso Especial 1.750.660/SC, de vez que o REsp 1.750.656/SC restou desafetado (fl.\*581e) e o REsp 1.750.624/SC – igualmente afetado sob o rito dos recursos repetitivos, para a solução da mesma controvérsia –, teve o seu julgamento adiado, em razão de meu pedido de vista (fl. 720e). Entretanto, o fundamento que ora adoto aplicar-se-á também ao aludido REsp repetitivo 1.750.624/SC.

Após detida análise do tema, pedindo vênua à divergência, voto no sentido de **acompanhar o Relator**.

De início, conforme exposto em ambos os votos proferidos, a matéria já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça em inúmeros casos semelhantes, havendo certa oscilação na jurisprudência.

Com efeito, em alguns casos, foi adotado entendimento no sentido de que, “para o atual proprietário do bem fazer jus ao valor da indenização, pela desapropriação indireta, seria necessário que demonstrasse nos autos que o adquiriu pelo seu preço antes da desvalorização advinda do apossamento administrativo” (STJ, AgInt no REsp 1.413.228/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de **12/06/2017**). Nesse sentido: STJ, REsp 1.424.653/SC, Rel. Ministro HERMAN BEJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2016; AgInt nos EDcl no REsp 1.533.984/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/03/2017.

Por outro lado, em **07/12/2017**, a Segunda Turma, em votação unânime, deu provimento ao REsp 1.670.455/SC (Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 18/12/2017), ao fundamento de que, “conforme a jurisprudência desta Corte Superior, o adquirente do imóvel expropriado sub-roga-se em todos os direitos do proprietário anterior, inclusive eventuais indenizações devidas pelo ente expropriante”.

Seguindo tal entendimento, a Primeira Turma, em julgamento realizado em **05/06/2018**, decidiu que “o terceiro adquirente sub-roga-se em todos os direitos relativos ao bem, inclusive à indenização e à recomposição do seu valor pelos juros compensatórios desde o momento em que o imóvel é ocupado pelo expropriante, como na hipótese dos autos” (AgInt no REsp 1.608.246/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, DJe de 03/08/2018). Nesse mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.503.703/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/08/2018.

Em 20/03/2018, o Ministro OG FERNANDES levou a julgamento o REsp 1.511.839/SC, também reconhecendo a legitimidade ativa do adquirente do imóvel para postular indenização por desapropriação indireta. No entanto, tal julgamento fora suspenso, após pedido de vista dos autos pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, julgamento que não prosseguiu, em face da afetação do tema como representativo de controvérsia de natureza repetitiva, em 27/11/2018 (fl. 343e).

No entanto, em que pese tal divergência, em julgamento realizado em **13/06/2018**, a Primeira Seção do STJ negou provimento a Agravo interno interposto contra decisão que, com base na Súmula 168/STJ, indeferira, liminarmente, Embargos de Divergência opostos a acórdão da Segunda Turma **de 16/02/2017**, que concluiu que “o STJ firmou entendimento de que não cabe indenização por desapropriação indireta quando ela ocorreu antes da aquisição do imóvel pelo postulante do direito. Assim, mostra-se ilegítimo o interesse dos agravantes na obtenção da indenização, porquanto adquiriu o imóvel após a intervenção da Administração na propriedade” (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.533.984/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/03/2017). Na ocasião, decidiu a Primeira Seção – em julgamento de Agravo interno nos EREsp 1.533.984/SC, que não foi objeto de debate, pelo Colegiado – que “o acórdão

embargado seguiu orientação da jurisprudência desta Corte, segundo a qual caso a aquisição do bem tenha sido realizada **quando existentes restrições no imóvel**, fica subentendido que a situação foi considerada na fixação do preço do bem. Não se permite, por meio de ação expropriatória indireta, o ressarcimento de prejuízo que a parte evidentemente não sofreu” (STJ, AgInt nos EREsp 1.533.984/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 22/06/2018).

Por fim, em julgamento realizado em 27/11/2018 a Primeira Seção do STJ afetou o presente Recurso Especial como representativo da controvérsia repetitiva, para dirimir a questão relacionada “à legitimidade ativa dos adquirentes de imóvel para pleitear indenização por desapropriação indireta e parcial ocorrida antes da aquisição da propriedade”.

**Após cotejar os precedentes citados acima com a legislação de regência, entendo, data maxima venia, que deva prevalecer o voto do Ministro Relator**, para fixar a tese de que os adquirentes dos imóveis submetidos a desapropriação indireta subrogam-se no direito de receber a indenização, se, ao tempo do negócio, não tiver havido o respectivo pagamento ao antigo proprietário, nem a averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, das dimensões atualizadas do imóvel.

Com efeito, o art. 5º, XXII, XXIII e XXIV, da Constituição Federal determina que “é garantido o direito de propriedade”, “a propriedade atenderá a sua função social” e “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e **prévia indenização em dinheiro**”.

Já os arts. 31 e 35 do Decreto-lei 3.365/41 dispõem que:

“Art. 31. Ficam subrogados no preço quaisquer ônus ou direitos que recaiam sobre o bem expropriado.

(...)

Art. 35. Os bens expropriados, **uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação**, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”.

Além disso, conforme destacado pelo Relator, “considerando que os prejuízos patrimoniais são gerados pela **violação do domínio**, não há motivos para vinculá-los a determinada pessoa física ou jurídica, até porque a declaração da utilidade pública do bem, por si só, **não tem o condão de suprimir o direito do proprietário de uso, gozo e disposição da coisa**, tratando-se apenas de condição para o início da desapropriação, que se opera com o acordo administrativo ou com a citação para a ação judicial, acompanhada da oferta do preço do imóvel estimado pelo expropriante”.

Desta forma, como registra o Relator, “a perda da posse decorrente de apossamento administrativo **não repercute na plenitude do domínio**, razão pela qual aquele que adquirir imóvel nessas condições sub-rogar-se-á no direito de receber a indenização se, ao tempo do negócio, não tiver havido o respectivo pagamento ao antigo proprietário nem a averbação no Registro de Imóveis das dimensões atualizadas, nos termos do disposto no art. 31 do Decreto-Lei n. 3.365/1941”.

Vale ressaltar que tal entendimento encontra amparo em precedentes mais antigos deste Superior Tribunal de Justiça, **específicos de desapropriação indireta**. A propósito, cito os seguintes julgados:

“DESAPROPRIAÇÃO – JUROS COMPENSATÓRIOS – ADQUIRENTE – SUB-ROGAÇÃO – PLUS VALIA.”

**Na desapropriação indireta quem adquire a propriedade imóvel, já ocupada pela expropriante, mas antes de efetuado o pagamento justo, subroga-se no direito à indenização, inclusive no tocante à percepção dos juros compensatórios, devidos desde a ocupação do imóvel.**

(...)

Recurso provido” (STJ, REsp 9.127/PR, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJU de 20/05/91).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA**. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ARTS. 267, VI, E 283, DO CPC; 178, § 10, I, DO CÓDIGO CIVIL, E 1º, DO DEC. 20.910/32. SÚMULAS 211/STJ E 282/STF. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DESATENDIMENTO AO ART. 255, DO RISTJ. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. SÚMULA 119/STJ. **NOVO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. SUB-ROGAÇÃO NOS DIREITOS DO ANTERIOR PROPRIETÁRIO**. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ARESTO COMBATIDO.

(...)

**4. O novo proprietário de imóvel rural sub-roga-se em todos os direitos do proprietário original, inclusive no direito à eventual indenização devida pelo Estado, pouco importando que a alienação do bem tenha se dado após ocorrência de desapossamento indireto pelo Poder Público (REsp 132.193/MG, REsp 149.528/SP, REsp 191.759/MG, REsp 142.696/MG).**

5. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa, desprovido” (STJ, REsp 442.360/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJU de 24/03/2003).

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. ADMINISTRATIVO. **DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. SUB-ROGAÇÃO DO ADQUIRENTE** PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA.

(...)

**4. ‘Sem controvérsia a propriedade, o apossamento e a legalidade da aquisição, sem o pagamento de justa indenização incorre a transferência ao domínio público. Inerente ao domínio à reparação devida, vivo este, enquanto não satisfeito pagamento indenizatório, pela irreversibilidade da incorporação do imóvel ao patrimônio público, permanece intangido o direito de receber. Salvo a ocorrência do prazo prescricional, certo que é dado ao proprietário alienar o imóvel mesmo antes de ser indenizado, o adquirente superveniente da propriedade sub-roga-se nos direitos e ações’ (REsp 132.193/MG, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ de 22.05.2000). Precedentes: REsp 416.511/SP, Rel.ª Min.ª**



**Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 06.10.2003; REsp 442.360/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ de 24.03.2003.**

5. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em se tratando de direito real, o prazo prescricional nas ações de desapropriação indireta é vintenário.

6. Recurso especial dos autores não conhecido.

7. Recurso especial da União parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido» (STJ, REsp 750.897/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJU de 20/03/2006).

«PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 10, PARÁGRAFO ÚNICO, E 15-B DO DECRETO-LEI 3.365/41. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NOVO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. SUB-ROGAÇÃO NOS DIREITOS DO ANTERIOR PROPRIETÁRIO. JUROS COMPENSATÓRIOS. MP 1.577/97 E REEDIÇÕES. INAPLICABILIDADE ÀS SITUAÇÕES JÁ CONSOLIDADAS.**

1. A ausência de prequestionamento da matéria deduzida no recurso especial e dos dispositivos legais ditos violados atrai o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. **‘O novo proprietário de imóvel rural sub-roga-se em todos os direitos do proprietário original, inclusive no direito à eventual indenização devida pelo Estado, pouco importando que a alienação do bem tenha se dado após ocorrência de desapossamento indireto pelo Poder Público (REsp 132.193/MG, REsp 149.528/SP, REsp 191.759/MG, REsp 142.696/MG).’ (REsp 442.360/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 24.3.2003).**

3. A Primeira Seção desta Corte, na assentada do dia 8.2.2006, encerrou o julgamento do REsp 437.577/SP, de relatoria do eminente Ministro Castro Meira, adotando o entendimento, à luz do princípio **tempus regit actum**, de que: (a) as alterações promovidas pela MP 1.577/97, sucessivamente reeditada, não alcançam as situações já ocorridas ao tempo de sua vigência; (b) para as situações posteriores à vigência das referidas medidas provisórias devem prevalecer as novas regras ali definidas, até a publicação do acórdão proferido no julgamento da MC na ADI 2.332-2/DF (13.9.2001), que suspendeu, entre outras coisas, a eficácia da expressão ‘de até seis por cento ao ano’, contida no art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41.

4. Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel, nos exatos termos da Súmula 69/STJ. A data da imissão na posse, no caso da desapropriação direta, ou a ocupação, na indireta, deverá, portanto, ser posterior à vigência da MP 1.577/97 para que as novas regras ali definidas, em relação aos juros compensatórios, sejam aplicáveis.

5. Embora ajuizada a ação de indenização por desapropriação indireta em dezembro/1999, a indevida ocupação ocorreu em 1982, não devendo incidir, na hipótese, o novo percentual dos juros compensatórios de que trata o art. 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, inserido por intermédio das mencionadas medidas provisórias.

6. Afastada a aplicação das referidas MPs, incidem os juros compensatórios no patamar de doze por cento (12%) ao ano, a teor do disposto na Súmula 618/STF, assim redigida: ‘Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano.’

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido” (STJ, REsp 1.017.892/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/09/2008).



Neste último precedente, acompanharam o voto da Relatora os Ministros FRANCISCO FALCÃO, LUIZ FUX e TEORI ALBINO ZAVASCKI, ausente, justificadamente, o Ministro HAMILTON CARVALHIDO.

Em atenção aos fundamentos expostos no voto divergente, entendo que os precedentes do Supremo Tribunal Federal, citados pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, tratam de situação diversa da versada nos presentes autos.

Com efeito, no RE 140.436/SP (Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, DJU de 06/08/99), a Segunda Turma do STF apreciou Recurso Extraordinário interposto contra acórdão que decidira pela “improcedência da ação de indenização ajuizada em face da incidência das Leis nºs 898/75 e 1.172/76, as quais teriam estabelecido restrições ao direito de propriedade dos autores». Na ocasião, registrou o voto condutor do acórdão, **que cuidou de limitação administrativa ao direito de construir:**

**“Ninguém, ao que se sabe, vai pleitear indenização porque não pode construir um prédio de 10 andares numa região onde o gabarito fixado nas posturas municipais isso não permita. De outro lado, se regulamentos administrativos estabelecem que as casas, os prédios, devem ser construídos com obediência a um recuo, por exemplo, de 3 (três) metros, das ruas, aos proprietários não assiste o direito de pedir indenização ao Poder Público por esses 3 (três) metros. Evidentemente que, se o regulamento administrativo, em nome do urbanismo, ou da segurança, chega a impedir o uso total ou quase total do imóvel, ao proprietário assiste o direito de buscar a tutela jurisdicional, se, em concreto, ocorre a prática de lesão ao direito do proprietário.**

(...)

Reafirmo o entendimento posto no voto supramencionado: se a restrição advinda da limitação administrativa causa aniquilamento da propriedade privada, resulta, em favor do proprietário, o direito à indenização.

(...)

Todavia, deve ser registrado que, **quando os lotes de terrenos foram adquiridos pelos ora recorrentes, já pesava sobre os mesmos a limitação** administrativa.

(...)

Ora, se é assim, se quando os recorrentes adquiriram os lotes de terreno já existia a limitação administrativa, assim o fizeram sabedores de que não poderiam neles erguer edificações. É dizer, adquiriram os lotes de terreno com a sua limitação administrativa. Não podem, portanto, depois, ao argumento de que a limitação administrativa impede que neles sejam erguidas edificações, exigir que o poder público lhes pague indenização. Com acerto concluiu o acórdão recorrido:

(...)

**O direito de edificar, já no seu nascedouro constitucional, traz em si a marca da relatividade, que é seu condicionamento à função social da propriedade. As restrições existentes já eram do conhecimento dos autores quando da aquisição. Não podem agora basear-se nas mesmas restrições para a obtenção de indenização”.**

No AgRg no AI 526.272/SP (Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/02/2011), a Segunda Turma do STF também apreciou recurso em caso no qual era discutido o direito de indenização, **na hipótese de limitação administrativa**, concluindo que “**as restrições administrativas** impostas à propriedade da parte recorrente já eram pré-existentes, porquanto, embora a aquisição do imóvel seja anterior à Resolução SC 48/92, tais limitações já constavam na legislação federal e municipal (Lei 1.266/75 e 6.766/79)”.

Na ocasião, decidiu-se que, “embora a jurisprudência desta Corte entenda que, quando houver ‘causa de aniquilamento da propriedade privada’, as restrições ao direito de propriedade impostas pelo Poder Público **em virtude de criação de reservas florestais** não exoneram o Estado de indenizar o proprietário do imóvel, a mesma jurisprudência faz também ressalva de que tal orientação não se aplica quando houver ciência, por parte do proprietário, das restrições feitas ao imóvel antes de sua aquisição”. O voto condutor do acórdão, proferido pelo STF, transcreve a ementa do julgado do TJ/SP, que registra que “a Resol. SC 48/92 **cuidou de limitações administrativas sem interferir com o domínio e posse das propriedades particulares. Inexistência de apossamento administrativo** ou de ‘esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade’, no caso concreto”.

Assim, em ambos os precedentes citados, do STF, foram apreciados casos envolvendo pedidos de indenização em decorrência de **limitações administrativas, que não envolveram o apossamento ou o esbulho da propriedade pela Administração Pública**.

Pelo mesmo motivo, o posicionamento adotado pela Primeira Seção do STJ, no julgamento dos EREsp 209.297/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJU de 13/08/2007), dos EAg 407.817/SP (Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJe de 03/06/2009), da AR 2.075/PR (Rel. p/ acórdão Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe de 23/09/2009) e dos EREsp 254.246/SP (Rel. p/ acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJU de 12/03/2007), é inaplicável ao caso, pois também versaram sobre pedidos de indenização em decorrência de **limitações administrativas, que não envolveram o apossamento ou o esbulho da propriedade pela Administração Pública**.

Com efeito, os EREsp 209.297/SP envolviam “controvérsia gravitante em torno da indenizabilidade ou não de área atingida por limitação administrativa advinda da criação de Área de Proteção Ambiental”, com a criação do Parque Estadual da Serra do Mar. Na ocasião, após ser fixada premissa no sentido de que “o poder público ficará sujeito a indenizar o proprietário do bem atingido pela instituição da reserva florestal, se, em decorrência de sua ação administrativa, **o dominus vier a sofrer prejuízos de ordem patrimonial**”, concluiu-se pela “impossibilidade da propositura de ação indenizatória na hipótese em que a aquisição do imóvel objeto da demanda tiver ocorrido **após a edição dos decretos estaduais n. 10.251/1977 e n. 19.448/1982 de preservação da Serra do Mar**”, pois “não se pode falar em prejuízo porque, quando da compra e venda do imóvel, **já incidiam as restrições administrativas** impostas pelos citados decretos e, na fixação do preço do negócio, também se consideraram essas restrições de uso”.

Já nos EAg 407.817/SP, a Primeira Seção decidiu que, “**para que fique caracterizada a desapropriação indireta, exige-se que o Estado assumam a posse efetiva de determinado bem,**

destinando-o à utilização pública, o que não ocorreu na hipótese dos autos, visto que **a posse dos autores permaneceu íntegra, mesmo após a edição do Decreto Estadual 10.251/77, que criou o Parque Estadual da Serra do Mar**”. E, ao final, fazendo remissão aos EREsp 254.246/SP (PRIMEIRA SEÇÃO, Relator p/acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJU de 12/03/2017) – que também versava sobre indenização postulada em face da **limitação administrativa** instituída com a criação do Parque Estadual da Serra do Mar –, concluiu que “(a) ‘se, quando da realização do negócio jurídico relativo a compra e venda de imóvel, já incidiam **restrições administrativas** decorrentes dos Decretos ns. 10.251/77 e 19.448/82, editados pelo Estado de São Paulo, subentende-se que, na fixação do respectivo preço, foi considerada a incidência do referido gravame’; (b) ‘não há de se permitir a utilização do remédio jurídico da ação desapropriatória como forma de ressarcir prejuízo que a parte, conquanto alegue, à toda evidência, não sofreu, visto ter adquirido imóvel que sabidamente deveria ser utilizado **com respeito às restrições anteriormente impostas pela legislação estadual**’”.

Na AR 2.075/PR, a causa também versava sobre direito de indenização fundamentado no impedimento de exploração econômica de imóvel, em decorrência de **limitação administrativa**, com a criação de Parque Estadual. Naquele julgamento, a Primeira Seção decidiu ser “incabível pleitear indenização. Não houve prejuízo. **A empresa não foi surpreendida pelo ato da administração. Seu imóvel já sofria restrições quando passou a seu domínio.** No momento da fixação do preço pela compra da área, o gravame foi considerado pelas partes contratantes. Não houve dano”.

Por fim, nos EREsp 254.246/SP, a Primeira Seção do STJ analisou recurso interposto contra “acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que concluiu não se tratar de apossamento administrativo as restrições decorrentes dos Decretos Paulistas 10.251/77 e 19.448/82”, **mas limitação administrativa, com a criação do Parque Estadual da Serra do Mar.** O saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI, que acompanhou o voto vencedor do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, esclareceu que “**não houve apossamento das terras pelo Estado**, muito menos sua destinação permanente à utilização pública. Tampouco deseja o Poder Público adquirir as áreas, que jamais integraram, fática ou juridicamente, o seu patrimônio”. Ao final, prevaleceu o entendimento no sentido de que “não há falar em prejuízo, pois, quando da realização do negócio jurídico relativo à compra e venda do imóvel, já incidiam sobre ele as restrições impostas pelas mencionadas leis estaduais”, pois “não se pode, por meio do remédio jurídico da ação desapropriatória, ressarcir prejuízo que o embargado, à toda evidência, não sofreu, visto que adquiriu sabidamente um imóvel que haveria de ser utilizado com respeito às restrições que já haviam sido impostas pelas mencionadas leis estaduais”.

Entendo que a distinção entre tais julgados é relevante, pois, **em regra**, as **limitações administrativas** não geram direito à indenização. Isso porque “**são determinações de caráter geral**, através das quais o Poder Público impõe a proprietários indeterminados obrigações positivas, negativas ou permissivas, para o fim de condicionar as propriedades ao atendimento da função social” (in José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 607).

Assim, **tratando-se a limitação administrativa** de ato de caráter geral, que impõe determinada restrição ao direito de uso e exploração econômica da propriedade, aquele que adquire, posteriormente, o imóvel, ciente de tais limitações, **não tem direito à indenização**.

Todavia, **o caso dos autos não versa sobre limitações administrativas**. Na hipótese, discute-se o direito à indenização decorrente de **desapropriação indireta**, “fato administrativo pelo qual **o Estado se apropria de bem particular, sem observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia**. Trata-se de situação que causa tamanho repúdio que, como regra, os estudiosos a têm considerado **verdadeiro esbulho possessório**” e que “não guarda qualquer relação com os termos em que a Constituição e a lei permitiram o processo de desapropriação” (in José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 667).

Assim, no caso, houve aquisição, por doação, de um **imóvel indevidamente ocupado pelo Poder Público, em esbulho possessório**, de modo que, não havendo pagamento ao antigo proprietário, nem a averbação, no Cartório de Registro de Imóveis, das dimensões atualizadas do imóvel, o adquirente faz jus ao pedido de indenização por **desapropriação indireta**.

Com efeito – reitera-se –, tal como destacado pelo Relator, “a perda da posse decorrente de apossamento administrativo **não repercute na plenitude do domínio**, razão pela qual aquele que adquirir imóvel nessas condições sub-rogar-se-á no direito de receber a indenização se, ao tempo do negócio, não tiver havido o respectivo pagamento ao antigo proprietário nem a averbação no Registro de Imóveis das dimensões atualizadas, nos termos do disposto no art. 31 do Decreto-Lei n. 3.365/1941”.

Por derradeiro, observo que o Ministro Relator, em seu voto, proferido **em 26/06/2019**, registra que a indenização deve abranger “juros compensatórios contados a partir da ocupação indevida e dos juros moratórios, aferidos a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória”, determinando, a final, que o Tribunal de origem observe os parâmetros traçados no seu voto.

Faço tal observação porque a Primeira Seção do STJ, **em 28/10/2020**, cancelou Súmulas e reviu teses repetitivas sobre desapropriação, inclusive em face do julgamento da ADI 2.332, pelo STF, estabelecendo parâmetros a serem observados, de forma vinculante, no que respeita à matéria infraconstitucional (Pet 12.344/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 13/11/2020).

Ante o exposto, **pelos mesmos fundamentos** do Relator, Ministro GURGEL DE FARIA, e pedindo a mais respeitosa vênua à divergência, inaugurada pelo Ministro HERMANN BENJAMIN, **acompanho o Relator**, seja na fixação da tese, seja no caso concreto, quando **dá provimento** ao Recurso Especial.

É como voto.

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.770.760 - SC (2018/0263124-2)

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO: JAIR CLAUDINO ACLINO

RECORRIDO: DARCI SUMARIVA ACLINIO

ADVOGADOS: AISLAN GONÇALVES GARCIA - SC040235

VOLMIR DE MOURA - SC040211

INTERES.: MUNICIPIO DE RIO DO SUL

ADVOGADOS: TIAGO ROPELATTO MACEDO E OUTRO(S) - SC035013

RICARDO PEREIRA - SC037428

INTERES.: CAMARA BRASILEIRA DA INDUSTRIA DA CONSTRUCAO - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS: MARCOS ANDRE BRUXEL SAES - SC020864

ANA PAULA SIGOUNAS MUHAMMAD - SC050452

MANUELA KUHNEN HERMENEGILDO ANDRIANI - SC044175

GLEYSE DOS SANTOS GULIN - RJ172476

NELSON TONON NETO - RJ221813

ALINE REGINA LIMA DE BARROS - RJ226303

INTERES.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO: PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA - RS033940

INTERES.: UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

### EMENTA

**RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AMBIENTAL. CONTROVÉRSIA A ESPEITO DA INCIDÊNCIA DO ART. 4º, I, DA LEI N. 12.651/2012 (NOVO CÓDIGO FLORESTAL) OU DO ART. 4º, CAPUT, III, DA LEI N. 6.766/1979 (LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO). DELIMITAÇÃO DA EXTENSÃO DA FAIXA NÃO EDIFICÁVEL A PARTIR DAS MARGENS DE CURSOS D'ÁGUA NATURAIS EM TRECHOS CARACTERIZADOS COMO ÁREA URBANA CONSOLIDADA.**

**I.** Nos termos em que decidido pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016, 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 nele prevista (Enunciado Administrativo n. 3).

**2. Discussão dos autos:** Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato de Secretário Municipal questionando o indeferimento de pedido de reforma de imóvel derrubada de casa para construção de outra) que dista menos de 30 (trinta) metros do Rio Itajaí-Açu, encontrando-se em Área de Preservação Permanente urbana. O acórdão recorrido negou provimento ao reexame necessário e manteve a concessão da ordem a fim de que seja observado no pedido administrativo a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979), que prevê o recuo de 15 (quinze) metros da margem do curso d'água.

**3. Delimitação da controvérsia:** Extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada: se corresponde à área de preservação permanente prevista no art. 4º, I, da Lei n. 12.651/2012 (equivalente ao art. 2º, alínea «a», da revogada Lei n. 4.771/1965), cuja largura varia de 30 (trinta) a 500 (quinhentos) metros, ou ao recuo de 15 (quinze) metros determinado no art. 4º, caput, III, da Lei n. 6.766/1979.

4. A definição da norma a incidir sobre o caso deve garantir a melhor e mais eficaz proteção ao meio ambiente natural e ao meio ambiente artificial, em cumprimento ao disposto no art. 225 da CF/1988, sempre com os olhos também voltados ao princípio do desenvolvimento sustentável (art. 170, VI,) e às funções social e ecológica da propriedade.

5. O art. 4º, caput, inciso I, da Lei n. 12.651/2012 mantém-se hígido no sistema normativo federal, após os julgamentos da ADC n. 42 e das ADIs ns. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937.

6. A disciplina da extensão das faixas marginais a cursos d'água no meio urbano foi apreciada inicialmente nesta Corte Superior no julgamento do REsp 1.518.490/SC, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 15/10/2019, precedente esse que solucionou, especificamente, a antinomia entre a norma do antigo Código Florestal (art. 2º da Lei n. 4.771/1965) e a norma da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (art. 4º, III, da Lei n. 6.766/1976), com a afirmação de que o normativo do antigo Código Florestal é o que deve disciplinar a largura mínima das faixas marginais ao longo dos cursos d'água no meio urbano. Nesse sentido: Resp 1.505.083/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 10/12/2018; AgInt no REsp 1.484.153/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/12/2018; REsp 1.546.415/SC, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 28/2/2019; e AgInt no REsp 1.542.756/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 2/4/2019.

7. Exsurge inarredável que a norma inserta no novo Código Florestal (art. 4º, caput, inciso I), ao prever medidas mínimas superiores para as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, sendo especial e específica para o caso em face do previsto no art. 4º, III, da Lei n. 6.766/1976, é a que deve reger a proteção das APPs ciliares ou ripárias em áreas urbanas consolidadas, espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, III, da CF/1988), que não se condicionam a fronteiras entre o meio rural e o urbano.

8. A superveniência da Lei n. 13.913, de 25 de novembro de 2019, que suprimiu a expressão “[...] salvo maiores exigências da legislação específica.” do inciso III do art. 4º da Lei n. 6.766/1976, não afasta a aplicação do art. 4º, caput, e I, da Lei n. 12.651/2012 às áreas urbanas de ocupação consolidada, pois, pelo critério da especialidade, esse normativo do novo Código Florestal é o que garante a mais ampla proteção ao meio ambiente, em áreas urbana e rural, e à coletividade.

9. Tese fixada - Tema 1010/STJ: Na vigência do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), a extensão não edificável nas Áreas de Preservação Permanente de qualquer curso d'água, perene ou intermitente, em trechos caracterizados como área urbana consolidada, deve respeitar o que disciplinado pelo seu art. 4º, caput, inciso I, alíneas a, b, c, d e e, a fim de assegurar a mais ampla garantia ambiental a esses espaços territoriais especialmente protegidos e, por conseguinte, à coletividade.

10. Recurso especial conhecido e provido.

11. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso especial para, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015, julgar improcedente o pedido contido na inicial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sérgio Kukina. Brasília (DF), 28 de abril de 2021(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator

### RECURSO ESPECIAL Nº 1770760 - SC (2018/0263124-2)

RELATOR: MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO: JAIR CLAUDINO ACLINO

RECORRIDO: DARCI SUMARIVA ACLINIO

ADVOGADOS: AISLAN GONÇALVES GARCIA - SC040235

VOLMIR DE MOURA - SC040211

INTERES.: MUNICIPIO DE RIO DO SUL

ADVOGADOS: TIAGO ROPELATTO MACEDO E OUTRO(S) - SC035013

RICARDO PEREIRA - SC037428

INTERES.: CAMARA BRASILEIRA DA INDUSTRIA DA CONSTRUCAO - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADOS: MARCOS ANDRE BRUXEL SAES - SC020864

ANA PAULA SIGOUNAS MUHAMMAD - SC050452



MANUELA KUHNEN HERMENEGILDO ANDRIANI - SC044175

GLEYSE DOS SANTOS GULIN - RJ172476

NELSON TONON NETO - RJ221813

ALINE REGINA LIMA DE BARROS - RJ226303

INTERES. CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO : PAULO ANTONIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA - RS033940

INTERES. : UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

## EMENTA

**RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AMBIENTAL. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA INCIDÊNCIA DO ART. 4º, I, DA LEI N. 12.651/2012 (NOVO CÓDIGO FLORESTAL) OU DO ART. 4º, CAPUT, III, DA LEI N. 6.766/1979 (LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO). DELIMITAÇÃO DA EXTENSÃO DA FAIXA NÃO EDIFICÁVEL A PARTIR DAS MARGENS DE CURSOS D'ÁGUA NATURAIS EM TRECHOS CARACTERIZADOS COMO ÁREA URBANA CONSOLIDADA.**

1. Nos termos em que decidido pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016, 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 nele prevista (Enunciado Administrativo n. 3).

**2. Discussão dos autos:** Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato de Secretário Municipal questionando o indeferimento de pedido de reforma de imóvel (derrubada de casa para construção de outra) que dista menos de 30 (trinta) metros do Rio Itajaí-Açu, encontrando-se em Área de Preservação Permanente urbana. O acórdão recorrido negou provimento ao reexame necessário e manteve a concessão da ordem a fim de que seja observado no pedido administrativo a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979), que prevê o recuo de 15 (quinze) metros da margem do curso d'água.

**3. Delimitação da controvérsia:** Extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada: se corresponde à área de preservação permanente prevista no art. 4º, I, da Lei n. 12.651/2012 (equivalente ao art. 2º, alínea «a», da revogada Lei n. 4.771/1965), cuja largura varia de 30 (trinta) a 500 (quinhentos) metros, ou ao recuo de 15 (quinze) metros determinado no art. 4º, *caput*, III, da Lei n. 6.766/1979.

4. A definição da norma a incidir sobre o caso deve garantir a melhor e mais eficaz proteção ao meio ambiente natural e ao meio ambiente artificial, em cumprimento ao disposto no art. 225 da CF/1988, sempre com os olhos também voltados ao princípio do desenvolvimento sustentável (art. 170, VI,) e às funções social e ecológica da propriedade.

5. O art. 4º, *caput*, inciso I, da Lei n. 12.651/2012 mantém-se hígido no sistema normativo federal, após os julgamentos da ADC n. 42 e das ADIs ns. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937.

6. A disciplina da extensão das faixas marginais a cursos d'água no meio urbano foi apreciada inicialmente nesta Corte Superior no julgamento do REsp 1.518.490/SC, Relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 15/10/2019, precedente esse que solucionou, especificamente, a antinomia entre a norma

do antigo Código Florestal (art. 2º da Lei n. 4.771/1965) e a norma da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (art. 4º, III, da Lei n. 6.766/1976), com a afirmação de que o normativo do antigo Código Florestal é o que deve disciplinar a largura mínima das faixas marginais ao longo dos cursos d'água no meio urbano. Nesse sentido: REsp 1.505.083/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 10/12/2018; AgInt no REsp 1.484.153/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/12/2018; REsp 1.546.415/SC, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 28/2/2019; e AgInt no REsp 1.542.756/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 2/4/2019.

7. Exsurge inarredável que a norma inserta no novo Código Florestal (art. 4º, caput, inciso I), ao prever medidas mínimas superiores para as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, sendo especial e específica para o caso em face do previsto no art. 4º, III, da Lei n. 6.766/1976, é a que deve reger a proteção das APPs ciliares ou ripárias em áreas urbanas consolidadas, espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, III, da CF/1988), que não se condicionam a fronteiras entre o meio rural e o urbano.

8. A superveniência da Lei n. 13.913, de 25 de novembro de 2019, que suprimiu a expressão “[...] salvo maiores exigências da legislação específica.” do inciso III do art. 4º da Lei n. 6.766/1976, não afasta a aplicação do art. 4º, caput, e I, da Lei n. 12.651/2012 às áreas urbanas de ocupação consolidada, pois, pelo critério da especialidade, esse normativo do novo Código Florestal é o que garante a mais ampla proteção ao meio ambiente, em áreas urbana e rural, e à coletividade.

9. **Tese fixada - Tema 1010/STJ:** Na vigência do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), a extensão não edificável nas Áreas de Preservação Permanente de qualquer curso d'água, perene ou intermitente, em trechos caracterizados como área urbana consolidada, deve respeitar o que disciplinado pelo seu art. 4º, caput, inciso I, alíneas a, b, c, d e e, a fim de assegurar a mais ampla garantia ambiental a esses espaços territoriais especialmente protegidos e, por conseguinte, à coletividade.

10. Recurso especial conhecido e provido.

11. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator):** Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado (fl. 98):

REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONSULTA DE VIABILIDADE PARA CONSTRUÇÃO DE CASA DE ALVENARIA - NEGATIVA - EDIFICAÇÃO QUE DISTA MENOS DE 30 METROS DO RIO ITAJAÍ-AÇU - INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO FLORESTAL AO CASO EM TELA - IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA URBANA CONSOLIDADA - ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DESCARACTERIZADA - INCIDÊNCIA DA LEI DE PARCELAMENTO DE SOLO URBANO, QUE PREVÊ AFASTAMENTO DE 15M (QUINZEMETROS) DAS ÁGUAS CORRENTES-PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE - PRECEDENTES DA CÂMARA - VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADA - CONCESSÃO DA SEGURANÇA QUE SE IMPUNHA - ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - INCABIMENTO - LEI

N. 12.016/2009, ART. 25; STF, SÚMULA 512; E, STJ, SÚMULA 105 - CUSTAS PROCESSUAIS - ISENÇÃO - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 156/1997, ART. 33 - REMESSA OBRIGATÓRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.

O recorrente sustenta, em síntese, a ofensa aos arts. 4º, III, da Lei n. 6.766/1979 e 4º, I, c, da Lei n. 12.651/2012, apresentando os seguintes argumentos: (a) a faixa não edificável prevista na Lei de Parcelamento do Solo Urbano é inferior ao limite mínimo considerado para fins de preservação permanente previsto no novo Código Florestal, que é, para o caso dos autos, de 100 (cem) metros “[...] esteja o curso d’água inserido dentro dos limites de área urbana ou rural (fl. 120)”; (b) aplicam-se os limites previstos no novo Código Florestal, independentemente da área urbana estar consolidada ou não; (c) em caso como o dos autos a regra é a não intervenção em APPs ciliares, a exceção só se aplicaria em razão de utilidade pública ou interesse social (art. 8º da Lei n. 12.651/2012); e (d) “[...] não poderia o Tribunal a quo, a nosso sentir, relativizar a incidência do direito ambiental ao permitir a edificação de uma obra em área de preservação permanente (122)”.

Sem contrarrazões, conforme certidão à fl. 128.

A Corte de origem selecionou e admitiu o recurso especial, nos termos do art. 1.036, § 1º, do CPC/2015.

A Primeira Seção desta Corte Superior, com observância dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015 e 256-I do RI/STJ, admitiu a controvérsia sob n. 1010/STJ, nos seguintes termos (fl. 182):

AMBIENTAL. PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. EXTENSÃO DA FAIXA NÃO EDIFICÁVEL A PARTIR DAS MARGENS DE CURSOS D’ÁGUA NATURAIS EM TRECHOS CARACTERIZADOS COMO ÁREA URBANA CONSOLIDADA.

1. Delimitação da controvérsia: Extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d’água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada: se corresponde à área de preservação permanente prevista no art. 4º, I, da Lei n. 12.651/2012 (equivalente ao art. 2º, alínea «a», da revogada Lei n. 4.771/1965), cuja largura varia de 30 (trinta) a 500 (quinhentos) metros, ou ao recuo de 15 (quinze) metros determinado no art. 4º, caput, III, da Lei n. 6.766/1979.

2. Recurso especial afetado ao rito do artigo 1.036 e seguintes do CPC/2015.

Foram admitidos como amicus curiae a Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC (fls. 402-405), com memoriais às fls. 201-343 e 996-1.002; a Confederação Nacional dos Municípios - CNM (fls. 1.587-1.589), com memoriais às fls. 1.490-1.533 e 1.611-1.619; e a União (fls. 1.590-1.591), com memoriais às fls. 1.463-1.485.

Nos termos do art. 256-J do RI/STJ, determinou-se que as Presidências dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e dos Tribunais Regionais Federais informassem a respeito da jurisprudência local sobre o Tema 1.010/STJ (fl. 412).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial, nos seguintes termos (fl. 190):

RECURSO ESPECIAL AFETADO COMO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSULTA DE VIABILIDADE PARA CONSTRUÇÃO DE CASA DE ALVENARIA. NEGATIVA. EDIFICAÇÃO QUE DISTA MENOS DE 30 METROS DO RIO ITAJAÍ-AÇU. I - MUITO EMBORA A LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO TENHA DETERMINADO A OBSERVÂNCIA DO RECUO DE 15 (QUINZE) METROS AO LONGO DOS CURSOS D'ÁGUA, A MENCIONADA NORMA DISPÕS SEREM OBRIGATÓRIAS AS EXIGÊNCIAS MAIS RIGOROSAS PRESENTES EM LEIS ESPECÍFICAS, O QUE OCORRE NO CASO DO CÓDIGO FLORESTAL, QUE REGULAMENTA AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. II - AS DISPOSIÇÕES DO ART. 2º, DA LEI Nº 4.771/1965 (CÓDIGO FLORESTAL REVOGADO) E DO ART. 4º, DA LEI Nº 12.651/2012 (NOVO CÓDIGO FLORESTAL), IMPÕEM QUE SEJAM RESPEITADAS AS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE NAS ZONAS RURAIS E URBANAS, INDISTINTAMENTE, NOS LIMITES DISCIPLINADOS PELA CODIFICAÇÃO (ART. 4º, I, DA LEI Nº 12.651/2012). III - PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

É o relatório.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator):** Nos termos em que decidido pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016, 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 nele prevista (Enunciado Administrativo n. 3).

No caso dos autos, o recurso especial preenche os pressupostos de admissibilidade, razão por que deve ser conhecido.

A controvérsia diz respeito a qual norma deve ser aplicável para fins de definir a extensão da faixa não edificável a partir das margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada: se corresponde à área de preservação permanente prevista no art. 4º, I, da Lei n. 12.651/2012 (equivalente ao art. 2º, alínea «a», da revogada Lei n. 4.771/1965), cuja largura varia de 30 (trinta) a 500 (quinhentos) metros, ou ao recuo de 15 (quinze) metros determinado no art. 4º, *caput*, III, da Lei n. 6.766/1979.

O tratamento da extensão da faixa não edificável nas margens de cursos d'água naturais em trechos caracterizados como área urbana consolidada está umbilicalmente associado à definição e às funções das Áreas de Preservação Permanente (APPs), que se incluem, constitucionalmente, entre os espaços territoriais “[...] a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (art. 225, § 1º, III, da CF/1988)”, e contribuem para assegurar

a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

**1. O histórico legislativo, a definição legal de Área de Preservação Permanente – APP, funções da APP ciliar ou ripária e o não impacto na demanda do julgamento da ADC n. 42 e das ADIs ns. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937.**

A proteção contemporânea das florestas no País se inicia com a edição do Decreto n. 4.421, de 28 de dezembro de 1921, que criou o Serviço Florestal do Brasil, e tinha por objetivo a conservação, o beneficiamento, a reconstituição, a formação e aproveitamento das florestas.

O Decreto n. 23.793/1934 (Código Florestal de 1934) dispôs a respeito das florestas protetoras que, por sua localização, serviam para: conservar o regime de águas; evitar a erosão das terras pelos agentes naturais; fixar as dunas; auxiliar a defesa das fronteiras; assegurar condições de salubridade pública; proteger sítios que, por sua beleza, mereciam ser conservados e asilar espécimes raros de fauna indígena (art. 4º). A previsão de conservação do regime de águas associada à vegetação denota a inicial preocupação do legislador de 1934 com a proteção desses recursos naturais finitos e, porque não dizer, introduz disciplina, ainda que embrionária, da sustentabilidade dos recursos para as gerações viventes à época e futuras. Florestas protetoras, segundo a doutrina, foram o embrião do que atualmente compõe o conceito de APPs; todavia, à época, não se tratou a respeito do tamanho da área, ainda que mínima, a ser protegida.

A partir do Código Florestal de 1965 (Lei n. 4.771/1965), tem-se, então, a disciplina da preservação permanente das florestas e demais formas de vegetação naturais, conforme localização, com o estabelecimento de faixas mínimas de vegetação às margens dos cursos d'água. Confirmam-se, nas redações originais, os arts. 2º e 3º:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será:

1- de 5 (cinco) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura:

2- igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros de distância entre as margens;

3- de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros.

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, mesmo nos chamados “olhos d'água”, seja qual for a sua situação topográfica;

d) no topo de morros, montes, montanhas e serras;

e) nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

g) nas bordas dos taboleiros ou chapadas;

h) em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, nos campos naturais ou artificiais, as florestas nativas e as vegetações campestres.

Art. 3º Consideram-se, ainda, de preservação permanentes, quando assim declaradas por ato do Poder Público, as florestas e demais formas de vegetação natural destinadas:

a atenuar a erosão das terras;

b) a fixar as dunas;

c) a formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

d) a auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares;

e) a proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico;

f) na asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção;

g) a manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas;

h) a assegurar condições de bem-estar público.

§ 1º A supressão total ou parcial de florestas de preservação permanente só será admitida com prévia autorização do Poder Executivo Federal, quando for necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou interesse social.

§ 2º As florestas que integram o Patrimônio Indígena ficam sujeitas ao regime de preservação permanente (letra g) pelo só efeito desta Lei.

Um novo desenho das faixas marginais ao longo dos rios ou cursos d'água foi feito com a edição da Lei n. 7.511/1986, que alterou o antigo Código Florestal. O art. 2º passou então a ter a seguinte redação:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será:

1. de 30 (trinta) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura;

2. de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

3. de 100 (cem) metros para os cursos d'água que meçam entre 50 (cinquenta) e 100 (cem) metros de largura;

4. de 150 (cento e cinquenta) metros para os cursos d'água que possuam entre 100 (cem) e 200 (duzentos) metros de largura; igual à distância entre as margens para os cursos d'água com largura superior a 200 (duzentos) metros;



O art. 2º do antigo Código Florestal foi novamente alterado pela Lei n. 7.803/1989, sendo significativo observar a previsão expressa de aplicação desse diploma legal às áreas urbanas, verbis: “**No caso de áreas urbanas**, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, **respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo** (nossos grifos)”.

A Medida Provisória n. 2.166-67/2001 acrescentou ao art. 1º do antigo Código Florestal, a **definição** legal da “área” de preservação permanente (APP). Confira-se:

Art. 1º. As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

§ 1º. As ações ou omissões contrárias às disposições deste Código na utilização e exploração das florestas e demais formas de vegetação são consideradas uso nocivo da propriedade, aplicando-se, para o caso, o procedimento sumário previsto no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil. (Renumerado do parágrafo único pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

§ 2º. Para os efeitos deste Código, entende-se por:

[...]

II - **área de preservação permanente**: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a **função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora**, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; (nossos os grifos) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.166-67, de 2001)

Paralelamente à evolução das normas contidas no Código Florestal de 1964, sobreveio, em 1979, a Lei n. 6.766/1979 (Lei de Parcelamento do Solo Urbano - LPSU), cuja redação original dispôs sobre o tratamento das áreas urbanas *non aedificandi* no inciso III do caput do art. 4º, tendo sido suprimida a expressão “dutos” em 2004, pela Lei n. 10.932/2004. Confira-se:

Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

[...]

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado, **salvo maiores exigências da legislação específica (grifo nosso)**;

Nessa pequena digressão a respeito da Lei n. 6.766/1979 (LPSU), outro dispositivo nela contido interessa, ao menos para fins de contextualização da controvérsia. A atenção aqui, ainda que lateral, é a respeito do art. 3º, parágrafo único. Confira-se:



Art. 3º Somente será admitido o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica, assim definidas pelo plano diretor ou aprovadas por lei municipal.

Parágrafo único - Não será permitido o parcelamento do solo:

[...]

V - **em áreas de preservação ecológica** ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção (grifo nosso).

Esse normativo deixa nítida a preocupação do legislador de 1979 com a vedação ao parcelamento do solo em áreas que deveriam ser protegidas da atividade antrópica e em áreas insalubres ao desenvolvimento humano.

Entretanto, o conceito legal de “áreas de preservação ecológica”, em que seriam proibidos os parcelamentos urbanos, não foi abordado pela Lei n. 6.766/1979. A lei não o definiu, não impõe, especificamente, qualquer proteção a elas, o que demandou o tratamento da questão pelas legislações locais, por meio de planos diretores e leis específicas (estaduais e municipais), situação perfeitamente natural no âmbito do poder de legislar dos entes federativos, conforme disciplina o sistema federativo brasileiro (art. 24, VI, e 30, I e II, da CF), mas que reverbera nesta controvérsia, que sempre se fez atual.

Nesse contexto, indispensável consignar a lembrança ao dever de cooperação constitucionalmente previsto entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com vistas à consecução do equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar das pessoas em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único, da CF), o que impõe rota única a ser seguida quando se está a tratar da necessidade premente de se concretizar soluções para o bem-estar social e o bem-estar ambiental nos meios urbano e rural, com essencial atenção a um valor maior, a busca pelo meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de todos (arts. 5º, § 2º, e 225, da CF), meta individual por excelência, e com inequívoco viés solidário entre as gerações, cuja persecução não deve admitir interrupção entre a *urbis* e o campo. A propósito, colhe-se, por oportuna, a lição do Ministro Celso de Mello: “A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral (ADI 3.540-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 3/2/2006)”.

Em complemento ao ponto, registra-se ser pacífica a orientação desta Corte Superior, segundo a qual a proteção ao meio ambiente abrange, em igual medida, as regiões rurais e urbanas, sem distinção, em atenção ao mandamento constitucional do direito à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*). Confirmam-se: AgRg no REsp 664.886/SC, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; AgInt no AREsp 839.492/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda

Turma, DJe 06/03/2017; REsp n. REsp 1.667.087/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 13/8/2018; AgInt no REsp 1.484.153/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/12/2018.

Após essa breve disciplina da legislação federal que tratou em 1979 do parcelamento do solo urbano, retoma-se a evolução da legislação de proteção da vegetação nativa, atinente ao caso ora *sub judice*, com a entrada em vigor em 2012 do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012).

Aqui, a observação a ser inicialmente feita é a **definição legal** da APP no novo Código Florestal e de sua função, conforme previsto no art. 3º, II, da Lei n. 12.651/2012, *in verbis*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

**II - Área de Preservação Permanente - APP:** área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (grifo nosso);

Ao conceito legal de APP previsto no art. 3º, II, soma-se a possibilidade de serem constituídas novas áreas de preservação permanente, conforme sejam observadas as finalidades previstas no art. 6º. Confira-se:

Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:

I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha; II - proteger as restingas ou veredas;

III - proteger várzeas;

IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;

V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico; VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;

VII - assegurar condições de bem-estar público;

VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.

IX- proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional. (Incluído pela Lei n. 12.727, de 2012).

Tratando-se, no caso dos autos, de áreas ciliares ou ripárias, é oportuna a reflexão feita pelo Ministro Herman Benjamin, no julgamento do REsp n. 1.245.149/MS, a respeito da

**multifuncionalidade** dessas APPs: “Aferrada às margens de rios, córregos, riachos, nascentes, charcos, lagos, lagoas e estuários, intenta a APP ciliar assegurar, a um só tempo, a integridade físico-química da água, a estabilização do leito hídrico e do solo da bacia, a mitigação dos efeitos nocivos das enchentes, a barragem e filtragem de detritos, sedimentos e poluentes, a absorção de nutrientes pelo sistema radicular, o esplendor da paisagem e a própria sobrevivência da flora ribeirinha e fauna. Essas funções multifacetárias e insubstituíveis elevam-na ao status de peça fundamental na formação de corredores ecológicos, elos de conexão da biodiversidade, genuínas veias bióticas do meio ambiente (REsp 1.245.149/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/6/2013)”.

Por fim, chega-se ao outro normativo que compõe a controvérsia direta a ser dirimida, o qual previu, expressamente, APPs em zonas urbanas.

Art. 4º, *caput*, I, da Lei n. 12.651/2012 (com da redação dada pela Lei n. 12.727, de 2012), assim dispõe:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, **em zonas rurais ou urbanas**, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

- a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
- e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros (grifo nosso) (grifo nosso);

Esse é, portanto, o painel da legislação federal que, no momento, interessa para o deslinde da hipótese objetiva.

Ao contexto das normas federais, é necessário dizer ainda que o novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012) teve vários dos seus dispositivos contestados no Supremo Tribunal Federal por meio da ADC n. 42 e das ADIs ns. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937, julgadas na sessão do Tribunal Pleno de 28/2/2018, com publicação em 13/8/2019.

Da certidão dos aludidos julgamentos extrai-se que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, XIX, por maioria, recusou a tese de declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 4º, I, sendo vencidos, nesse ponto, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente) e o Ministro Ricardo Lewandowski, que votaram pelo restabelecimento dos cálculos das faixas marginais dos cursos d'água, segundo a regência normativa anterior, ou seja, desde o “[...] nível mais alto” (art. 2º, “a”, da Lei n. 4.771/1965), ao invés da referência trazida pelo inciso I do art. 4º, que agora declara “[...] desde a borda da calha do leito regular”.

Assim, conclui-se, inicialmente, que o art. 4º, inciso I, da Lei n. 12.651/2012 mantém-se hígido no sistema normativo federal, após os julgamentos da ADC n. 42 e das ADIs ns. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937.

**2. Jurisprudência do STJ a respeito do limite mínimo das APPs urbanas antes da entrada em vigor do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012). Prevalência do antigo Código Florestal (Lei n. 4.771/1965) sobre a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979). Precedente: REsp n. 1.518.490/SC.**

Com efeito, assinala-se que esta Corte Superior pacificou compreensão segundo o qual o antigo Código Florestal também deve ser aplicado ao meio urbano. Confirmam-se: EREsp n. 218.781/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 23/2/2012; AgRg no REsp n. 664.886/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 9/3/2012; e AgInt no AgInt no AgInt no AREsp 747.515/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 15/10/2018. A respeito da controvérsia específica versada nos autos, é imprescindível observar inicialmente o raciocínio lógico-jurídico externado pelo Ministro Og Fernandes, Relator do REsp 1.518.490/SC, julgado pela Segunda Turma em 9/10/2018, DJe 15/10/2018, precedente esse que solucionou a antinomia entre a norma do antigo Código Florestal e a norma da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, quanto à disciplina das faixas marginais a cursos d'água no meio urbano. Confira-se:

A controvérsia repousa em qual norma incide no caso concreto – hipótese de construção em zona urbana na margem de rio –, tendo em vista que o Código Florestal vigente à época dos fatos (Lei n. 4.771/1965) estabelecia como área de preservação permanente toda vegetação natural localizada a 50 metros dos rios ou de qualquer curso de água, com largura mínima de 10 metros. Ocorre que a Lei n. 6.766/1979 estabelecia proibição de apenas 15 metros do curso de água.

Dois aspectos devem ser ponderados para analisar a adequada incidência normativa: i) estabelecer qual o valor jurídico-positivo apto a elucidar a antinomia; e ii) reconhecer se existe possibilidade de aplicar norma ambiental menos protetiva em detrimento de norma ambiental mais protetiva.

Ab initio, cuida-se de hipótese de antinomia, resta verificar na espécie sua extensão: real ou aparente. A antinomia real torna impossível a convivência normativa, gerando o afastamento de uma das normas por meio da interpretação ab-rogante. Já a antinomia aparente permite a conciliação entre os dispositivos supostamente diversos por meio da técnica da interpretação corretiva. Dessa forma, o interprete elimina a aparente contradição mediante análise sistêmica e teleológica dos diversos dispositivos envolvidos.

No tocante à convivência harmônica de diplomas normativos que tutelam o mesmo bem jurídico, José Garcia Medina, em colenda obra intitulada “Curso de Direito Processual Civil Moderno”, aponta que o diálogo das fontes deve objetivar a concretização dos direitos fundamentais. A propósito:

Através desse diálogo emerge a solução do conflito, pela análise do magistrado que pondera as fontes heterogêneas que não se excluem. Erik Jayma, escrevendo sobre “lei dialogue des sources”, discorre que disposições sobre direitos humanos, convenções internacionais, constituições etc. são fontes que não se excluem, necessariamente, mas “conversam” entre si. Conclui o autor que os juízes devem “coordenar” essas fontes e “ouvir o que elas dizem”. No caso, como afirma Cláudia Lima Marques, “muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do

‘monólogo’ de uma só norma (a ‘comunicar’ a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua ratio, a finalidade visada ou ‘narrada’ em ambas” Em conclusão, “o desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa”. (MEDINA, p. 97, 2018)

Nesse aspecto, cumpre observar a previsão legal em choque, respectivamente o Código Florestal (1965) e a Lei de Parcelamento de Solo Urbano (6.766/1979):

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas: a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d’água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989) 2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo. (Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica; (Redação dada pela Lei nº 10.932, de 2004)

No caso em tela, verifica-se apenas uma antinomia aparente, tendo em vista que o próprio ordenamento jurídico fornece diretrizes para superar o suposto conflito, sem a necessidade de afastar a incidência de uma das normas.

Mediante análise teleológica, compreendo que a Lei de Parcelamento Urbano impingiu reforço normativo à proibição de construção nas margens dos cursos de água, uma vez que indica uma mínima proteção à margem imediata, delegando a legislação específica a possibilidade de ampliar os limites de proteção.

Ademais, sob o vértice da especificidade, percebo que a própria Lei n. 6.766/1979 – cuja finalidade é estabelecer critérios para o loteamento urbano – reconhece não ser a sua especificidade a proteção ambiental dos cursos de água, razão pela qual indica a possibilidade da legislação específica impor maior restrição do que a referida norma.

Cumpre estabelecer qual é a norma mais específica em matéria de proteção das áreas de preservação permanente (proteção que alberga os cursos de água).

O instituto das áreas de preservação permanente tem objetivos expressos em relação à integridade dos ecossistemas e a qualidade do meio ambiente. Como se verifica, as áreas de preservação permanentes têm esse papel de abrigar a biodiversidade e promover a propagação da vida, assegurar a qualidade do solo e garantir o armazenamento de recurso hídrico em condições favoráveis de quantidade e qualidade.

O sistema normativo brasileiro já protegia claramente as áreas de preservação permanente desde o antigo Código Florestal.

Trata-se de legislação com conteúdo robusto quanto à proteção dos nossos biomas. É o que se colhe, também, da abalizada doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet em sua obra «Constituição e Legislação Ambiental Comentadas»:

Dentre as questões mais destacadas trazidas pela legislação em questão, podemos apontar os institutos jurídicos da área de preservação permanente (APP) e da reserva legal (RL). (SARLET, p. 647-648, 2015)

Dessa forma, considero que o Código Florestal é mais específico, no que atine à **proteção dos cursos de**

água, do que a Lei de Parcelamento de Solo Urbano (grifo nosso).

Assim sendo, restou interpretar o parágrafo único do art. 2º do referido Código Florestal.

É inegável que o dispositivo supracitado indica, nos casos de áreas urbanas, a observância das leis de uso do solo. Entretanto, mediante leitura atenta do diploma legal percebe-se que, ao excepcionar a tutela das edificações, a norma impôs essencial observância aos princípios e limites insculpidos no Código Florestal. Logo, cuida-se de permissão para impor mais restrições ambientais, jamais de salvo-conduto para redução do patamar protetivo.

Por fim, a título argumentativo, assevero que, mesmo compreendendo a situação como antinomia real, não se pode admitir uma construção a menos de 50 metros do curso de água. Incidindo a antinomia real no caso concreto seria inevitável o afastamento da previsão do art. 4º, III, da Lei n. 6.766/1979.

[...]

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, para reformar o acórdão recorrido determinando o respeito ao limite de 50 metros de área de preservação permanente, devendo o PRAD contemplar a integral recomposição da área de preservação permanente.

Após o julgamento do REsp 1.518.490/SC, outros recursos especiais sobre o referido tema foram apreciados pela Primeira e Segunda Turmas da Primeira Seção desta Corte Superior, tendo sido mantido o entendimento segundo o qual é o art. 2º da Lei n. 4.771/1965 que deve ser aplicado nas áreas urbanas para fins de disciplina das áreas *non aedificandi* às margens dos cursos d'água, e não o art. 4º, III, da Lei n. 6.766/1976.

Confirmam-se:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE-APP. SUPOSTA ANTINOMIA DO CÓDIGO FLORESTAL COM A LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO NO QUE TANGE À DEFINIÇÃO DA ÁREA NÃO-EDIFICÁVEL ÀS MARGENS DE RIO. MAIOR PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. INCIDÊNCIA DO LIMITE PREVISTO NO CÓDIGO AMBIENTAL VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA PROVIDO, PARA RECONHECER A IMPOSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE OU PERMANÊNCIA DE QUALQUER EDIFICAÇÃO NA ÁREA DE PRESERVAÇÃO DAS MARGENS DO RIO TUBARÃO.

1. Discute-se nos autos, no âmbito de análise desta Corte Superior de Justiça, o suposto conflito da Lei de Parcelamento do Solo Urbano (art. 4º, III, da Lei 6.766/1979) sobre o Código Florestal (art. 2º da Lei 4.771/1965) no que tange à definição da dimensão *non aedificandi* no leito do Rio Tubarão, considerada como Área de Preservação Permanente- APP, restando incontroverso nos autos que os recorridos edificaram a uma distância de 22 metros do corpo d'água.

2. A aparente antinomia das normas foi enfrentada pela Corte de origem com enfoque na suposta especialidade da Lei 6.766/1979, compreendendo que a Lei 4.771/1965 cederia espaço à aplicação da Lei de Parcelamento do Solo no âmbito urbano.

3. O âmbito de proteção jurídica das normas em confronto seria, na realidade, distinto. Enquanto o art. 2º do Código Florestal visa à proteção da biodiversidade, a Lei de Parcelamento do Solo tem por finalidade



precípua a ordenação do espaço urbano destinado à habitação, de modo que a proteção pretendida estaria mais relacionada à segurança da população, prevenindo edificações em terrenos alagadiços ou sujeitos a inundações.

4. Por ser o que oferece a maior proteção ambiental, o limite que prevalece é o do art. 2o. da Lei 4.771/1965, com a redação vigente à época dos fatos, que, na espécie, remontam ao ano de 2011. Incide, portanto, o teor dado ao dispositivo pela Lei 7.511/1986, que previu a distância mínima de 100 metros, em detrimento do limite de 15 metros estabelecido pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano. Precedente da Segunda Turma: REsp. 1.518.490/SC, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 15.10.2018.

5. Frise-se, ademais, não se admitir, notadamente em temas de Direito Ambiental, a incidência da Teoria do Fato Consumado para a manutenção de situação que, apesar do decurso do tempo, é danosa ao ecossistema e violadora das normas de proteção ambiental.

6. Não se olvida que, ao que tudo indica, a particular agiu de boa-fé, amparada no Plano Diretor do Município de Orleans/SC (Lei Complementar Municipal 2.147/2004) - que estabelece a distância de 20 metros - e na referida Lei do Parcelamento do Solo Urbano, tendo sua edificação licenciada pela co-ré FUNDAÇÃO AMBIENTAL MUNICIPAL DE ORLEANS-FAMOR, órgão ambiental responsável no âmbito do Município.

Por essa razão, terá ela, a princípio, direito à persecução do ressarcimento pelas perdas e danos na via processual adequada.

7. Recurso Especial do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA provido, reconhecendo a imprescindibilidade da observância do limite imposto pelo Código Ambiental para a edificação nas margens do Rio Tubarão, e, por conseguinte, a necessária demolição da edificação construída na Área de Preservação Permanente-APP, impondo, ainda, à FUNDAÇÃO AMBIENTAL MUNICIPAL DE ORLEANS-FAMOR a obrigação de não mais expedir licenciamentos e autorizações para projetos de construção na referida área (REsp 1.505.083/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 10/12/2018).

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. CÓDIGO FLORESTAL. ÁREA URBANA. APLICAÇÃO. EDIFICAÇÃO DE IMÓVEL. DISTÂNCIA DE 30 METROS DE MARGEM DE CURSO D'ÁGUA. OBSERVÂNCIA.

1. O Plenário do STJ decidiu que «aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça» (Enunciado Administrativo n. 2).

2. É firme a orientação jurisprudencial desta Corte de que “a proteção ao meio ambiente não difere área urbana de rural, porquanto ambas merecem a atenção em favor da garantia da qualidade de vida proporcionada pelo texto constitucional, pelo Código Florestal e pelas demais normas legais sobre o tema» (REsp 1667087/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 13/08/2018).

3. As duas turmas integrantes da Primeira Seção desta Corte têm prestigiado o disposto no art. 2º, «a», item 1, da Lei nº 4.771/1965 (antigo Código Florestal), o qual estabelece como não edificável a faixa de 30 (trinta) metros das margens dos rios, esteja o curso d'água inserido em área urbana ou rural.

4. Agravo interno provido para denegar a segurança (AgInt no REsp 1.484.153/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 19/12/2018).



AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANTINOMIA DE NORMAS. APARENTE. ESPECIFICIDADE. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO FLORESTAL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. MAIOR PROTEÇÃO AMBIENTAL. PROVIMENTO. RESPEITO AO LIMITE IMPOSTO PELO CÓDIGO FLORESTAL.

1. A proteção ao meio ambiente integra, axiologicamente, o ordenamento jurídico brasileiro, e as normas infraconstitucionais devem respeitar a teleologia da Constituição Federal. Dessa forma, o ordenamento jurídico precisa ser interpretado de forma sistêmica e harmônica, por meio da técnica da interpretação corretiva, conciliando os institutos em busca do interesse público primário.
2. Na espécie, a antinomia entre a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979) e o Código Florestal (Lei n. 12.651/2012) é apenas aparente, pois, a primeira estabelece uma proteção mínima e a segunda tutela a proteção específica, intensificando o mínimo protetivo às margens dos cursos de água.
3. A proteção marginal dos cursos de água, em toda a sua extensão, possui importante papel de proteção contra o assoreamento. O Código Florestal tutela em maior extensão e profundidade o bem jurídico do meio ambiente, logo, é a norma específica a ser observada na espécie.
4. Recurso especial provido (REsp 1.546.415/SC, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 28/2/2019).

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. ÁREA URBANA. APLICABILIDADE DO CÓDIGO FLORESTAL. PRECEDENTES.

1. O presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ: «Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC».
2. Decorre o presente recurso especial de ação civil pública ajuizada pelo MP/SC em face da ora recorrida e o Município de Florianópolis, com o objeto de obter a remoção de construção em área de preservação permanente, bem assim a recuperação ambiental do local da controvérsia. A Corte de origem manteve a sentença de procedência em parte do pedido - apenas no que se refere à área de até quinze metros do curso d'água -, sob o entendimento de que a Lei de Parcelamento Urbano deve prevalecer no caso concreto, por ser especial em relação ao Código Florestal. 3. Merece reforma o acórdão recorrido, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte, o anterior Código Florestal também deve ser aplicado às áreas urbanas. Ademais, conforme já decidiu a Segunda Turma, (i) «a antinomia entre a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979) e o Código Florestal (Lei n. 4.771/1965) é apenas aparente, pois a primeira impinge um reforço normativo à segunda, intensificando o mínimo protetivo às margens dos cursos de água»; (ii) «[a] Lei n. 4.771/1965, ao excepcionar os casos de construções em área urbana (art. 2º, parágrafo único), condiciona a hipótese de exceção a escorreita observância dos princípios e limites insculpidos no Código»; (iii) «[a] proteção marginal dos cursos de água, em toda sua extensão, possui importante papel de proteção contra o assoreamento»; e (iv) «[o] Código Florestal (Lei n. 4.771/1965) tutela em maior extensão e profundidade o bem jurídico do meio ambiente, logo, é a norma específica a ser observada na espécie» (REsp 1518490/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 15/10/2018).
4. Agravo interno não provido (AgInt no REsp 1.542.756/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 2/4/2019).

No referente ao exame do art. 2º do antigo Código Florestal, veja-se lição de Paulo Affonso Leme Machado:

O art. 2º, parágrafo único, do Código Florestal deu um novo enfoque à questão florestal municipal, pois diz: “no caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”. *Desnecessário seria este artigo, diante da obrigação que têm os Municípios de respeitar as normas gerais ambientais da União.*

Contudo, ao introduzir-se esse parágrafo único no art. 2º do Código Florestal, quis o legislador deixar claro que os planos e leis de uso do solo do Município têm que estar em consonância com as normas do mencionado art. 2º.

Isto que dizer, por exemplo, que um Município, *ao construir uma avenida nas margens de um curso d’água, não pode deixar de respeitar a faixa de implantação da vegetação de “preservação permanente”*, de acordo com a largura do curso d’água.

A autonomia municipal ambienta-se, pois, com as normas federais e estaduais protetoras do meio ambiente. (*Direito Ambiental Brasileiro*, 17ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 409-410).

### **3. Aplicabilidade do art. 4º, I, da Lei n. 12.651/2012, para fins de impor a largura mínima às faixas marginais dos cursos d’água natural perene e intermitente existentes em área de consolidação urbana.**

Historiado o contexto dos normativos que envolvem a questão contida no Tema 1.010/STJ e a jurisprudência desta Corte Superior, passa-se ao exame da antinomia entre eles:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, **em zonas rurais ou urbanas**, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

- a) 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- c) 100 (cem) metros, para os cursos d’água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d’água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
- e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d’água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros (grifo nosso) (grifo nosso);

Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: [...]

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, será obrigatória a reserva de uma faixa non aedificandi de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;

Nas palavras de Osny Pereira, registradas em 1950, mas que se apresentam atualíssimas: “Assim, como ninguém escava o terreno dos alicerces de sua casa, porque poderá comprometer a segurança da mesma, do mesmo modo ninguém arranca árvores das nascentes, das margens dos rios, nas encostas das montanhas, ao longo das estradas, porque poderá vir a ficar sem água, sujeito a inundações, sem vias de comunicação, pelas barreiras e outros males conhecidamente resultantes da sua insensatez. As árvores nesses lugares estão para as respectivas terras como o vestuário está para o corpo humano. Proibindo a devastação, o Estado nada mais faz do que auxiliar o próprio particular a bem administrar os seus bens individuais, abrindo-lhe os olhos contra os danos que poderia inadvertidamente cometer contra si mesmo” (PEREIRA, 1950). (Osny Pereira, Direito Florestal Brasileiro, Rio de Janeiro: Borsoi, 1950, Apud Novo Código Florestal – Comentários à Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012, à Lei n. 12.727, de 17 de outubro de 2012 e ao Decreto n. 7.830, de 17 de outubro de 2012, Coordenação de Édís Milaré e Paulo Affonso Leme Machado. 2ª Ed., São Paulo, RT, 2013, p. 164).

A obra “O Código Florestal e a Ciência: **Contribuições para o Diálogo/Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência/Academia Brasileira de Ciências** – São Paulo: SBPC, publicada em 2011, e disponível no endereço eletrônico: <http://www.abc.org.br/IMG/pdf/doc-547.pdf> (acesso em 8/11/2020, pág. 13), apresenta ponderações científicas que foram externadas para contribuir no diálogo que a sociedade teve à época sobre as possíveis alterações no Código Florestal de 1965, em especial sobre as APPs, destacando-se as seguintes informações:

Uma possível alteração na definição da APP ripária, do nível mais alto do curso d’água – conforme determina o Código Florestal vigente – para a borda do leito menor, como é proposto no substitutivo, representaria grande perda de proteção para áreas sensíveis. Essa alteração proposta no bordo de referência significaria perda de até 60% de proteção para essas áreas na Amazônia, por exemplo. **Já a redução da faixa ripária de 30 para 15 m nos rios com até 5 m de largura, que compõem mais de 50% da rede de drenagem em extensão, resultaria numa redução de 31% na área protegida pelas APPs ripárias. Estudo recente constatou que as APPs ripárias representam, de acordo com o Código em vigor, somente 6,9% das áreas privadas (grifo nosso).**

No respeitante ao valor mínimo de 30 (trinta) metros para as APPs ciliares, veja-se Nota Técnica n. 12/2012/GEUSA/SIP-ANA, de 9 de maio de 2012, da Agência Nacional de Águas, disponível no endereço eletrônico: [https://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20120509\\_NT\\_n\\_012-2012-CodigoFlorestal.pdf](https://arquivos.ana.gov.br/imprensa/noticias/20120509_NT_n_012-2012-CodigoFlorestal.pdf), acesso em 8/11/2020):

Os trabalhos relacionados dão uma pequena amostra dos estudos existentes que concluem com fundamentação técnica e científica o posicionamento abarcado pelo Código Florestal vigente, que é a adoção de faixas fixas de mata ciliar, com o valor mínimo de 30 metros **para todos os cursos de água**, tendo em vista que a utilização das áreas é dinâmica e em determinados momentos poderá haver condições de maior erosão, e a existência dessa faixa mínima certamente reduzirá substancialmente os impactos negativos **sobre os recursos hídricos (grifos nosso).**

Com efeito, todas as funções ambientais das APPs são igualmente importantes (preservação dos recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas, conforme art. 3º, II, da Lei n. 12.651/2012). Nesse aspecto, um olhar especial para a proteção do solo e dos recursos hídricos, por meio da salvaguarda às APPs ripárias, ao que tudo vem a indicar, pela notoriedade do tema, é de vital importância, especialmente quando se observa, por uma visão macrossocial, sem distinção entre meio urbano e rural, a indispensável função ecossistêmica associada às matas ciliares que favorecem a infiltração da água no solo, contribuindo com o armazenamento, transferência e recarga dos cursos d'água superficiais e dos aquíferos (reservatórios de água doce subterrâneos).

Deve-se, portanto, manter o entendimento desta Corte Superior de que não se pode tratar a disciplina das faixas marginais dos cursos d'água em áreas urbanas somente pela visão do Direito Urbanístico, enxergando cada urbis de forma isolada, pois as repercussões das intervenções antrópicas sobre essas áreas desbordam, quase sempre, do eixo local.

A definição da norma a incidir sobre o caso, conseqüentemente, deve garantir a melhor e mais eficaz proteção ao meio ambiente natural e ao meio ambiente artificial, em cumprimento ao disposto no art. 225 da CF/1988, sempre com os olhos também voltados ao princípio do desenvolvimento sustentável (art. 170, VI,) e às funções social e ecológica da propriedade. Por oportuno, confira-se:

O princípio do desenvolvimento sustentável expresso no art. 170, VI, da CF88, confrontado com o direito de propriedade privada e a livre iniciativa (*caput* e inciso II do art. 170), também se presta a desmistificar a perspectiva de um capitalismo liberal-individualista em favor da sua leitura à luz dos valores e princípios constitucionais socioambientais. Assim, com relação à pedra estruturante do sistema capitalista, ou seja, a propriedade privada, os interesses do seu titular devem ajustar-se aos interesses da sociedade e do Estado, na esteira das funções social e ecológica que lhe são inerentes. (Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, *Direito Constitucional Ambiental – Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção ao Meio Ambiente*; 3ª Edição, RT, 2013, p. 342)

A propósito:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES,

A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.

[...]

**A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações (STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 3540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 3/2/2006 - grifo nosso) .**

É imperativo, portanto, que a antinomia nitidamente aparente entre as normas que fazem parte do Tema 1010/STJ (art. 4º, I, da Lei n. 12.651/2012 e art. 4º, *caput*, III, da Lei n. 6.766/1979) seja solucionada por meio do critério da especialidade.

A tutela ao caso, de forma ampla, além de pressupor a compreensão integrada do Direito Ambiental e do Direito Urbanístico, precisa conduzir ao respeito à dignidade da pessoa humana, notadamente sob as perspectivas coletiva e ecológica, indispensáveis à existência digna do indivíduo e da coletividade. A norma a atuar deve, inegavelmente, traduzir a consecução, tanto do bem-estar ambiental quanto do bem-estar social, não só para as gerações presentes, mas também para as futuras, com especial atenção ao princípio da solidariedade intergeracional.

Com efeito, a Lei n. 6.766/1979, como anunciado inicialmente, ao dispor a respeito de norma ambiental, vedou o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas urbanas, de expansão urbana ou de urbanização específica em áreas de preservação ecológica, todavia, sem delimitar quais seriam essas áreas, no meio urbano, o que denota a generalidade da Lei Federal de 1979 para fins de disciplina da proteção integral ao meio ambiente.

Nesse passo, exsurge inarredável que a norma inserta no novo Código Florestal (art. 4º, *caput*, inciso I), ao prever medidas mínimas superiores para as faixas marginais de qualquer curso d'água

natural perene e intermitente, sendo especial e específica para o caso em face do art. 4º, III, da Lei n. 6.766/1976, é a que deve reger a proteção das APPs ciliares ou ripárias em áreas urbanas consolidadas, espaços territoriais especialmente protegidos (art. 225, III, da CF/1988), que não se condicionam a fronteiras entre o meio rural e urbano.

Assinale-se, a opção pela não aplicação do art. 4º, *caput*, e I, da Lei n. 12.651/2012, quando o comando do seu *caput* é expresso em determinar a sua incidência também ao meio urbano, apresenta-se inequivocamente inapropriado, pois estar-se-ia a afrontar o enunciado da Súmula Vinculante n. 10 do Supremo Tribunal Federal.

Importante e também necessários os seguintes registros.

Após a afetação do Tema 1010/STJ, entrou em vigor a Lei n. 13.913, de 25 de novembro de 2019, que alterou e acrescentou dispositivos à Lei n. 6.766/1979. A disciplina das faixas não edificáveis ao longo das águas correntes e dormentes passou a ser determinada pelo inciso III-A do art. 4º, que passou a contar com a seguinte redação:

Art. 4º Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: [...]

III - A. – ao longo das águas correntes e dormentes e da faixa de domínio das ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não edificável de, no mínimo, 15 (quinze) metros de cada lado;

No que interessa ao contexto, vê-se que foi subtraída a parte final do inciso III (a seguir, em negrito), que assim disciplinava a questão:

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, **salvo maiores exigências da legislação específica** (grifo nosso).

A solução que ora se propõe não se altera pela superveniência da Lei n. 13.913, de 25 de novembro de 2019, que suprimiu a expressão “[...] salvo maiores exigências da legislação específica.” do inciso III do art. 4º da LPSU, pois, pelo critério da especialidade, o normativo contido no art. 4º, *caput*, I, da Lei n. 12.651/2012 (novo Código Florestal) é o que garante a mais ampla proteção ao meio ambiente, em áreas urbana e rural, e deve, como já assinalado, incidir ao caso. O fato de agora o inciso III-A do art. 4º da Lei n. 6.766/1976 expressamente estabelecer, em caráter geral, a determinação do distanciamento de “**no mínimo**” 15 (metros) apenas reforça a função de norma geral norteadora da menor distância que as faixas marginais, não edificáveis, devem manter dos cursos d’água, o que, por uma visão teleológica do sistema de proteção ambiental, não restringe a aplicação do art. 4º, *caput*, da Lei n. 12.651/2012 às áreas urbanas consolidadas.

Por fim, impõe-se observar que art. 65-A das Disposições Transitórias do novo Código Florestal



(Lei n. 12.651/2020), com a redação dada pela Lei n. 13.465, de 2017, dispôs sobre a regularização de **núcleos urbanos informais** que ocupam Áreas de Preservação Permanente, tendo o seu § 2º previsto a manutenção de faixa não edificável com largura mínima de 15 (quinze) metros de cada lado, o que reafirma a dicção da norma geral do parcelamento urbano (atualmente disciplinada no inciso III-A do art. 4º da Lei n. 6.766/1976). Confira-se:

Art. 65. Na Reurb-E dos núcleos urbanos informais que ocupam Áreas de Preservação

Permanente não identificadas como áreas de risco, a regularização fundiária será admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária, na forma da lei específica de regularização fundiária urbana.

[...]

§ 2º Para fins da regularização ambiental prevista no caput, ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água, será mantida faixa não edificável com largura mínima de 15 (quinze) metros de cada lado.

Entretanto, a hipótese dos autos e a delimitação do Tema 1010/STJ não contempla o exame da sua aplicação para fins de objetivação de tese, pois desborda da controvérsia inicialmente fixada para julgamento, que não trata de regularização fundiária de núcleos urbanos informais.

Desse modo, nos termos dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, propõe-se a seguinte definição para fins de fixação da tese do Tema 1010/STJ:

**Na vigência do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), a extensão não edificável nas Áreas de Preservação Permanente de qualquer curso d'água, perene ou intermitente, em trechos caracterizados como área urbana consolidada, deve respeitar o que disciplinado pelo seu art. 4º, caput, inciso I, alíneas a, b, c, d e e, a fim de assegurar a mais ampla garantia ambiental a esses espaços territoriais especialmente protegidos e, por conseguinte, à coletividade.**

#### **4. Modulação dos efeitos do julgamento.**

A modulação dos efeitos do julgamento tem por escopo atuar sobre situações excepcionalíssimas quando verificada a alteração da jurisprudência dominante, considerados o interesse social e a segurança jurídica (art. 927, § 3º, do CPC/2015). É instituto utilizado para evitar a surpresa com a nova interpretação da norma, o que não é o caso.

Como visto acima, o Superior Tribunal de Justiça já determinava a aplicação do antigo Código Florestal (Lei n. 4.771/1965) às áreas urbanas para melhor garantir a proteção das Áreas de Preservação Ambiental nela contidas, conforme precedentes da Primeira e Segunda Turmas. Não houve alteração desse entendimento com a edição do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), que também passou a ser aplicado por esse Tribunal Superior para fins de manter a proteção das Áreas de Preservação Ambiental urbanas. É dizer, não há surpresa ou guinada jurisprudencial a justificar a atribuição de eficácia prospectiva ao julgamento.

## 5. O exame do caso concreto.

Segundo consta no acórdão recorrido (fls. 97-108), os impetrantes questionaram ato supostamente ilegal do Sr. Secretário de Planejamento, Urbanismo e Meio Ambiente do Município de Rio do Sul/SC, que indeferiu pedido de construção de residência de alvenaria em virtude de a obra a ser realizada ficar a menos de 30 (trinta) metros do Rio Itajaí-Açu, em área de preservação permanente.

A Corte de origem, adotando os fundamentos do parecer emitido pela eminente Procuradora de Justiça que oficiou no caso, entendeu por manter a concessão da ordem em sede de reexame necessário, aplicando o entendimento segundo o qual incide o limite de 15 (quinze) metros nas áreas marginais dos cursos d'água em áreas urbanas consolidadas, nos termos do art. 4º, III, da Lei n. 6.766/1979. Confirma-se o seguinte fragmento contido no voto condutor do acórdão (fl. 107):

Nesse sentido, tendo em vista a possibilidade de flexibilização das disposições contidas no Código Florestal, tem-se que a aplicação da Lei de Parcelamento do Solo, ao presente caso é medida que se impõe, para que seja contemplado a área de 15 metros de recuo do Rio Itajaí-Açu.

O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina está em dissonância com a tese do Tema 1010/STJ, que determina a aplicação do art. 4º, *caput*, inciso I, alíneas *a, b, c, d e e*, da Lei n. 12.651/2009 às áreas urbanas consolidadas, a fim de que sejam mantidas as faixas marginais dos cursos d'água previstas nas referidas alíneas.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial do Ministério Público de Santa Catarina para denegar a ordem. Sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei n. 12.016/2019 e da Súmula 105/STJ.

Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

É como voto.

## RECURSO ESPECIAL Nº 1.910.240 - MG (2020/0326002-4)

**RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECORRIDO: ERIVALDO ALMEIDA CAETANO (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DEFENSOR PÚBLICO - DF008161

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL DOMINGOS BARROSO DA COSTA - DEFENSOR PÚBLICO - RS085501

### EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPROS RELATIVOS AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica.

2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia *in malam partem*, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários.

3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que *de lege lata*, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna.

4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40% das

reprimendas impostas –, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, assentando-se a seguinte tese: “É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante”, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

O Dr. Mário Luiz Sarrubbo (Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo) sustentou oralmente pela parte interessada: Ministério Público do Estado de São Paulo.

O Dr. Flávio Wandek (Defensor Público da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais) sustentou oralmente pela parte recorrida: Erivaldo Almeida Caetano.

O Dr. Domingos Barroso Da Costa (Defensor Público da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul) sustentou oralmente pela parte interessada: Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores.

Brasília, 26 de maio de 2021

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.910.240 - MG (2020/0326002-4)**

**RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

RECORRIDO: ERIVALDO ALMEIDA CAETANO (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

INTERES.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - “AMICUS CURIAE”

INTERES.: GRUPO DE ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DAS DEFENSORIAS PÚBLICAS ESTADUAIS E DISTRITAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES - “AMICUS CURIAE”

ADVOGADOS: FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DEFENSOR PÚBLICO - DF008161

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL DOMINGOS BARROSO DACOSTA - DEFENSOR PÚBLICO - RS085501

## RELATÓRIO

### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

**O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS** interpõe recurso especial, com fulcro no art. 105, III, ‘a’, da Constituição da República de 1988, contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do mesmo estado** no Agravo em Execução n. 4507701-49.2020.8.13.0000, em que **foi negado provimento ao recurso ministerial para manter a retificação dos cálculos de pena do recorrido, de modo a constar a exigência de cumprimento de 40 % (quarenta por cento) da pena a ele imposta para auferir o benefício da progressão a regime menos gravoso, tendo em vista a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei de Execução Penal com as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019.**

Assere o Parquet violação ao disposto nos arts. 63, caput, e 112, VII, da Lei n. 7.210/1984, e 1.025 do Código de Processo Civil, porquanto “o recorrido é reincidente, sendo-lhe aplicável, ipso facto, o percentual de 60% (sessenta por cento), que corresponde a 3/5 (três quintos) da pena cumprida para fins de progressão de regime” (fl. 694).

Para o órgão ministerial, “diferentemente do que consta do acórdão combatido, não há como ser exigida a porcentagem de 40% (ou a fração de 2/5) do cumprimento da pena para progressão de pena do reeducando/recorrido, porquanto o inciso V do artigo 112 da LEP é bastante claro ao mencionar que será aplicado aludido percentual àquele que for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, desde que primário” (fl. 695, destaquei).

Destaca que “a porcentagem de 60% de cumprimento de pena prevista no referido inciso VII do art. 112 da LEP deve ser observada por todos os condenados reincidentes, independentemente da natureza do delito cometido anteriormente, de modo que não há distinção entre condenação anterior por crime comum ou por crime hediondo ou equiparado” (fl. 696, sublinhei).

Concluiu, assim, que “[n]ão há que falar, pois, em ofensa ao Princípio da Irretroatividade da Lex Gravior, haja vista que o inciso V do artigo 112 da LEP dispõe, expressamente, que o percentual de 40% (ou fração de 2/5) de cumprimento da pena é exigido para primários, condenados por delito hediondo” (fl. 699, destaquei).

Ao final, “pugna pelo conhecimento e pelo provimento do presente RECURSO ESPECIAL, para que seja exigido do recorrido o cumprimento do percentual de 60% (ou fração de 3/5) da pena, para fins de progressão de regime, por ser tratar de reincidente e de condenado por delito hediondo” (fls. 699-700).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pelo provimento do recurso, porquanto “deve ser fixado o percentual de 60% para fins de progressão de regime também a condenados reincidentes genéricos em crimes hediondos, a uma, para que se mantenha a jurisprudência desse Egrégio Tribunal estável, íntegra e coerente, uma vez que o Pacote Anticrime manteve o mesmo percentual aos condenados reincidentes. A duas, porque tratar igualmente apenados primários e reincidentes contraria o princípio da individualização da pena, da isonomia e o postulado da proporcionalidade em sua perspectiva de proibição de proteção insuficiente” (fl. 831).

### RECURSO ESPECIAL Nº 1.910.240 - MG (2020/0326002-4)

#### EMENTA

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPSOS RELATIVOS AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica.

2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia *in malam partem*, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários.

3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que de lege lata, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna.

4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas –, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.



5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

#### I. Contextualização

Na hipótese, “o agravado foi condenado à pena unificada de 12 anos e 08 meses de reclusão, em razão da prática dos delitos previstos nos artigos 157 e 213 do Código Penal” (fl. 638).

Depreende-se dos autos que, “[i]nterposto pedido defensivo de aplicação do disposto no artigo 112, inciso V, da LEP, ou seja, o percentual de 40% (quarenta por cento), para a progressão de regime, a MM<sup>a</sup>. Juíza, **considerando que o presente caso não se trata de reincidência específica, afastou a exigência de cumprimento de 3/5 (60%) da pena para a progressão, alterando-a para 2/5 (40%)**” (fls. 638-639, grifei).

Irresignado, o Ministério Público estadual interpôs agravo em execução, ao qual a Corte de origem negou provimento, ao asseverar que “a Lei 13.964/2019, mais conhecida com Pacote Anticrime, publicada em 24 de Dezembro de 2019, com início da vigência em 23 de Janeiro de 2020, trouxe uma série de alterações na Legislação Penal e Processual Penal, sobretudo na Lei de Crimes Hediondos (8.072/90) e na Lei de Execuções Penais (7.210/84)” (fl. 639).

Consoante ressaltado pelo Tribunal *a quo*, “[a] leitura do dispositivo legal leva à conclusão de que, por ter sido condenado pela prática dos crimes de roubo e estupro, o apenado deverá cumprir 40% (quarenta por cento) ou 2/5 (dois quintos) da pena imposta, para obter a progressão de regime, nos termos do inciso V do artigo 112 da Lei de Execuções Penais, embora seja reincidente em crime comum. Isso porque, **a fração de 3/5 (três quintos) ou 60% (sessenta por cento) passou a ser aplicada tão somente a sentenciados reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado, consoante o inciso VII, do Art. 112 do citado dispositivo legal**” (fl. 641, sublinhei).

O Tribunal de Justiça concluiu então que, “considerando a *novatio legis in melius* promovida pela Lei 13.964/2019, e o disposto no artigo 112 da Lei de Execuções Penais, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe devendo ser observada a fração de 2/5 para fins de progressão de regime do agravado” (fls. 641-642).

## II. Alteração Legislativa

Especificamente em relação aos lapsos exigidos para o alcance da benesse em questão, a Lei n. 13.964/2019, doravante intitulada Pacote Anticrime, que entrou em vigor em 23/1/2020, promoveu profundas alterações no marco normativo até então vigente. O recente diploma legal revogou expressamente as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, segundo o qual “[a] progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, **dar-se-[ia] após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado [fosse] primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)” (grifei).

Das controvérsias suscitadas em torno do Pacote Anticrime, não escapam os novos lapsos para **progressão de regime, estabelecidos pelo referido diploma legal. Como já mencionado acima**, as disposições da Lei n. 8.072/1990, acerca da progressão de regime, foram expressamente revogadas pela Lei n. 13.964/2019, **de modo que os lapsos necessários à aferição do cumprimento do requisito objetivo ficaram disciplinados exclusivamente pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, consoante a redação decorrente das alterações aqui sublinhadas.** Confira-se:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

**IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;**

**V- 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;**

**VI- 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:**

**a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;**

**b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou**

**c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;**

**VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;**

**VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.**

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

§ 7º O bom comportamento é readquirido após 1 (um) ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção do direito (destaquei).

Depreende-se da leitura dos dispositivos acima que, após as alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, tornaram-se cruciais para a avaliação do lapso de progressão de regime dois fatores além da hediondez – **quais sejam, a ocorrência ou não do resultado morte e a primariedade, a reincidência genérica ou, ainda, a reincidência específica do apenado.**

O Pacote Anticrime implementou um cenário de maior complexidade quanto à recidiva do reeducando, visto que, agora, não se trata apenas do simples exame da natureza do delito (se comum ou hediondo) e da existência de registros aptos a caracterizarem a reincidência (genérica) do apenado, mas sim de uma incursão mais apurada no exame dos antecedentes criminais do indivíduo encarcerado, passando a ganhar ampla relevância se se trata de **crime cometido com ou sem violência a pessoa ou grave ameaça, crime hediondo ou equiparado ou, ainda, crime hediondo ou equiparado com resultado morte.**

Neste ponto, Nucci ressalta que “[a] Lei de Execução Penal trouxe um novo tabelamento para a progressão de regime, no art. 112, algo muito mais realista em face da criminalidade reinante. Os delinquentes de primeira viagem têm várias oportunidades de escapar do cárcere (transação penal,

suspensão condicional do processo, acordo de não persecução penal, suspensão condicional da pena, podendo-se, ainda, inserir o regime aberto). **Então, os que são de fato violentos, praticando crimes bárbaros contra a pessoa, precisam de outros critérios mais rigorosos)**” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime comentado*. 1. ed. São Paulo: Editora Forense, 2020, p. 2, sublinhei).

Todavia, a despeito da lógica em que se atrelou o recrudescimento do lapso exigido à gravidade das condutas perpetradas pelo apenado, alcançando, inclusive, patamar jamais previsto na legislação brasileira, conforme disposto no art. 112, VIII, da Lei n. 7.210/1984, os incisos **IV, VII e VIII** do referido art. - os quais dispõem, respectivamente, sobre os reincidentes em crime cometido com violência a pessoa ou grave ameaça, reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado e reincidentes em crime hediondo ou equiparado com resultado morte - **não previram qual seriam os patamares relativos aos reincidentes genéricos (ou seja, na prática de crimes não relacionados nos respectivos incisos) que houvessem cometido os crimes especificados na norma.**

### III. Lacuna Legal

Ao examinar os dispositivos legais subsequentes ao *caput* do art. 112 da Lei de Execução Penal, podemos perceber que o **inciso III** prevê o cumprimento de 25% da pena para aquele que houver cometido crime com violência a pessoa ou grave ameaça, mas for primário.

Por sua vez, o **inciso IV** estabelece o lapso de 30% da pena para os que são reincidentes em crimes cometidos com violência a pessoa ou grave ameaça. **Dessa forma, não se verifica a previsão da hipótese em que o apenado tenha cometido crime com violência a pessoa ou grave ameaça, mas seja tão-somente reincidente genérico, ou seja, não tenha praticado anteriormente crime com violência a pessoa ou grave ameaça.**

De igual maneira, estabelece o **inciso V** o patamar de 40% de cumprimento da pena para os reeducandos que forem condenados pela prática de crime hediondo e equiparado, mas forem primários, ao passo que o inciso VII prevê que **aqueles reincidentes na prática de crime hediondo ou equiparado devem cumprir então o lapso de 60% das penas impostas, à semelhança do requisito objetivo anteriormente previsto pela Lei n. 8.072/1990. Entretanto, novamente não foi disciplinada a hipótese relativa ao sentenciado que seja reincidente genérico, ou seja, que tenha sido condenado por crime hediondo ou equiparado, mas que não possua condenação anterior por crime de mesma natureza.**

Por fim, destaca-se que o inciso VI, 'a', impõe o cumprimento do patamar de 50% das penas impostas caso o apenado tenha sido condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, mas ainda for primário, vedado o livramento condicional. Por outro lado, o inciso VIII estabelece o lapso de 70% de cumprimento da pena para aqueles que forem reincidentes em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, também vedado o livramento condicional.

**Assim, não está prevista a conjuntura em que o sentenciado tenha cometido crime hediondo ou equiparado, mas também seja reincidente genérico, dada a prática anterior de delito de natureza diversa.**

Todas as três situações minudenciadas evidenciam a inexistência de previsão legal acerca de hipóteses que desafiam cotidianamente o trabalho desenvolvido pelas inúmeras varas de execução penal existentes no País. Consoante o relatório Justiça em Números 2019, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça, **ingressaram, em 2018, 343,3 mil novos casos na fase de execução de 1º grau, o que corresponde a 12,8% da totalidade dos novos casos criminais, a tornar ululante a relevância do tema aqui tratado, bem como fundamental propor solução consentânea às disposições jurídicas vigentes, mormente às garantias previstas na Carta Magna de 1988, sobretudo a garantia de reserva legal e de retroatividade da norma mais benéfica ao réu ou condenado (art. 5º, incisos II, XXXIX e XL).**

A esse respeito, urge consignar que o artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, estabelece que, “[q]uando a lei for omissa, **o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito**” (grifei). O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, prevê, em seu artigo 140, caput, que “[o] juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

O Código de Processo Penal, a seu turno, institui, em seu artigo 3º, que “[a] lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”. “Nesse sentido é o recente enunciado n. 3 da I Jornada de Direito Processual Civil realizado pelo Conselho da Justiça Federal, **cujo verbete dispõe que ‘as disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei’**” (HC n. 492.458/MT, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 11/6/2019, grifei).

Portanto, é defeso ao Juízo da execução penal eximir-se de deliberar acerca das hipóteses aqui aventadas, as quais dizem respeito aos lapsos **de progressão necessários para o cômputo dos benefícios por aqueles sentenciados que são considerados reincidentes genéricos, seja em** relação à prática de crimes com violência a pessoa ou grave ameaça, ao cometimento de delitos hediondos ou equiparados ou, ainda, relativa a crimes hediondos ou equiparados com resultado morte.

A partir do pressuposto segundo o qual não se admite no Direito Penal incriminador a analogia in malam partem, não resta outra alternativa ao julgador, diante da conjuntura delineada, que não a aplicação aos reincidentes genéricos dos patamares de progressão referentes aos sentenciados primários, **uma vez que, ainda que não sejam primários, reincidentes específicos também não o são.**

Desta maneira, há de se considerar que:

a) ao sentenciado que cometeu crime com **violência a pessoa ou grave ameaça, mas não é**

**reincidente em delito de mesma natureza**, aplicar-se-á o lapso de 25% do cumprimento da pena, previsto no inciso III do art. 112 da Lei de Execução Penal.

b) ao apenado que praticou **crime hediondo ou equiparado, mas também não é reincidente em crime de igual natureza**, aplicar-se-á o patamar de 40%, estabelecido pelo inciso V do mesmo dispositivo legal.

c) apenado que cometeu **crime hediondo ou equiparado com resultado morte**, mas, igualmente, é **reincidente genérico**, aplicar-se-á o requisito objetivo instituído pelo inciso VI, 'a', do referido artigo de lei, ou seja, deve cumprir 50% da pena para progredir.

#### IV. Retroatividade da lei penal mais benéfica

Quanto aos patamares de progressão dos apenados reincidentes genéricos, esmiuçada a questão relativa ao preenchimento das lacunas legais deixadas pela ausência de previsão do Pacote Anticrime, destaca-se a hipótese trazida a lume por este recurso especial, qual seja, a **incidência retroativa das disposições agora vigentes**.

A esse respeito, estabelece o art. 5º, XL, da Constituição da República de 1988, que “a lei penal não retroagirá, **salvo para beneficiar o réu**” (grifei).

Nesse sentido:

[...]

3. Nas disposições sobre a execução das sanções criminais, o julgador deve recorrer à analogia *in bonam partem* para a integração normativa, observados, ainda, o princípio da legalidade e a retroatividade da lei penal mais benéfica [...] (AgRg no HC n. 631.410/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 9/3/2021).

[...]

5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual [...] (HC n. 583.837/SC, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 12/8/2020).

A partir de tais premissas, deve-se recorrer à antiga redação do revogado *caput* do artigo 112 da Lei n. 7.210/1984, segundo o qual “[a] pena privativa de liberdade [seria] executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso [tivesse] cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e [ostentasse] bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão”. Dessa forma, numa situação de resgate de pena imposta em face da prática de crime comum, fosse o apenado primário ou reincidente, seria necessário o cumprimento de 1/6 das reprimendas.



Caso se tratasse de sentenciado condenado pela prática de crime hediondo, os patamares para auferição do preenchimento do requisito de ordem objetiva seriam extraídos da previsão do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, segundo a qual “[a] progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, **dar-se-[ia] após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado [fosse] primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984» (sublinhei).

A celeuma reside justamente em torno dos patamares estabelecidos pela atual redação do art. 112, *caput* e incisos, da Lei de Execução Penal, **que tratam da prática de crime hediondo e constituem lapsos inferiores à fração de 3/5, revogada pela entrada em vigor do Pacote Anticrime.**

Trata-se, por conseguinte, da análise da aplicação retroativa dos incisos V e VI, ‘a’, do referido artigo de lei. No que tange ao segundo inciso mencionado, é preciso salientar que, como já apontado no tópico acima, **dada a lacuna legal quanto à previsão do lapso de progressão aos apenados que cometeram delito hediondo ou equiparado com resultado morte, mas são reincidentes genéricos, é imperiosa a aplicação, à espécie, do art. 112, VI, ‘a’, pelas razões já minudenciadas.**

Consoante a previsão legislativa anteriormente vigente, esse mesmo apenado teria de cumprir a fração de 3/5 para pleitear eventual progressão a regime mais benéfico, o que consistiria em patamar superior aos 50% estabelecidos pelo art. 112, VI, ‘a’, da Lei de Execução Penal. Entretanto, não se pode olvidar que o mesmo inciso, em sua parte final, prevê a vedação ao benefício do livramento condicional, disposição que não existia ao tempo da vigência do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990. Por consequência, é inadmissível sua retroatividade, por constituir situação mais gravosa ao sentenciado.

Discute-se aqui a possibilidade de abreviação do período de cumprimento de pena necessário à progressão a regime prisional menos gravoso. No entanto, **ao ser beneficiado com a concessão do livramento condicional, o apenado afasta-se do confinamento, dado que “[o] livramento condicional, conforme José Frederico Marques, ‘é a liberdade provisória concedida, sob certas condições, ao apenado que não revele periculosidade, depois de cumprida uma parte da pena que lhe foi imposta’**”(MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 220).

**Já em relação ao patamar estabelecido no art. 112, V, é irrefutável que sua incidência retroativa, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos institui conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5.**

Outra não tem sido a compreensão do Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas Criminais, de que, “com a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o legislador trouxe novas nuances ao tema, pois ao revogar o art. 2º, § 2º da Lei n. 8.072/1990, dispositivo o qual não fazia diferenciação entre a reincidência específica ou genérica para a progressão de regime, estabeleceu novos lapsos para progressão de regime, modificando também o art. 112 da Lei de Execução Penal” (HC n. 607.190/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 14/10/2020).

Na oportunidade, o Ministro relator salientou que, “[n]o caso dos autos, **o paciente, que não é primário, não se enquadra nos exatos termos do inciso V, tampouco seu caso se amolda ao inciso VII, uma vez que não é reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado.** Desse modo, forçoso reconhecer que, diante das duas situações, **em obediência ao princípio do favor rei, ao paciente se deve aplicar a norma penal mais benéfica, no caso a incidência do percentual de 40% previsto no inciso V do art. 112 da Lei 7.210/1984 para fins de progressão de regime**” (*Idem*, destaquei).

Nesse mesmo sentido, exemplificativamente:

[...]

1. A intenção do legislador foi manter os condenados mais tempo no regime estabelecido para o início do cumprimento da pena. A *novatio legis insere* dispositivos prejudiciais à situação jurídica do condenado, os quais somente poderão ser aplicados aos crimes praticados após a sua entrada em vigor, em respeito ao princípio da anterioridade (art. 5º, inciso XL, da CF e art. 1º, do CP). Em se tratando, contudo, de hipótese benéfica ao apenado, haverá a aplicação retroativa. No presente caso, o Tribunal a quo reconheceu a incidência de *novatio legis in melius*, determinando a aplicação do percentual de 40% (quarenta por cento) da pena, para fins de progressão de regime, asseverando que “assim, dada a ausência de previsão legal acerca do percentual de pena que deve ser cumprido para fins de progressão de regime, nos casos em que o apenado é condenado por crime hediondo, mas reincidente simples, de rigor a adoção da solução mais benéfica a ele, ou seja, deve ser adotado o percentual de 40% previsto no inciso V, do artigo supracitado, ainda que tal inciso mencione expressamente a sua aplicação aos condenados primários por crime hediondo ou equiparado” (e-STJ fl. 54).

2. Com efeito, os incisos VII e VIII do art. 112 da LEP, introduzidos pela Lei n. 13.964/2019, são taxativos e abarcam tão somente a hipótese de reincidência na prática de crime hediondo ou equiparado.

O apenado foi sentenciado por delito hediondo (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006), tendo sido reconhecida sua reincidência genérica, decorrente de condenação anterior pela prática de crime comum (e-STJ fl. 52). Para tal hipótese - condenado por crime hediondo, mas reincidente em razão da prática de crime comum -, como bem ponderou o Tribunal a quo (e-STJ fl. 54), inexistente, na *novatio legis*, percentual a disciplinar a progressão de regime ora pretendida, sendo certo que os percentuais de 60% (sessenta por cento) e 70% (setenta por cento) foram destinados aos reincidentes específicos.

3. Assim, na espécie, considerando que o apenado, condenado por crime hediondo (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006), **é reincidente em crime comum (reincidência genérica), conforme se extrai dos presentes autos (e-STJ fl. 52), impõe-se, ante a omissão legislativa, o uso da analogia in bonam partem, para aplicar o percentual equivalente ao que é previsto para o primário (art. 112, inciso V, da LEP), qual seja, o de 40% (quarenta por cento), para fins de cálculo da progressão de regime prisional, em relação ao crime anterior praticado.**

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp n. 1.918.050/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 7/5/2021, sublinhei).

Ademais, urge ressaltar que a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei de Execução Penal, não esbarra no óbice da vedação à combinação de lei. Não olvido que “a análise da lei mais benigna

restará sempre submetida à avaliação do resultado final *in concreto*, [...] O critério da lei mais benéfica não permitiria a adoção de uma *lex tertia* ou de uma combinação de leis. Foi [...] essa a posição do Supremo Tribunal Federal, que, a propósito do roubo de estabelecimento bancários, **afirmou ser ‘lícito ao juiz escolher, no confronto das leis, a mais favorável, e aplicá-la em sua integridade, porém não lhe é permitido criar e aplicar uma ‘terza legge’ diversa de modo a favorecer o réu, pois, nessa hipótese, se transformaria em legislador’**” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. r. atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 517-518, destaquei).

Para melhor compreensão da controvérsia, faz-se necessária a análise do texto dos arts. 111, parágrafo único, e 118, II, ambos da Lei de Execução Penal. Confirmam-se (grifei):

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. **Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.**

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - **sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime.**

Conclui-se da leitura dos artigos acima mencionados que, diante da superveniência do trânsito em julgado de sentença condenatória, caso o *quantum* de pena obtido após o somatório não permita a preservação do regime atual de cumprimento da pena, o novo regime será então determinado por meio do resultado da soma, de forma que estará o sentenciado sujeito à regressão

Não obstante a determinação de unificação das reprimendas impostas ao sentenciado, deve-se frisar que, desde a entrada em vigor da Lei n. 11.464/2007, instituiu-se tratamento diferenciado às penas decorrentes de crimes comuns, hediondos ou equiparados, **a evidenciar a individualização do cumprimento das reprimendas, mormente diante dos diversos lapsos legais estabelecidos. Aliás, a unificação das penas não obsta, inclusive, a própria extinção parcial das reprimendas inseridas na carta de liquidação.**

Assim, dadas as ponderações acima, concluo que **a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas –, é inferior à fração**

de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos.

Para melhor elucidação dos casos apresentados, trago na tabela abaixo a síntese das alterações legais promovidas:

| Natureza do Delito e Registros Criminais   | Lei n. 8.072/1990<br>(Lei dos Crimes Hediondos) | Entrada em Vigor da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime) |  | Dispositivo legal aplicável à condenação já em curso                       |
|--|---|---|--|--|
|  | Condenação já em curso                          |   | Condenação posterior   |  |
| Condenado por crime sem violência a pessoa ou grave ameaça e primário                      | 1/6   | 1/6   | 16% (mesmo patamar)<br>Art. 112, I, da LEP   | Art. 112, <i>caput</i> , da LEP (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003) |
| Reincidente específico na prática de crime cometido sem violência a pessoa ou grave ameaça | 1/6   | 1/6   | 20% (recrudescimento do patamar)<br>Art. 112, II, da LEP   | Art. 112, <i>caput</i> , da LEP (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003) |
| Condenado por crime cometido com violência a pessoa ou grave ameaça e primário             | 1/6   | 1/6   | 25% (recrudescimento do patamar)<br>Art. 112, III, da LEP  | Art. 112, <i>caput</i> , da LEP (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003) |
| Condenado por crime cometido com violência ou grave ameaça e reincidente genérico          | 1/6   | 1/6   | 25% (incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal)<br>Art. 112, III, da LEP | Art. 112, <i>caput</i> , da LEP (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003) |
| Reincidente específico na prática de crime cometido com violência a pessoa ou grave ameaça | 1/6   | 1/6   | 30% (recrudescimento do patamar)<br>Art. 112, IV, da LEP   | Art. 112, <i>caput</i> , da LEP (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 2003) |
| Condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte e primário                  | 2/5   | 2/5   | 40% (mesmo patamar)<br>Art. 112, V, da LEP   | Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990  |
| Condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte e reincidente genérico      | 3/5   | 40% (retroatividade da lei penal mais benéfica)           | 40% (incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal)<br>Art. 112, V, da LEP   | Art. 112, V, da LEP (Consoante alterações do Pacote Anticrime)             |

| Natureza do Delito e Registros Criminais  | Lei n. 8.072/1990<br>(Lei dos Crimes Hediondos) | Entrada em Vigor da Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime)                               |   | Dispositivo legal aplicável à condenação já em curso |
|---|---|---|---|--|
|   | Condenação já em curso                          |   | Condenação posterior  |  |
| Reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado sem resultado morte | 3/5   | 3/5   | 60% (mesmo patamar)<br>Art. 112, VII, da LEP  | Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990                  |
| Condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte e primário             | 2/5   | 2/5   | 50% (recrudescimento do patamar)<br>Art. 112, VI, da LEP  | Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990                  |
| Condenado por crime hediondo ou equiparado com resultado morte e reincidente genérico | 3/5   | 3/5 (irretroatividade da lei penal posterior, dada a vedação ao livramento condicional) | 50% (incidência do patamar atribuído ao apenado primário devido à lacuna legal)<br>Art. 112, VI, da LEP | Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990                  |
| Reincidente específico na prática de crime hediondo ou equiparado com resultado morte | 3/5   | 3/5   | 70% (recrudescimento do patamar)<br>Art. 112, VIII, da LEP  | Art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990                  |

## V. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao recurso.

Por conseguinte, a tese jurídica fixada, para os fins previstos no art. 1.036 do Código de Processo Civil, é a seguinte:

É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado, sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante.

Por se tratar de recurso representativo da controvérsia, determino o envio de cópia do inteiro teor deste acórdão, após a devida publicação, à Presidência deste Superior Tribunal, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, bem como aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, para o cumprimento do disposto no art. 1.040 do Código de Processo Civil e no art. 256-R do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.



# TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA



## PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

### SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 5044026-57.2020.8.24.0000/SC

REQUERENTE: MUNICÍPIO DE BARRA VELHA/SC

REQUERIDO: JUÍZO DA 2ª VARA DA COMARCA DE BARRA VELHA

INTERESSADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### DESPACHO/DECISÃO

Município de Barra Velha deduziu pedido de suspensão de provimento liminar deferido pelo Juízo da 2ª Vara daquela Comarca (5000372-36.2019.8.24. 0006), substanciado na interdição de ponte sobre o Rio Itajuba.

Discutem-se, na origem, em sede de ação civil pública, deflagrada pelo *Parquet* estadual, as condições de segurança da aludida obra de engenharia, com pleito de reformas a serem implementadas pela Municipalidade.

O *decisum* combatido pelo Município ostenta a seguinte conclusão:

*Conforme atestado pelo perito “A ponte sobre o Rio Itajuba apresenta deficiências estruturais e de conservação importantes que submetem seus usuários, seja através dos veículos que trafegam sobre a ponte, navegam no Rio Itajuba ou utilizam dos passeios, a riscos incompatíveis com os necessários para a boa utilização, com risco real de desabamento abrupto – sem aviso perceptível aos usuários.” (Evento 123, Laudo 2, fl. 27, a) (destacado).*

*Concluiu o expert, no Evento 123 (Laudo 2, fl. 34, 6), que: “Diante do todo anteriormente apresentado entende-se que os requisitos necessários à garantia de segurança estrutural da ponte sobre o Rio Itajuba não são atendidos, tendo em vista que cada um dos 4 pilares da estrutura encontram-se suficientemente avariados para romper repentinamente e causar o desabamento da estrutura, implicando em risco potencial de perda de vidas e causar danos importantes à economia e ao entorno, destacando-se: inundação de uma região extensa à montante da estrutura, erosão de diversos imóveis vizinhos, comprometimento da pesca e da navegação local, dentre outros possíveis; [...].”*

*Apesar do resultado da perícia ter sido elucidativo quanto à falta de segurança e o perigo iminente de um desabamento, a administração municipal insiste em retardar a adoção das providências necessárias e urgentes, minimizando irresponsavelmente o problema, com requerimentos meramente procrastinatórios, razão pela qual **INDEFIRO** os pedidos apresentados pelo Município no Evento 132.*

*Lado outro, diante da grave situação demonstrada nos autos, torna-se necessário o **ACOLHIMENTO** do pleito ministerial do Evento 127, para **DETERMINAR** ao Município de Barra Velha que:*

*Itajuba, situada na Avenida Itajuba, neste município, com a utilização de placas e obstáculos físicos à passagem sobre a ponte, aptos a assegurar o respeito à ordem de interdição;*

2) no prazo de 5 (cinco) dias: PROVIDENCIE A DEVIDA SINALIZAÇÃO de todos os locais que dão acesso à Avenida Itajuba, alertando sobre a interdição da ponte, especialmente aqueles próximos ao local onde situada a ponte, bem como aos acessos da Rodovia BR-101 às cidades de Barra Velha e Balneário Piçarras; e

3) no prazo de 90 (noventa) dias: ELABORE E EXECUTE integralmente as intervenções necessárias para reforma da estrutura, seguindo as sugestões do perito judicial (fls.75 e 76 do laudo pericial – evento 123) e comprovando documentalmente ao Juízo a existência de orientação de profissional habilitado, dada a complexidade envolvida nas atividades de reforço e recuperação da estrutura.

Intime-se o Município de Barra Velha, via portal e também ao Sr. Prefeito, via oficial de Justiça (Súmula 410 do STJ), para que comprovem nos autos o cumprimento integral da liminar e as providências adotadas, em 5 dias úteis, em especial os itens 1) e 2) (supra), sob pena de multa diária de R\$ 3.000,00 em favor do Fundo Estadual de Reconstituição dos Bens Lesados e, ainda, eventual sequestro das verbas necessárias para satisfação das demandas. (evento 135, autos da origem)

O Município, nos autos ora sob apreciação, aduz essencialmente que:

(i) adotou as obras reparatórias necessárias para preservar a referida ponte, mas o Ministério Público entendeu-as insuficientes; (ii) juntou parecer técnico que opina pela adoção de medidas provisórias (tais como a instalação de estruturas metálicas); (iii) a interdição prejudica a mobilidade urbana, sobretudo a circulação de ambulâncias, viaturas policiais e bombeiros, além de dificultar o acesso da população a grandes supermercados e a serviços públicos (Casan, Celesc, Prefeitura etc.); (iv) há lesividade ao comércio local; e (v) o acesso alternativo ao bairro faz-se pela BR 101, notoriamente congestionada durante a temporada de verão.

Pretende, então, coarctar os efeitos da decisão que interditou a ponte, ou obter, alternativamente, a liberação do trânsito pelo menos para pedestres, ciclistas, motociclistas e veículos de menor porte.

Não houve pedido de deferimento liminar; a parte proponente da ação civil pública manifestou-se nos autos (evento 9); e o Procurador de Justiça Sandro José Neis opinou pelo indeferimento da pretensão suspensiva (evento 12).

É, no essencial, o relatório.

Calha, preambularmente, salientar que a modalidade processual sob exame (suspensão de provimento liminar) não se presta para reformar, rever ou desconstituir a decisão impugnada, na medida em que «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 intelecção que segue reproduzida:

*[...] 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<sup>a</sup>. 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.** (destaque aposto)*

A propósito do preceptivo acima transcrito, o Ministro Dias Toffoli consigna 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 indidentes que se suscitarem;*

Para que o pedido suspensivo tenha êxito é imperioso, portanto, que fique demonstrado tratar-se de caso de manifesto interesse público voltado a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas (art. 4º da Lei nº. 8.437/92).

Pois bem. O Município de Barra Velha obtempera que a interdição do reportado acesso ao Bairro Itajuba prejudica a circulação de viaturas oficiais, assim como dificulta o deslocamento da população a grandes supermercados e a serviços públicos (Casan, Celesc, Prefeitura etc.), impondo, a mais disso, lesividade ao comércio local, além do que a mobilidade urbana também é afetada porque a rota alternativa, via BR 101, acha-se sobremodo congestionada durante a temporada de verão.

São, de fato, relevantes os transtornos explicitados pela Municipalidade requerente, como conseqüências da interdição da citada ponte. Contudo, por outro vértice, não se pode olvidar do laudo pericial produzido no âmbito da ação civil pública antes referida, indicativo de sérios e iminentes riscos capazes de periclitarem a incolumidade da população local. *In verbis*:

*5.1 – As vistorias realizadas e análise das fotografias (Evento 41, anexo 2), permitiram identificar que as atividades de reforço estrutural da ponte de Itajuba, executadas pela Prefeitura de Barra Velha, contemplaram o revestimento dos 4 pilares da estrutura com concreto armado sem observar as especificações constantes do Projeto de Recuperação Estrutural, elaborado pelo próprio município, através do Eng. Civil Osni Paulo Testoni - CREA/SC 139.556-6 (Evento 32). Da forma com que a intervenção foi realizada esta não atende aos requisitos necessários para ser considerado um elemento de reforço, com destaque para o seguinte:*

*- Não foram realizados tratamentos do concreto e das armaduras previamente ao revestimento dos pilares. A deterioração da estrutura continua evoluindo em função da falta de tratamento do núcleo contaminado do concreto que foi revestido e a aderência do revestimento ao núcleo do pilar será progressivamente prejudicada pela evolução dos processos corrosivos das armaduras, cujos produtos de corrosão não foram removidos antes da concretagem impossibilitando a aderência dos vergalhões ao concreto do revestimento executado;*

*- As armações utilizadas no revestimento dos pilares apresentam espaçamentos maiores que os especificados e bitolas menores que as detalhadas e a forma equivocada com que foram adicionadas no revestimento impossibilita sua colocação em carga, ou seja, que as armações possam resistir aos esforços que poderiam ser submetidas (espaçamento excessivo entre estribos e subdimensionamento da armação longitudinal);*

*- Manifestações patológicas visualmente identificáveis na camada do revestimento executado indicam a existência de deficiências executivas relacionadas à dosagem, lançamento, adensamento e cura do concreto (fissuras, textura superficial, ninhos de concretagem e retração). Fissuras na interface entre o pilar original e o revestimento executado evidenciam deficiências de aderência (ligação) impossibilitando a transferência de cargas da estrutura para o revestimento (confirmado por ensaios específicos de ultrassonografia e líquidos penetrantes);*

*- Apesar de terem sido apresentadas especificações para toda a estrutura no projeto elaborado, apenas os pilares foram submetidos a intervenções; e*

*- Não foram encontrados documentos que comprovem a existência de orientação de profissional habilitado ou registro de responsabilidade técnica dos procedimentos adotados pelo município, apesar da necessária especialização e evidente complexidade envolvida em atividades de reforço e recuperação para este tipo de estrutura na condição em que se encontra.*

*5.2 - A inspeção da estrutura realizada em observância as prescrições da ABNT NBR 9452:2019 – Inspeção de pontes, viadutos e passarelas de concreto – Procedimento, permitiu caracterizar os elementos estruturais segundo sua relevância, identificar avarias e classificá-las segundo critérios estruturais (segurança), funcionais e de durabilidade da seguinte forma (tabela 1 - ABNT NBR 9452:2019):*

- **Estruturais (Segurança): O quadro de avarias em pilares, longarinas, aparelhos de apoio e guarda-rodas contempla danos graves que geram insuficiência estrutural da ponte, com risco crítico e tangível de colapso estrutural, requerendo intervenção imediata, através de interdição.** Especificamente em relação ao guarda-rodas, que serve apenas como um balizador do tráfego, suas dimensões são incompatíveis com as necessárias para proteger os usuários nos passeios. Avarias em muros e cortinas comprometem a segurança da estrutura, sem risco iminente, porém a evolução do quadro de deterioração pode levar ao colapso com necessidade de intervenções significativas em curto prazo. Avarias em lajes, travessas, blocos e lajes de transição podem gerar deficiências estruturais sem sinais de comprometimento da estabilidade, devendo ser acompanhados e submetidos a intervenções em médio prazo. Transversinas e guarda-corpos apresentam danos que não comprometem a segurança;

O diagnóstico da segurança efetiva da estrutura foi complementado a partir da avaliação dos parâmetros obtidos na campanha de ensaios e da retroanálise estrutural apresentados junto aos sub-itens e) e f) do item III.2 – CADASTRO E ANÁLISE DA SITUAÇÃO, através dos quais **pode-se confirmar que as intervenções através da execução de revestimentos no núcleo dos pilares apresentaram-se ineficientes e que a estrutura atualmente apresenta limitações importantes de resistência, com risco real de desabamento, que pode ocorrer independentemente da atuação dos carregamentos decorrentes do uso previsto, ou seja, apenas com o peso próprio.**

- **Funcionalidade:** O quadro de avarias em pilares, longarinas, aparelhos de apoio, cortinas, alas, lajes, transversinas, guarda-rodas e as limitações do gabarito navegável da ponte compromete a funcionalidade da estrutura causando riscos de segurança aos usuários (desplacamentos e colisões com as longarinas), requerendo intervenções a curto prazo. Vigas de rigidez, blocos, lajes de transição, guarda-corpos e pista causam desconforto, requerendo intervenções em médio prazo. Drenagem apresenta pequenos danos, sem maiores repercussões.

- **Durabilidade:** Pilares, longarinas e aparelhos de apoio apresentam elevado grau de deterioração, com risco estrutural e funcional. Cortinas, alas, vigas de rigidez apresentam anomalias moderadas a abundantes, comprometendo sua vida útil em região de alta agressividade ambiental. Lajes, blocos de fundação, transversinas, lajes de transição e guardacorpos apresentam pequenas avarias que comprometem a vida útil remanescente.

O diagnóstico de aspectos relativos ao efetivo estado de conservação da estrutura pode ser complementado a partir da avaliação dos parâmetros apurados por meio da campanha de ensaios junto ao subitem e) do item III.2 – CADASTRO E ANÁLISE DA SITUAÇÃO, através dos quais **pode-se identificar que a estrutura apresenta grandes extensões com corrosão de armaduras, mesmo em regiões onde não pode-se identificar manifestações patológicas visualmente, com destaque para o avanço da frente de carbonatação em profundidades superiores aos cobrimentos no topo dos pilares e nas vigas de rigidez, para os elevados teores de cloretos identificados nos blocos de fundação que certamente estendem-se ao núcleo dos pilares revestidos e para os elevados potenciais de corrosão em cortinas e nos revestimentos executados pelo município;**

De forma conceitual a vida útil de projeto de uma estrutura é atingido no momento em que esta não consegue mais se proteger contra a ação dos agentes de deterioração, permitindo, dentre outros a instalação de processos corrosivos, a perda progressiva de capacidade resistente, a ocorrência de prejuízos funcionais e de segurança. A partir deste momento a vida útil remanescente dependerá de intervenções contínuas, complexas e onerosas voltadas garantir a continuidade do uso. **Segundo informado no processo este estágio de deterioração – limite da vida útil de projeto, pode ter sido atingido antes de 2013 (Evento 1, ANEXO 3).**

5.3 - Os ensaios informativos realizados como instrumento de suporte no diagnóstico da segurança e estado de conservação indicaram que o concreto dos pilares apresenta resistência característica de 15 MPa. As medições de pulsos ultrassônicos indicaram que os revestimentos executados apresentam deficiências de aderência, confirmando a situação constatada a partir da inspeção e que o topo dos pilares apresenta avarias importantes, principalmente nos pilares P3 e P4. **Destaca-se que o pilar P3 apresenta avarias importantes**



**em seu terço médio inferior, que podem inclusive indicar que no local podem existir defeitos importantes ou, que o referido pilar já pode estar rompido, o que não é possível identificar visualmente em função do revestimento executado pelo município;**

5.4 - A retroanálise estrutural considerando as solicitações a que a estrutura pode ser submetida, a geometria original da estrutura, resistência característica do concreto - apurada a partir da extração de testemunhos, e a distribuição das armações conforme pode ser apurado através dos ensaios informativos e das inspeções realizadas indicaram que os pilares e longarinas foram concebidos para resistirem adequadamente aos esforços mecânicos a que a estrutura poderia ser submetida, considerando a carga móvel rodoviária padrão TB-450 e as demais prescrições constantes da ABNT NBR 7188:2013, ABNT NBR 7187:2003, ABNT NBR 6118:2014, ABNT NBR 6123:1988 e ABNT NBR 8681:2003. As análises realizadas a partir da confrontação dos níveis de carregamentos com os níveis de tensões que podem atuar nas seções avariadas dos pilares (concreto e armaduras) indicaram que **o peso próprio da estrutura atualmente pode ser suficiente para causar o desabamento da ponte, e que a estrutura não resistiria aos carregamentos que podem decorrer do tráfego previsto em norma;**

De forma geral, a segurança das estruturas é obtida a partir da administração de parâmetros de resistência dos materiais e dos cenários de solicitações a que as estruturas podem ser submetidas em função de seu uso, fixando-se distâncias suficientes entre resistências e solicitações, para que o risco destas se igualem - ruptura, seja suficientemente baixo. Tal abordagem, voltada à garantia da segurança é viabilizada através da utilização de coeficientes de ponderação previstos em normas majorando-se solicitações e minorando-se resistências potenciais dos materiais. Junto ao presente trabalho a avaliação do risco de falha foi avaliado a partir da resistência real da estrutura, considerando parâmetros obtidos a partir dos ensaios informativos realizados, e do peso próprio da estrutura, desprezando-se as majorações e minorações de resistências dentro do possível. Adotando estes procedimentos **concluiu-se pela possibilidade de ruptura dos pilares com os carregamentos decorrentes do peso próprio da estrutura;**

Pilares constituem elementos estruturais de primeira importância (principais) para a estabilidade das edificações e cuja ruptura ocorre de maneira frágil (abrupta), sem aviso perceptível aos usuários - sem que seja identificada fissuração ou deformação. Por ocasião da ruptura de elementos com carregamento axial, deformações atingem valores próximos a 0,2% de seu comprimento sem carregamento, sendo, portanto, imperceptíveis, e as microfissuras que se formam na zona de transição entre agregados e pasta de cimento não são identificáveis visualmente. **Apesar da falsa sensação de estabilidade, pela impossibilidade de identificação visual do efetivo estado de tensões dos pilares, a análise dos dados obtidos a partir das inspeções complementadas pelos ensaios realizados indicaram que as deficiências existentes são suficientes para causar a ruptura dos pilares, o que fatalmente conduzirá à perda de equilíbrio e o desabamento da ponte;**

6 - **Diante do todo anteriormente apresentado entende-se que os requisitos necessários à garantia de segurança estrutural da ponte sobre o Rio Itajuba não são atendidos, tendo em vista que cada um dos 4 pilares da estrutura encontram-se suficientemente avariados para romper repentinamente e causar o desabamento da estrutura, implicando em risco potencial de perda de vidas e causar danos importantes à economia e ao entorno, destacandose: inundação de uma região extensa à montante da estrutura, erosão de diversos imóveis vizinhos, comprometimento da pesca e da navegação local, dentre outros possíveis; e**

7 - O estado de conservação, a complexidade dos procedimentos de reforma, o risco de reinstalação dos processos corrosivos, a limitada vida útil remanescente e o elevado custo das intervenções (que devem aproximar-se ou superar o custo de uma nova estrutura), podem inviabilizar a execução de obras de reparo, considerando que uma nova estrutura poderá resolver deficiências funcionais importantes que prejudicam o trânsito de embarcações (gabarito navegável inadequado), expõe pedestres a riscos de atropelamento (guarda-rodas inadequado) e o estrangulamento importante do Rio Itajuba pela Ponte, que prejudica o escoamento e pode favorecer inundações. (evento 123, autos da origem, sem grifos no original)



O Município, a seu turno, carrou parecer técnico de profissional especializado asseverando, em resumo, que:

*A solução proposta e trazida neste parecer, baseia-se na elaboração e execução de um projeto de reforço estrutural indireto, ou seja, um reforço estrutural através de um arranjo metálico estrutural independente que deverá ser projetada e dimensionada. Apesar de independente, estará conectada a atual estrutura, podendo ser em parte ou totalmente, apoiada na nova estrutura.*

[...]

*Destaca-se, que a referida estrutura metálica deverá ser uma estrutura “provisória”, e assim ser capaz de resistir ao seu próprio peso e também os esforços resultantes da atual ponte. (evento 132, autos da origem, sem grifos no original)*

Inferre-se, desde logo, que a manifestação do *expert* da Municipalidade não nega a existência de problemas estruturais importantes na ponte, apenas cogita uma outra possibilidade, qual seja um reforço estrutural indireto, materializado por estrutura metálica provisória.

Sucedendo, no entanto, que inexistente notícia nos autos de que esta alternativa provisória tenha sido levada a efeito.

Nesse cenário, conquanto ponderáveis os transtornos causados pela interdição, não emergem dos autos elementos indicativos de que a liberação do equipamento poderia dar-se sem risco à incolumidade pública, valor maior a ser ponderado e protegido.

*In casu*, pois, sem ressaibo de dúvida, o interesse público pende a favor da manutenção do decisum impugnado.

Feitas essas considerações, julgo improcedente o pedido de desinterdição de ponte sobre o Rio Itajuba, formulado nesta suspensão de liminar vetorizada contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Barra Velha (autos n. 5000372-36.2019.8.24.0006).

Cientifique-se o Juízo prolator do decisum.

Intimem-se.

**Desembargador JOAO HENRIQUE BLASI**  
**Vice-Presidente**

# SUSPENSÃO DE SEGURANÇA CÍVEL Nº 5006778-23.2021.8.24.0000/SC

REQUERENTE: ESTADO DE SANTA CATARINA

REQUERIDO: ADRIANO HERDT

ADVOGADO: EVANDRO ALBERTON ASCARI (OAB SC017561)

## DESPACHO/DECISÃO

Tem-se pedido de suspensão de liminar formulado pelo Estado de Santa Catarina tendo presente decisão proferida pela 1ª Vara Cível da Comarca de Braço do Norte, determinativa do sequestro de numerário do ente público requerente para fazer face à aquisição de fármaco de alto custo.

A ponderação que lastreia o pedido sob exame é a de que o decisum profligado acarreta lesão à saúde e à economia públicas, tendo em vista a constrição da importância de R\$ 510.000,00 (quinhentos e dez mil reais) por semestre, além do que “o *Administrador Público possui um leque de obrigações constitucionais, em diversas áreas, todas elas essenciais à sociedade. Na outra ponta, tem em suas mãos o orçamento público, que não é ilimitado. Ao contrário, os recursos públicos são finitos e escassos*” (evento 1, fl. 8).

Há a invocação, também, de que, pelo valor, cuida-se de obrigação cometida à União Federal (evento 1, fl. 1).

Por isso pretende a imediata suspensão do sequestro deferido (autos n. 5000373-38.2021.8.24.0010 e 0302564-10.2017.8.24.0010).

É, no essencial, o relatório.

Insta, de plano, averbar que a modalidade processual sob análise (suspensão de provimento liminar) não se vocaciona à reforma, à revisão ou ao desfazimento da decisão judicial impugnada, na medida em que «*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 intelecção que segue reproduzida:

*[...] 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, relª. Mina. Ellen Gracie, j. em 17/3/2008).*

Outrossim, a postulação suspensiva versada nestes autos está expressa no 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. (negritei)*

A propósito do preceptivo acima transcrito, o Ministro Dias Toffoli consigna 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;*

No caso destes autos a decisão contrastada pelo pedido de suspensão liminar determinou o sequestro de numerário do Estado de Santa Catarina com o objetivo de assegurar o fornecimento de fármaco para o autor da ação matriz. Reportado decisum está assim vazado:

*Diante da realidade dos autos, **sequestre-se verba pública (Bacen Jud)**, observado o valor necessário para custeio do(s) medicamento(s) por 6 meses, conforme deferido na decisão que concedeu a tutela provisória, com base nos arts. 139, IV, e 297 do CPC.*

*Sobre o tema, o e. Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de recurso repetitivo, que “tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação” (STJ, REsp 1069810/RS, Napoleão Nunes Maia Filho, 23.10.2013).*

*Após, expeça-se alvará referente à integralidade do valor sequestrado, liberando o valor depositado para a(s) conta(s) bancária(s) informada(s) nos autos.*

*Acaso verificada a insuficiência/incorreção de informações para tanto, intime-se a parte que formulou o pedido para que, dentro do prazo de 10 dias, informe os dados necessários (números do CPF/MF, da agência bancária e da conta corrente). Desde já, advirto que a liberação de valor não está sujeito à retenção do imposto de renda na fonte, porquanto tem natureza indenizatória (Súmula 498/STJ).*

*Convém mencionar, por oportuno, que a parte exequente somente está autorizada a empregar a verba na aquisição dos medicamentos deferidos na medida liminar em caso de ausência de fornecimento pelo ente público réu, o que deverá ser averiguado mês a mês pela parte beneficiária.*

*Neste passo, aliás, é de responsabilidade da parte autora (depositária do numerário) procurar, mês a mês, previamente à compra em estabelecimento particular, o local público de fornecimento dos fármacos e certificar acerca da ausência do fármaco na rede pública de saúde (mediante certidão).*

*Anote-se, por fim, que a petição de prestação de contas deverá ser instruída com a certidão de ausência do respectivo medicamento na rede pública, correspondente ao(s) mês(es) em que se fez necessária a utilização do numerário sequestrado das contas do ente público réu, bem assim com a nota fiscal que aponte especificamente a correta utilização da verba pública.*

*Intimem-se, inclusive a parte beneficiada para comprovar a aplicação das verbas na aquisição do(s) medicamento(s)/tratamento(s) nestes próprios autos - sem necessidade de ajuizamento de ação de prestação de contas -, dentro do prazo de 10 dias a contar dadata da respectiva utilização da verba. (evento 14, autos n. 50003733820218240010).*

Segundo depreende-se (autos n. 0302564-10.2017.8.24.0010, evento 139), o fármaco foi inicialmente adquirido e fornecido pelo Estado, contudo para atender apenas parte do tratamento medicamentoso almejado pelo acionante. Na sequência, o ente estatal afirmou estar adotando as providências necessárias para a continuidade do fornecimento do remédio, mas esclareceu estar enfrentando dificuldades, dado tratar-se de produto importado (autos n. 5000373-38.2021.8.24. 0010, evento 9).

Ademais, a teor do decisum impugnado, em excerto antes transcrito, e agora enfatizado, “a parte exequente somente está autorizada a empregar a verba na aquisição dos medicamentos deferidos na medida liminar em caso de ausência de fornecimento pelo ente público réu, o que deverá ser averiguado mês a mês pela parte beneficiária” (autos n. 5000373-38. 2021.8.24.0010, evento 14).

Assim, considero que foram adotadas as cautelas de estilo, destinando-se a pecúnia objeto do sequestro para uso apenas e tão só na hipótese de inadimplência do ente estatal acionado, ora requerente, o que me faz concluir pela não-sobreveniência de grave lesão ao interesse público.

Afinal, bastará que o Estado forneça o medicamento para que o numerário em foco não precise ser utilizado.

E, de todo modo, conquanto o valor do fármaco seja expressivo, não detecto, em cognição própria desta fase processual, elementos suficientes para concluir que tal montante, se positivada a negligência estatal, possa afetar gravemente o erário.

Nesse contexto, **indefiro a liminar** vindicada nestes autos.

Faculto a manifestação do autor da ação originária em 15 (quinze) dias, determinando que, ato contínuo, abra-se vista dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça.

Cientifique-se o Juízo prolator do *decisum*.

Intimem-se.

**Desembargador JOAO HENRIQUE BLASI**  
**Vice-Presidente**

## SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 5009715-06.2021.8.24.0000/SC

REQUERENTE: FUNDACAO CATARINENSE DE EDUCACAO ESPECIAL-FCEE

REQUERIDO: JUÍZO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO JOSÉ

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERESSADO: SIND DOS TRAB EM EDU NA REDE PUB ENS DO EST DE SC

ADVOGADO: JOSE SERGIO DA SILVA CRISTOVAM

ADVOGADO: FELIPE ROEDER DA SILVA

### DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de pedido suspensivo de decisão antecipatória de mérito (art. 356 do CPC) proferida pelo Juiz Otávio José Minatto, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José, em ação proposta pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação na Rede Pública de Ensino do Estado de Santa Catarina - Sinte.

Na origem, a matéria de fundo diz com a pretendida nomeação de docentes aprovados no concurso público deflagrado pelo Edital n. 001/2014/FCEE para ingresso no quadro da Fundação Catarinense de Educação Especial.

Essa questão já foi enfrentada por este Tribunal no contexto de Incidente de Assunção de Competência - IAC (autos n. 0301481-23.2015.8.24. 0076) e, com fundamento na tese jurídica nele fixada, o Juízo fazendário da Comarca de São José assim decidiu:

*[...] nos moldes do art. 356 do Código de Processo Civil, **defiro parcialmente o mérito**, de forma antecipada, julgando-o PROCEDENTE, com referência ao pedido de nomeação dos candidatos aprovados no concurso de Edital nº 01/2014/FCEE, confirmando a tutela anteriormente decidida, devendo a **FUNDACAO CATARINENSE DE EDUCACAO ESPECIAL-FCEE** providenciar as nomeações conforme a tabela realizada nestes autos até a **data de 05 de março de 2021**, sob pena de adoção das medidas necessárias para o cumprimento da ordem. (Evento 114, autos n. 0303325-10.2016.8.24.0064).*

O Ente Público ora requerente noticia ter interposto agravo de instrumento contra o *decisum* acima sumarizado (autos n. 5006559-10.2021.8.24. 0000), entretanto o efeito suspensivo pretendido por ele vindicado não foi deferido (evento 1, fl. 3).

Sobreveio, então, o pedido de suspensão ora em exame, no qual a Fundação postulante sustenta, em síntese, a ocorrência de (i) lesão de natureza econômico-financeira porque as nomeações



importam em considerável impacto aos cofres públicos; (ii) lesão à ordem administrativa da Entidade, pois teria sua atividade “desorganizada” pela medida judicial em meio à grave pandemia que estamos todos adversando; (iii) lesão à saúde pública porque o ingresso de novos professores, em meio a essa crise pandêmica, “*não se coaduna com as medidas restritivas e protocolos de segurança restritos e necessários para o momento*” (evento 1, fl. 9); e (iv) retrocesso ao seu modelo administrativo que tem privilegiado parcerias na área da educação especial (evento 1, fl. 10).

A pleiteante incursiona, igualmente, pelo mérito da questão, invocando a plausibilidade de êxito na solução do agravo de instrumento interposto contra a decisão ora combatida porque existentes preliminares ainda não examinadas, além de reportar-se à vedação, trazida pela Lei Complementar Nacional n. 173/2020, quanto a novas nomeações/contratações.

Alfim, sustenta ter ocorrido antecipação de tutela em caráter satisfativo, o que entende inaceitável, e, por isso, requer a imediata suspensão do *decisum*.

É o relatório.

Calha, preambularmente, escandir que o instituto em apreço (suspensão de provimento liminar/antecipação de tutela), não se presta para reformar, rever ou desconstituir a decisão impugnada, na medida em que «*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 inteligência que segue reproduzida:

*[...] 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<sup>a</sup>. Mina. Ellen Gracie, j. em 17.3.2008).*

Outrossim, a postulação suspensiva 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. (destaque apostro)*

A propósito do preceptivo acima transcrito, o Ministro Dias Toffoli consigna 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;*

Para que o pedido suspensivo tenha êxito é imperioso, pois, que fique demonstrado tratar-se de caso de manifesto interesse público voltado a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas (art. 4º da Lei n. 8.437/92).

A decisão profligada está, na sua essência, assim redigida:

*1. Das preliminares.*

*Inicialmente, postergo a análise das preliminares para o momento derradeiro do feito, quando da sentença.*

*2. Do julgamento parcial antecipado do mérito.*

*Sobre a possibilidade de julgamento antecipado parcial do mérito, é sabido que cabe ao magistrado realizá-lo quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrarem-se incontroversos ou estiverem em condição de imediato julgamento (art. 356, incisos I e II, do CPC).*

*Dessa forma, estando parte dos pedidos em condições de imediato julgamento, decido, de forma antecipada, parte do mérito.*

*3. Do Mérito.*

*Trato de AÇÃO DECLARATÓRIA CONDENATÓRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA proposta pelo SIND DOS TRAB EM EDU NA REDE PUB ENS DO EST DE SC contra a FUNDACAO*

**CATARINENSE DE EDUCACAO ESPECIAL-FCEE**, em que afirma a existência de vagas excedentes que não foram preenchidas pela ré por professores titulares em desconformidade com o texto constitucional.

Pois bem, com relação ao caso em comento, ressalto a existência de julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no Incidente de Assunção de Competência nº 0301481-23.2015.8.24.0076, de relatoria do Desembargador Jaime Ramos, assim ementado:

Incidente de Assunção de Competência n. 0301481- 23.2015.8.24.0076/50000, de TurvoRelator Designado: Desembargador Ronei Danielli INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (TEMA N. 14) CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE PROFESSOR DA FUNDAÇÃO CATARINENSE DE EDUCAÇÃO ESPECIAL - FCEE (EDITAL N. 01/2014). APROVAÇÃO DA CANDIDATA FORA DO NÚMERO DE VAGAS. PRETERIÇÃO EM RAZÃO DE REITERADA E MASSIVA CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS PARA SUPRIR A DEMANDA REGULAR DA FUNDAÇÃO, EMBORA EXISTENTE QUANTIDADE SIGNIFICATIVA DE CARGOS VAGOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO SE AMOLDA À PERMISSÃO CONSTITUCIONAL DE CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO PAR ATENDER A NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. MANIFESTA VIOLAÇÃO AO PRECEITO DO CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II E IX, DA CF/88. SITUAÇÃO

EXCEPCIONAL DE CONVOLAÇÃO DA EXPECTATIVA DE CONVOCAÇÃO EMDIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO, TRAÇADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE N. 837311/PI, TEMA N. 784 DE REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS OBJETIVOS A NORTEAR A APRECIÇÃO DA CONTROVÉRSIA NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS. Tese jurídica fixada: 1) A situação específica do quadro docente da Fundação Catarinense de Educação Especial – FCEE desponta manifestamente inconstitucional, no período de 2014 a 2018, por força da contratação irregular e reiterada de profissionais em caráter temporário, embora existente quantidade significativa de cargos efetivos vagos. 2) Essa circunstância caracteriza preterição arbitrária e imotivada de candidatos aprovados no concurso público regido pelo Edital n. 001/2014, diante do comportamento expresso do Poder Público a revelar a inequívoca necessidade de nomeação durante o período de validade do certame (STF, RE n. 837311/PI, Tema n. 784 de Repercussão Geral, rel. Min. Luiz Fux, DJe 15.04.2016). 3) Nesse panorama, considerando a demanda existente na Fundação, possuem direito subjetivo à nomeação os candidatos aprovados, segundo a ordem classificatória do concurso e observada a seguinte distribuição regional: [tabela às fls.26-28 do acórdão]. CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO, NO JULGAMENTO DO INCIDENTE, DE QUE OS 49 CANDIDATOS MELHOR CLASSIFICADOS NA 22ª REGIÃO (ARARANGUÁ) POSSUEM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AUTORA OCUPANTE DA POSIÇÃO N. 47 DO CADASTRO DE RESERVA DESTA REGIÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Incidente de Assunção de Competência n. 0301481- 23.2015.8.24.0076, de Turvo, rel. Jaime Ramos, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 23-10-2019).

No brilhante acórdão de lavra do Relator Desembargador Jaime Ramos, fora apresentada tabela com o número de vagas existentes para preenchimento para cada região pela **FUNDACAO CATARINENSE DE EDUCACAO ESPECIAL-FCEE**, conforme translado abaixo para esta decisão:

[...]

Sendo assim, mostra-se necessária a nomeação dos acima nominados para as vagas previstas no IAC nº 0301481-23.2015.8.24.0076.

Ante o exposto, nos moldes do art. 356 do Código de Processo Civil, **defiro parcialmente o mérito**, de forma antecipada, julgando-o PROCEDENTE, com referência ao pedido de nomeação dos candidatos aprovados no concurso de Edital nº 01/2014/FCEE, confirmando a tutela anteriormente decidida, devendo a **FUNDACAO CATARINENSE DE EDUCACAO ESPECIAL** -

**FCEE** providenciar as nomeações conforme a tabela realizada nestes autos até a **data de 05 de março de 2021**,

*sob pena de adoção das medidas necessárias para o cumprimento da ordem.*

*Quanto aos demais pedidos formulados, entendo que poderão ser melhor analisados no momento da sentença. (evento 114, autos 0303325-10.2016.8.24. 0064)*

A irresignação aqui posta pela Fundação peticinária já foi, em alguma medida (ao menos no que concerne aos aspectos de natureza processual), examinada em sede de efeito suspensivo requerido no agravo de instrumento interposto, tendo o eminente Relator, Desembargador Artur Jenichen Filho, assim assentado:

*Não há se falar em nulidade pela postergação das preliminares, visto que a decisão parcial de mérito se pautou no que poderia ser adiantado naquele momento em razão do IAC nº 0301481-23.2015.8.24.0076; nele, houve o reconhecimento de 948 (novecentos e quarenta e oito) vagas, distribuídas por 36 (trinta e seis) regiões do estado de Santa Catarina, sendo que algumas regiões não haviam vagas.*

*Reconhecido o número certo de vagas, é nesse número que a decisão irá se pautar. Quaisquer outras novas aberturas, se omitidas, deverão ser debatidas na via adequada.*

*O juízo singular tomou como ponto de partida as listas de aprovados juntadas pelo próprio agravante e determinou que todos os classificados dentro do número de vagas abertas tomassem posse, posteriormente complementando a decisão dizendo que na desistência do candidato dentro do número concedido de vagas, o chamamento do candidato subsequente era imperativo.*

*Pelo que se vislumbra, tudo correto.*

*Ocorre que o agravante almeja que as vagas reconhecidas no IAC “devem partir da posição em que cessaram as chamadas administrativas pela FCEE em cada regional”.*

*Se houverem candidatos chamados administrativamente, o subsequente, na ordem classificatória, irá ter o direito à vaga disponível. Não vejo um grande dilema.*

*Com base no debate exposto, não identifico qualquer desacerto na decisão objurgada.*

*Ante o exposto, nego o efeito suspensivo. (evento 3, autos n. 5006559-10.2021.8. 24.0000).*

Invoca, a Fundação pretendente lesão de natureza econômico-financeira, porque o cumprimento do decisum objurgado acarretaria o desembolso mensal aproximado de três milhões e meio de reais. *In verbis:*

*Sua implementação trará um impacto de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) mensais por professor nomeado. Uma vez que, do modo como proferida, a decisão importaria no provimento de 597 (quinhentos e noventa e sete) cargos – muitos dos quais sequer existem – o montante mensal a ser desembolsado chegaria à estrondosa quantia de R\$ 3.582.000,00 (três milhões, quinhentos e oitenta e dois mil reais), totalizando quase 50 milhões de reais por ano. (evento 1, fl. 4)*

E, na sequência, o Ente autor registra o seguinte:

*Tais recursos, num ambiente de escassez do erário e necessidades ilimitadas – principalmente aquelas advindas da área da saúde, com a pandemia do COVID- 19, fatalmente serão deslocados de necessidades mais urgentes da administração, legitimamente planejadas.*

*Diante do exposto, fica claro que a decisão judicial em debate afeta diretamente o plano traçado pelo Estado para a retomada da economia estadual, o que dificulta o planejamento de saúde, financeiro e social do ente público, além de causar prejuízo de grande monta à toda sociedade catarinense. (evento 1, fl. 4 - negritei)*

Pois bem! O valor a ser despendido pelos cofres públicos é considerável, sobretudo em razão da severidade do enfrentamento da profunda crise sanitária decorrente do novo coronavírus (SARS-Cov-2).

A pandemia (Covid-19) trouxe consigo consequências não apenas biológicas e anímicas, mas também econômicas, criando incertezas que requerem do Administrador redobrada atenção com as finanças públicas, dadas as inúmeras demandas que a toda hora sobrevêm.

Embora as inúmeras incertezas no campo científico, tem-se, por outro lado, certeza da significativa repercussão econômica por ela causada, com reflexos diretos no erário.

A cobertura vacinal, conquanto deva representar a redenção para essa pandemia distópica, é ainda incipiente, pois caminha letargicamente, recomendando contínuo investimento no setor saúde para mitigar-se a curva ascendente - espantosa e inacreditável - de óbitos diários.

Logo, os desdobramentos desse processo pandêmico impõem ao Poder Público atenta gestão dos recursos, de modo a manter o erário preparado para responder com presteza às necessidades populacionais mais emergentes.

Tal como invocado na exordial, vislumbro, por isso, que o imediato cumprimento do *decisum* cuja eficácia se almeja suspender, pelos elevados custos aos cofres estaduais, terá reflexos negativos sobre a capacidade de investimentos na área da saúde pública.

Sendo este momento da maior gravidade, quaisquer onerações a mais terão o condão de precarizar os serviços públicos de saúde, afetando vidas e destinos.

Não se desconhece que a educação é direito de todos e dever do Estado (art. 205, CF), contudo, o *timing* das almejadas nomeações pode - e deve - à vista da conjuntura atual, ser postergado por alguns meses, sem que isso comprometa, no caso, o setor da educação especial.

Ademais, a teor de argumento tecido pela Fundação solicitante, o repentino ingresso simultâneo de centenas de docentes importaria em dificuldades administrativas, podendo resultar em *grave desorganização* (evento 1, fl. 5).

Além disso, também a saúde erige-se à condição de direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF), e, em face da excepcionalidade sanitária que atualmente estamos adversando, há manifesto interesse público em não se permitir agravamento à saúde e à economia públicas (art. 4º da Lei nº. 8.437/92), o que justifica a concessão excepcional e parcial da medida liminar vindicada neste feito.

Sobre a matéria, do Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*, colijo:

**AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AÇÃO POPULAR. CONCURSO PÚBLICO. REINTEGRAÇÃO IMEDIATA DE SERVIDORES. GRAVE LESÃO À ORDEM E ECONOMIA PÚBLICAS. INTERESSE PÚBLICO MANIFESTO.**

1. *A suspensão de segurança é medida excepcional de contracautela cuja finalidade é evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.*

2. *Coloca em risco a ordem e a economia públicas a decisão judicial que concede tutela de urgência para compelir município notoriamente carente a assumir despesa expressiva e inesperada referente à contratação de grande quantidade de servidores.*

3. *Agravo interno desprovido. (AgInt na SLS 2629 / CE, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 5.8.2020 - negritei).*

Não se pode deslembrar, também, que o Congresso Nacional, com prudência e parcimônia, buscando resguardar o tesouro, editou a Lei Complementar n. 173/2020, que restringiu, durante essa verdadeira calamidade pública, novas nomeações/contratações de servidores, particularmente aquelas geradoras de aumento de despesas. *In verbis*:

*Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2020, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de:*

*[...]*

*IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;*

Ao que se vê, a Lei Complementar Nacional acima colacionada estatui, no preceptivo transcrito, vedação expressa, até o último dia deste exercício, para a admissão ou contratação de pessoal, pelas Unidades Federadas, a qualquer título, excepcionando as reposições de cargos comissionados (chefia, direção e assessoramento), que não impliquem aumento de despesas e as reposições dimanadas da vacância de cargos efetivos ou vitalícios e algumas espécies de contratações temporárias.

O caso concreto, no entanto, retrata situação diversa daquelas ressalvadas pela aludida LC, porquanto aqui trata-se da substituição de contratados temporariamente por servidores efetivos, gerando inequívoco aumento de despesas com pessoal, na medida em que inexiste, no orçamento deste ano, previsão para tais nomeações, cabendo, então, a adoção das providências legislativas para que a lei orçamentária do ano vindouro as preveja.



Isso posto, a Fundação pretende coarctar os efeitos do *decisum* por ela contrastado, até o trânsito em julgado da respectiva ação originária, mas, alternativamente, postula tal medida pelo prazo de um ano.

Considerando a crise pandêmica que nos assola, bem assim as restrições ditadas pela Lei Complementar n. 173/2020, é razoável suspender os efeitos da decisão impugnada até o dia 31 de dezembro de 2021, prazo regrado pela invocada LC, permitindo-se o ulterior cumprimento da ordem judicial, antecedido da adoção das medidas que se impuserem.

Por isso, em cognição sumária, própria deste momento processual, presentes os requisitos insculpidos no art. 4º da Lei n. 8.437/92, exsurge plausível a suspensão liminar do *decisum* até o dia 31 de dezembro de 2021.

Outras questões delineadas na inicial deste pedido suspensivo serão ulteriormente examinadas, observados o contraditório e a manifestação do Ministério Público, oportunidade em que este provimento liminar poderá ser revisto para o fim de ser confirmado, ou não, a depender das circunstâncias trazidas a debate.

**Ante o expendido, acolho, em parte, o pedido alternativo formulado pela Fundação Catarinense de Educação Especial - FCEE para deferir liminarmente, até o dia 31 de dezembro de 2021, a suspensão dos efeitos da tutela concedida pelo Juízo da Vara da Fazenda Pública da Comarca de São José nos autos n. 0303325-10.2016.8.24.0064.**

Faculto a manifestação do autor da ação originária 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 do *decisum* ora suspenso, assim como o Desembargador Relator do Agravo de Instrumento n. 5006559-10.2021.8.24.0000.

Intimem-se.

**Desembargador JOAO HENRIQUE BLASI**  
**Relator**

## SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA

**RECURSO ESPECIAL EM REVISÃO CRIMINAL (GRUPO CRIMINAL) Nº 5007243-66.2020.8.24.0000/**

RECORRENTE: JAIR DA CUNHA TEIXEIRA

ADVOGADO: LEONARDO REINALDO DUARTE

RECORRIDO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FLORIANÓPOLIS

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**DESPACHO/DECISÃO**

Jair da Cunha Teixeira, com fulcro no art. 105, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil, interpôs Recurso Especial contra acórdão do Primeiro Grupo de Direito Criminal, que, por unanimidade, decidiu deferir o pedido de Revisão Criminal, para aplicar o § 1º do art. 240 do Código Penal Militar, substituindo a pena de reclusão pela de detenção (evento 19).

Em síntese, alegou violação ao art. 240, § 1º, do Código Penal Militar (evento 31).

Apresentadas as contrarrazões (evento 36), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

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

**1 Alínea “a” do art. 105, III, da Constituição da República****Da alegada violação ao art. 240, § 1º, do Código Penal Militar**

A defesa alegou afronta ao mencionado dispositivo legal, aduzindo que apesar desta Corte estadual, reconhecer a aplicação da atenuante prevista em tal artigo de lei, entendeu pela impossibilidade de diminuição da pena imposta ao recorrente, ou pela conversão em infração disciplinar.

Nessa toada, aduziu que o Órgão julgador “*absteve-se de demonstrar, efetivamente, razões pelas quais as referidas medidas não mostram-se socialmente recomendáveis ao caso in lide, lançando mão de fundamentos genéricos e abstratos, caracterizando, inclusive, ofensa ao princípio da individualização da pena*”.

Sobre a insurgência a Corte estadual consignou:

*No presente caso, o apenado almeja a aplicação da atenuante prevista no § 1º do art. 240 do Código Penal Militar, ao argumento de que preenche os requisitos legais.*

*A referida norma estabelece que “se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país”.*

No caso em tela, tem-se que o objeto subtraído da vítima — R\$ 5,00 — é considerado, de fato, de pequeno valor.

*Por analogia, eis que a redação do § 1º do art. 240 do Código Penal Militar é muito semelhante a figura do furto privilegiado previsto no Código Penal, a doutrina tem se posicionado no sentido de que “tratando de furto simples e tentado, praticado por agente primário, em que a res furtiva equivale a menos de um salário mínimo, é o quanto basta para se configurar o privilégio”. (MIRABETE, Júlio Fabrinini, Código Penal Interpretado, 2 ed, São Paulo: Atlas, 2001, p. 1046).*

*Com efeito, constata-se que na época o recorrente era réu primário, conforme reconhecido na sentença (Evento 1 - OUT4, p. 5).*

No entender do doutrinador Enio Luiz Rossetto, verbis:

*Para o reconhecimento da figura atenuada do § 1º, devem estar presentes dois requisitos: a primariedade do agente e o pequeno valor da coisa furtada.*

*[...]*

*A consequência do preenchimento dos dois requisitos - a primariedade e o pequeno valor da coisa furtada - é o juiz poder substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou considerar a infração como disciplinar. Diante da expressão “o juiz pode substituir” surge a indagação: é a referida atenuação facultativa ou obrigatória? Os doutrinadores, ao analisarem a referida expressão no âmbito da segunda parte do § 2º do art. 155 do CP, interpretam-na como sendo dever do juiz atenuar, por ser um direito subjetivo do réu. O STM entendeu que os benefícios dos §§ 1.º e 2.º do art. 240 são direitos subjetivos: preenchidos seus pressupostos, o juiz é obrigado a concedê-los, não poderá negá-los a quem satisfizer seus requisitos. O verbo poder refere-se à faculdade do juiz de poder escolher entre as três formas de atenuação (Código penal militar comentado, 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015, pp. 813-814)*

*Assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal: “A teoria da insignificância não se coaduna com a previsão do § 1º do artigo 240 do Código Penal Militar, a revelar que, sendo primário o réu e de pequeno valor a coisa furtada, o juiz poderá substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou considerar a infração como disciplinar” (RHC n. 126362/MS, rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. em 18.10.2016).*

*Diante disso, o reconhecimento da atenuante prevista no § 1º do art. 240 do Código Castrense é medida que se*

*impõe, motivo pelo qual, considerando a faculdade que o legislador concedeu ao julgador, opto por substituir a pena de reclusão pela de detenção. Explico:*

*No tocante a alternativa de diminuir a pena em um a dois terços, considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, não há como proceder a referida redução na segunda fase dosimétrica, pois encontra óbice no art. 73 do mesmo diploma legal, o qual reza que “quando a lei determinar a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-la entre um quinto e um terço, **guardando os limites da pena cominada ao crime**”.*

*Além disso, também encontra obstáculo no enunciado sumular de n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, que determina que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.*

*Cabe ainda ressaltar, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a validade da aludida Súmula ao analisar a questão em repercussão geral no julgamento do Recurso Extraordinário n 597.270/RS, julgado em 26.3.2009, tendo o Min. Cezar Peluzo destacado que, mesmo que a atenuante seja considerada, por força impositiva do art. 65 do Código Penal, pode ocorrer que nenhum impacto tenha na dosimetria, pois as atenuantes genéricas não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal.*

#### A propósito:

*[...] AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (RE 597270 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458).*

#### No mesmo sentido, é o entendimento desta Corte:

*APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO (ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. [...] RECURSO DA DEFESA. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA MENORIDADE (ART. 65, I, DO CÓDIGO PENAL). REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO NÃO PROVIDO. “Consoante entendimento firmado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, acolhido por este Tribunal de Justiça de forma unânime, a incidência de circunstância atenuante não autoriza a redução da pena abaixo do mínimo legal” (Apelação Criminal n. 0002280-31.2016.8.24.0036, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 16/3/2017). (TJSC, Apelação Criminal n. 0004653-29.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 15-03-2018).*

*Por fim, em relação a última possibilidade em “considerar a infração como disciplinar”, entendo que a medida não se mostra socialmente recomendável, pois merece maior reprovabilidade a conduta praticada pelo revisionando tendo em vista que “o policial militar representa para a sociedade confiança e segurança. A conduta praticada não só é relevante para o Direito Penal como é absolutamente reprovável, diante da condição do paciente, de*

*quem se exige um comportamento adequado, ou seja, dentro que a sociedade considera correto, do ponto de vista ético e moral” (STJ - HC n. 192.242/MG, rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. em 22.3.2011).*

*Portanto, penso que o delito não pode ser tratado como uma mera transgressão disciplinar, pois além da conduta do requerente desabonar valores adotados no âmbito da instituição da Polícia Militar, no caso concreto, a medida não surtiria mais efeitos, tendo em vista que o requerente não ostenta mais a condição de militar, porque é policial militar da reserva remunerada (p. 98).*

*Logo, a pena de reclusão deve ser substituída pela de detenção.*

Como se nota dos excertos acima destacados, o Órgão julgador apesar de reconhecer a figura do “furto atenuado” (art. 240, § 1º, do CPM), afastou a alternativa de diminuir a reprimenda em um a dois terços, ao fundamento de que a pena-base foi fixada no mínimo legal, não podendo, assim, proceder a referida redução na segunda fase dosimétrica, tendo em vista o disposto no art. 73 do Código Penal Militar e na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Em princípio, a controvérsia exposta neste reclamo revela-se unicamente de direito, isto é, sem necessidade de reexame fático-probatório. Ademais, em tese, a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 240,

§ 1º, do Código Penal Militar é aplicável na terceira fase da dosimetria, momento em que a pena pode ser estabelecida abaixo do mínimo legal, de modo que o reclamo não encontra óbice no TEMA 190/STJ.

No mais, o especial é tempestivo e a decisão impugnada é colegiada e de última instância e, por sua vez, a tese recursal foi prequestionada e a alegada contrariedade à lei federal encontra-se satisfatoriamente exposta, amoldando-se à hipótese prevista no art. 105, III, «a», da Constituição da República.

Ademais, diante da ausência de precedentes específicos sobre a questão a hipótese sob exame deve ser analisada pela Corte Superior, a quem compete a uniformização da interpretação da lei federal em todo o País, de modo a assegurar os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

E, finalmente, à luz do regramento inserto no art. 1.030, I, III, e V, «a» e «c», do CPC/15, ressalta-se que a matéria ainda não foi submetida ao regime de julgamento de recursos repetitivos.

Ante o exposto, **admite-se** o Recurso Especial.

**Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI**  
**2º Vice-Presidente**

# RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5006655-61.2020.8.24.0064/SC

RECORRENTE: CARLOS EUGENIO AVILA DE ARRUDA

ADVOGADO: CLAUDIO GASTAO DA ROSA FILHO

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

INTERESSADO: MICHEL CIRIMBELLI (RÉU)

ADVOGADO: JOAO CARLOS NEVES NETO

INTERESSADO: VICTOR ROBERTO DE MORAES (RÉU)

ADVOGADO: CHARLES JACOB PEGORARO KERBE

## DESPACHO/DECISÃO

Carlos Eugenio Avila de Arruda, com fulcro no art. 105, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil, interpôs Recurso Especial contra acórdão da Segunda Câmara Criminal, que, por unanimidade, decidiu “*prover parcialmente o recurso de Carlos Eugênio Ávila de Arruda para reduzir a pena ao patamar de 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado e 5 meses e 13 dias de detenção, em regime inicial aberto, e pagamento de 12 dias- multa, cada qual no mínimo legal, bem como negar provimento aos recursos de Michel Cirimbelli e de Victor Roberto de Moraes*” (evento 46)

Em síntese, alegou violação aos arts. 23, III, 59, 92, parágrafo único, 158, § 3º, e 159, todos do Código Penal, e arts. 301 e 386, VI e VII, ambos do Código de Processo Penal (evento 56)

Apresentadas as contrarrazões (evento 66), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência. É o relatório.

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

### **1 Alínea “a” do art. 105, III, da Constituição da República**

#### **Da alegada violação ao art. 92, parágrafo único, do Código Penal**

Dentre outras assertivas, a defesa sustentou afronta ao mencionado dispositivo legal, almejando o afastamento do efeito da condenação - perda da função pública - ao argumento de que o *decisum* não foi devidamente fundamentado no ponto, pois não se trata de efeito automático, devendo, portanto, haver motivação.



Nessa toada, aduziu “[...] *infiere-se da sentença que o Magistrado a quo decretou a perda do cargo, consignando de forma genérica, o seguinte: “impõe-se a decretação da perda do cargo público, considerando que a pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos de reclusão, nos termos do artigo 92, inciso II, alínea “b”, do Código Penal”. bem como que “[...] deveria ter embasado tal pena com fundamento em dados concretos relativos ao recorrente, e não ter se socorrido de um motivo que caberia para qualquer agente público que exerce a função de policial civil”.*

Sobre tal insurgência extrai-se do acórdão objurgado:

*3 Da perda da função pública*

*O togado a quo determinou a perda do cargo público do réu Carlos Eugênio Ávila de Arruda, na forma do art. 92, I, ‘b’, do Código Penal.*

*Insurge-se o apelante, afirmando que inexistente fundamentação suficiente na sentença para a determinação da perda do cargo público, ofendendo o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.*

*Sem razão.*

*Isso porque, a sentença expressamente declarou que a perda da função decorreu do fato de ser uma condenação superior a 4 anos de reclusão, nos termos do art. 92, I, b, do Código Penal. Mais não precisava dizer.*

*E, com efeito, tratando-se de um crime cuja pena fixada implica no cumprimento em regime inicialmente fechado, a perda do cargo público é mais do que evidente.*

*Em assim sendo, mantém-se a perda do cargo público de Carlos Eugênio Ávila de Arruda como efeito secundário da condenação (grifou-se).*

Como se nota dos excertos acima destacados, o Órgão julgador manteve o efeito secundário da condenação - perda da função pública - pelo fato de o recorrente ter sido condenado ao cumprimento de pena corporal superior a 4 (quatro) anos de reclusão (requisito objetivo), bem como em razão de a sanção corporal imposta implicar o cumprimento em regime inicialmente fechado.

Em princípio, a controvérsia exposta neste reclamo revela-se unicamente de direito, isto é, sem necessidade de reexame fático-probatório, porquanto, delimita-se, em princípio, na análise de se **a presença do requisito objetivo (art. 92, I, b, do CP), somado ao fato de ter sido imposto regime fechado ao recorrente, justifica a decretação da perda da função pública.**

No mais, o especial é tempestivo e a decisão impugnada é colegiada e de última instância e, por sua vez, a tese recursal foi prequestionada e a alegada contrariedade à lei federal encontra-se satisfatoriamente exposta, amoldando-se à hipótese prevista no art. 105, III, “a”, da Constituição da República.

Ademais, diante da ausência de precedentes específicos sobre a questão, a hipótese sob exame deve ser analisada pela Corte Superior, a quem compete a uniformização da interpretação da lei federal em todo o País, de modo a assegurar os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Registra-se, ainda, ser desnecessária a análise preliminar de admissibilidade quanto às demais alegações defensivas, incumbência afeta à Corte de destino.

E, finalmente, à luz do regramento inserto no art. 1.030, I, III, e V, “a” e “c”, do CPC/15, ressalta-se que a matéria ainda não foi submetida ao regime de julgamento de recursos repetitivos.

Ante o exposto, **admite-se** o Recurso Especial.

Publique-se e intimem-se.

**Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI**  
**2ºVice-Presidente**

# APELAÇÃO Nº 0041015-51.2011.8.24.0023/SC

**APELANTE:** ESTADO DE SANTA CATARINA

**APELANTE:** AIMORES FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITORIOS NAO PADRONIZADO

**RÉU:** OS MESMOS

## DESPACHO/DECISÃO

Estado de Santa Catarina, com fulcro no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil, interpôs Recurso Extraordinário contra acórdãos da Terceira Câmara de Direito Público, que, por unanimidade: a) negou provimento ao seu apelo; deu parcial provimento ao apelo do Fundo para determinar, na primeira etapa dos cálculos da execução, a utilização da metodologia do Banco Central do Brasil (Taxa Selic composta); redimensionar os ônus sucumbenciais (Evento 40) e b) rejeitou os embargos de declaração (Evento 59).

Em síntese, alegou que as decisões afrontam o disposto no art. 5º, incisos XXXV e LV, da Carta Magna (Evento 69).

Apresentadas as contrarrazões (Evento 85), 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. Da aventada afronta ao art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal**

No tocante à suposta mácula aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República), constata-se que a Suprema Corte, ao apreciar a matéria no julgamento do *leading case* (ARE 748.371 - **TEMA 660/STF**), reconheceu a inexistência de repercussão geral acerca do assunto discutido, por depender de prévia análise de questão infraconstitucional.

Confira-se:

*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. (STF, ARE 748.371 RG, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. em 6.6.2013).*

Logo, quanto à suposta ofensa ao arts. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República, impõe-se a negativa de seguimento do reclamo, nos termos do art. 1.030, inc. I, alínea “a”, do Código de Processo Civil, a saber:

*Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:*

*I – negar seguimento:*

*a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; [...] (grifou-se).*

Como se não bastasse, o reclamo também não seria admitido em virtude da ausência de prequestionamento, porquanto tais dispositivos constitucionais não foram expressamente abordados no acórdão recorrido e, interposto embargos de declaração estes foram rejeitados por ausência de vícios na decisão combatida.

Nesse panorama, constata-se que inocorreu o esgotamento das instâncias ordinárias, porque o Colegiado de origem, ao alcançar a conclusão disposta na decisão impugnada, não decidiu a controvérsia com enfoque no referido dispositivo constitucional.

A admissibilidade do recurso, portanto, esbarra na Súmula 282 do STF, a saber: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

A propósito, cabe ressaltar que a Suprema Corte entende ser imprescindível que a decisão objugada tenha se manifestado sobre o preceito constitucional supostamente violado, nestes termos:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I – É inviável o recurso extraordinário cuja questão constitucional nele arguida não tiver sido prequestionada. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC) (RE 1154120, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. em 8.6.2020).*

E:

*AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO A*

*RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...]. 4. 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 da Súmula 282 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...] (ARE 1226878 AgR/RS, Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. em 27.9.2019).*

## 2. Conclusão

Nessa compreensão, **nega-se seguimento** ao Recurso Extraordinário, com fulcro no art. 1.030, inc. I, “a”, do Código de Processo Civil, ante o reconhecimento da inexistência de repercussão geral relativamente ao **TEMA 660 do STF**.

Publique-se e intimem-se.

**Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI**  
**2º Vice-Presidente**

# APELAÇÃO Nº 0041015-51.2011.8.24.0023/SC

**APELANTE:** ESTADO DE SANTA CATARINA

**APELANTE:** AIMORES FUNDO DE INVESTIMENTO EM DIREITOS CREDITARIOS NAO PADRONIZADO

**RÉU:** OS MESMOS

## DESPACHO/DECISÃO

Estado de Santa Catarina, com fulcro no art. 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil, interpôs Recurso Extraordinário contra acórdãos da Terceira Câmara de Direito Público, que, por unanimidade: a) negou provimento ao seu apelo; deu parcial provimento ao apelo do Fundo para determinar, na primeira etapa dos cálculos da execução, a utilização da metodologia do Banco Central do Brasil (Taxa Selic composta); redimensionar os ônus sucumbenciais (Evento 40) e b) rejeitou os embargos de declaração (Evento 59).

Em síntese, alegou que as decisões afrontam o disposto no art. 5º, incisos XXXV e LV, da Carta Magna (Evento 69).

Apresentadas as contrarrazões (Evento 85), 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 Da aventada afronta ao art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal**

No tocante à suposta mácula aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República), constata-se que a Suprema Corte, ao apreciar a matéria no julgamento do *leading case* (ARE 748.371 - **TEMA 660/STF**), reconheceu a inexistência de repercussão geral acerca do assunto discutido, por depender de prévia análise de questão infraconstitucional.

Confira-se:

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. (STF, ARE 748.371 RG, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. em 6.6.2013).



Logo, quanto à suposta ofensa ao arts. 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição da República, impõe-se a negativa de seguimento do reclamo, nos termos do art. 1.030, inc. I, alínea “a”, do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; [...] (grifou-se).

Como se não bastasse, o reclamo também não seria admitido em virtude da ausência de prequestionamento, porquanto tais dispositivos constitucionais não foram expressamente abordados no acórdão recorrido e, interposto embargos de declaração estes foram rejeitados por ausência de vícios na decisão combatida.

Nesse panorama, constata-se que inocorreu o esgotamento das instâncias ordinárias, porque o Colegiado de origem, ao alcançar a conclusão disposta na decisão impugnada, não decidiu a controvérsia com enfoque no referido dispositivo constitucional.

A admissibilidade do recurso, portanto, esbarra na Súmula 282 do STF, a saber: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

A propósito, cabe ressaltar que a Suprema Corte entende ser imprescindível que a decisão objurgada tenha se manifestado sobre o preceito constitucional supostamente violado, nestes termos:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I - É

inviável o recurso extraordinário cuja questão constitucional nele arguida não tiver sido prequestionada. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. II - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa (art. 1.021, § 4º, do CPC) (RE 1154120, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. em 8.6.2020).

E:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. FUNDAMENTAÇÃO A RESPEITO DA REPERCUSSÃO GERAL. INSUFICIÊNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

*INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...]. 4. 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 da Súmula 282 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. [...] (ARE 1226878 AgR/RS,*

*Relator Ministro Alexandre de Moraes, j. em 27.9.2019).*

## 2 Conclusão

Nessa compreensão, **nega-se seguimento** ao Recurso Extraordinário, com fulcro no art. 1.030, inc. I, “a”, do Código de Processo Civil, ante o reconhecimento da inexistência de repercussão geral relativamente ao **TEMA 660 do STF**.

Publique-se e intimem-se.

**Desembargdor VOLNEI CELSO TOMAZINI**  
**2º Vice-Presidente**

## TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

### **APELAÇÃO Nº 0303075-81.2018.8.24.0039/SC**

**APELANTE:** MAICON ALANO DE SOUZA (RÉU)

**ADVOGADO:** RODRIGO ALBANO GUERINO DOS REIS (DPE)

**APELADO:** NAIR DOS SANTOS MADRUGA (AUTOR)

**ADVOGADO:** BRUNA TRINDADE PEREIRA PROVESI (OAB SC031412)

**ADVOGADO:** CRISTINA FRANKLIN CUCCO (OAB SC023854)

### **DESPACHO/DECISÃO**

MAICON ALANO DE SOUZA, com base no artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação ao artigo 186, “caput” e § 1º, do Código de Processo Civil.

Cumprida a fase do artigo 1.030, caput, do Código de Processo Civil. Presentes os requisitos extrínsecos, passo à admissibilidade recursal.

O recurso especial merece ascender pela alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, pois os requisitos necessários à admissão do reclamo foram cumpridos, uma vez que a decisão judicial impugnada é de última instância; a subscritora está regularmente habilitada; o reclamo é tempestivo; a parte recorrente é beneficiária da gratuidade judicial, e estão devidamente fundamentadas suas razões acerca da violação ao prequestionado dispositivo de lei federal.

Na hipótese, a Quinta Câmara de Direito Civil assim entendeu:

Assim, não obstante a existência de prerrogativas à Defensoria Pública, (art. 186, § 1º, do CPC), irretocável o decum guereado, pois não houve nos autos comunicação da parte de que seria representada pela Instituição.

Dessarte, sem embargo aos entendimentos jurisprudenciais colacionados pelo recorrente, entende-se que a prescindibilidade da prévia notificação ao juízo da atuação de defensor público vai de encontro aos princípios da celeridade processual e da cooperação das partes - interpretação e harmonia das normas adjetivas (arts. 4º, 6º, do CPC)

Isso porque, “em todas as demandas – ou ao menos naquelas em que figuram, no polo passivo, pessoas físicas –, em que não apresentada contestação pelos acionados no prazo de 15 (quinze) dias, a fim de vencer insolúvel dúvida acerca da representação ou não dos réus no processo por Defensor Público, deveria ser

aguardado o decurso do prazo de 30 (trinta) dias para o prosseguimento do feito” (TJSC, Apelação Cível n. 0312036-75.2016.8.24.0008, de Blumenau, rel. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 12-12-2016).

Destaca-se, por oportuno, não se olvidar da farta demanda de trabalho atribuída à Instituição a justificar a dilação dos prazos processuais, todavia, a não comunicação prévia nos autos traria maior morosidade à prestação jurisdicional.

Contudo, o transcrito posicionamento colide com a atual orientação do Superior Tribunal de Justiça em torno da matéria, consoante se infere do seguinte julgado:

1. O recorrente defende a necessidade de comunicação prévia ao juízo de que a parte é assistida pela Defensoria Pública para fazer jus ao benefício do prazo elasticado, sob pena de se criar um sistema para burlar os prazos processuais.

Aduz que a tese encontra amparo no entendimento majoritário e mais recente desta Corte Cidadã, citando os precedentes: REsp 401.979/MG, Rel. Min. Paulo Galotti, DJU de 19/09/2002; REsp 296.677/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 04/06/2001; REsp 20.028/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 10/08/1992; REsp 1.261.099/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJU de 07/10/2014.

Pois bem, os precedentes utilizados não traduzem o entendimento mais recente desta Corte Superior, pois datam de 1992, 2001, 2002 e, monocraticamente, de 2014.

Da mesma forma, não se sustenta a alegação de que seria este o posicionamento majoritário, isso porque o REsp 1.261.099/RS, de relatoria do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, fora decidido monocraticamente.

A jurisprudência deste Tribunal Superior já se posicionou no sentido de que a Defensoria Pública goza de prazo em dobro para oposição dos embargos à execução. A propósito, citam-se precedentes específicos:

[...]

Ademais, inexistente imposição legal prevendo àquele que possui a prerrogativa do prazo em dobro que tenha de se manifestar previamente ao juízo a fim de noticiar que está patrocinando a parte para que lhe seja conferido o benefício legal (AgRg no REsp 1249354/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 17/02/2016 - grifou-se).

Ante o exposto, admito o recurso especial e determino a sua remessa ao Superior Tribunal de Justiça.

Intimem-se.

**Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS**  
**3º Vice-Presidente**

## CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS

### **AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO Nº 0310098-44.2018.8.24.0018/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR SALIM SCHEAD DOS SANTOS

AGRAVANTE: CLAUDIO VELOSO DE LINHARES (AUTOR)

AGRAVADO: BECKER FINANCEIRA S.A CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO (RÉU)

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

*O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, firmou a orientação no sentido de que é “admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto” (Resp n. 1.061.530/RS, Relª. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 22/10/2008 - Temas 24 a 27).*

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 a parte agravante a multa prevista no § 4º do artigo 1.021 do Código de Processo Civil.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Câmara de Recursos Delegados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do agravo interno e negar-lhe provimento, bem como condenar o agravante a pagar à parte contrária a multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (artigo 1.021, § 4º, do CPC), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do respectivo valor (artigo 1.021, § 5º, do CPC), nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

**Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS**

**Relator**

## RELATÓRIO

Cláudio Veloso de Linhares, com fulcro nos artigos 1.021, e 1.030, § 2º, do Código de Processo Civil, interpôs agravo interno contra decisão proferida pela 3ª Vice-Presidência desta Corte de Justiça que, amparada em precedente do Superior Tribunal de Justiça (Resp n. 1.061.530/RS, julgado em 22/10/2008 (Temas 24 a 27), aplicou a norma do artigo 1.030, inciso I, “b”, c/c artigo 1.040, inciso I, do citado código e, em relação à matéria objeto de recurso representativo da controvérsia, negou seguimento ao recurso especial, ao fundamento de que o entendimento adotado no acórdão recorrido coincide com a orientação da Corte Superior (evento 23).

Em suas razões recursais, o agravante sustenta, de início, que a questão não poderia ter sido julgada monocraticamente nos termos do artigo 932 do Código de Processo Civil, isso porque “*tem-se que o julgamento monocrático somente se justifica quando o recurso interposto for manifestamente inadmissível, tiver sido prejudicado ou confrontar súmula ou jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou Tribunal Superior*”; que o “*STJ delegou a cada Tribunal o mister de analisar cada caso a fim de avaliar se as taxas de juros praticadas encontram-se com abusividades ou não*”; que “*consolidou-se entendimentos diversos [...] todos no sentido de reconhecer que, sempre que os juros remuneratórios praticados estiverem acima das taxas médias de mercado, levando-se em consideração uma suplementação de 10% deverá ser considerada abusiva a taxa aplicada*”; que “*os referidos temas repetitivos não são óbices ao seguimento do recurso*”.

Com base nesses argumentos, requer o provimento do presente agravo interno, para viabilizar o processamento do recurso especial (evento 28).

Intimada, a parte agravada deixou de apresentar contrarrazões (evento 36).

Em sede de juízo de retratação (artigo 1.021, § 2º, do CPC) foi mantida a decisão agravada e determinou-se a remessa dos autos à Câmara de Recursos Delegados, para oportuna inclusão em pauta, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

## VOTO

1. Imperativo anotar, *ab initio*, que o artigo 1.030, inciso I, alíneas “a” e “b”, do Código de Processo Civil, determina que:

*Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:*

*I - negar seguimento:*

*a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;*

***b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. (grifou-se)***

O § 2º do 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. No mérito, nega-se provimento ao recurso.**

O Resp n. 1.061.530/RS, julgado em 22/10/2008 (Temas 24 a 27), oriundo do Superior Tribunal de Justiça, aplicado ao caso pela 3ª Vice-Presidência deste Tribunal, está assim ementado:

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS.*

*CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO.*

*DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO*

*Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.*

*Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade.*

*Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.*

*PRELIMINAR*

*O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n.º 1.963-17/00, reeditada sob o n.º 2.170-36/01.*

*I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.*

***ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS***



- a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;*
- b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;*
- c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;*
- d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.*

#### ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA

- a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora;*
- b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.*

#### ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS

*Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.*

#### ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

- a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;*
- b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.*

#### ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

*É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.*

#### II- JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (Resp 1.061.530/RS)

*A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF.*

*O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF.*

*Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido.*

*Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva*

*na Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor.*

*Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida.*

*Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido.*

*Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea «a» do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias.*

*Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício.*

*Ônus sucumbenciais redistribuídos (Resp n. 1.061.530/RS, Rel<sup>a</sup> Ministra Nancy Andrichi, julgado em 22/10/2008, grifou-se).*

*Convém assinalar que «a circunstância de a taxa de juros remuneratórios praticada pela instituição financeira exceder a taxa média do mercado não induz, por si só, a conclusão de cobrança abusiva, consistindo a referida taxa em um referencial a ser considerado, e não em um limite que deva ser necessariamente observado pelas instituições financeiras» (STJ - AgRg no AgRg no AREsp 618411/MS, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 24/06/2015).*

Todavia, é absolutamente perfeita a adequação do referido precedente à espécie, sobretudo porque no acórdão, contra o qual o agravante interpôs recurso especial, à luz das peculiaridades do caso concreto, consignou-se:

*Requer a limitação da taxa de juros remuneratórios à média de mercado divulgada pelo Bacen.*

*As definições, particularidades e contexto jurisprudencial podem ser colhidos do estudo elaborado quando do julgamento da ACV n. 2014.031450-0.*

*Importante, entretanto, destacar as orientações formuladas por ocasião do julgamento do REsp n. 1.061.530/RS, afeto ao rito dos recursos repetitivos, em que se estabeleceu:*

#### **ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS**

*a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto (STJ, rela. Mina. Nancy Andrichi, Segunda Seção, julgado em 22-10-2008).*

*Consignou a relatora que “a taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos”.*

*Com efeito, a taxa média não é um valor estanque, mas sim um percentual apurado a partir dos índices máximos e mínimos praticados pelas instituições financeiras mês a mês no Brasil. A compreensão da taxa média como índice limitador nos contratos bancários vai de encontro aos cálculos aritméticos e aos princípios constitucionais da ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal).*

*O voto do Ministro João Otávio Noronha, proferido na mesma sessão de julgamento do REsp n. 1.061.530/RS, não deixa dúvida sobre a taxa média não poder ser interpretada como limitador, mas somente como referencial:*

*É evidente que, em se tratando de juros remuneratórios, há de ser apreciada a questão da abusividade das taxas; não tenho dúvida quanto a isso. Tal análise, contudo, há de ser feita caso a caso. Data vênia, não vejo como pode esta Corte tarifar ou tabelar tal encargo financeiro como forma de estabelecer um paradigma para o diagnóstico da abusividade da taxa contratada. E por que me posiciono contra o tarifamento ou tabelamento dos juros? A um, porque essa não é uma atribuição que nos é dada pela Constituição Federal. A dois, porque entendo que decisão dessa natureza acaba por penalizar ou prejudicar aquele que a lei quer proteger, ou seja, o consumidor. Os agentes econômicos têm inteligência e instrumentos suficientes para contornarem um eventual (e absurdo) tabelamento judicial dos juros. Em caso tal, a primeira consequência seria um aumento radical das taxas cobradas como forma de elevar a “taxa média de mercado”, o que encareceria sobremaneira o custo da moeda para os tomadores, mormente para aqueles com menor potencial negocial, como os consumidores (grifou-se).*

*O repetitivo deixou claro que as taxas divulgadas pelo Bacen constituem-se apenas em referenciais de aferição de abusividade, a serem sopesados sem rigidez e de acordo com o caso em concreto.*

Portanto, deve ser respeitada a pactuação das partes quando se apresenta razoável em relação às taxas aplicáveis para as mesmas espécies de contrato. A minoração do índice não pode ocorrer simplesmente porque existem outras instituições que cobram menos. Essa avaliação (da melhor taxa de juros) compete ao consumidor interessado em realizar a transação bancária quando da escolha da instituição financeira (STJ, AgRg no Ag n. 712.198/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJU 02-09-2009; AgRg nos Edcl no Ag n. 874.366/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJU 05-11-2008).

No caso, a Cédula de Crédito Bancário n. 145060619/0, firmada em 29-6-2018, estabeleceu taxas de juros de 8,8% ao mês e 175,1356% ao ano (documento 6, evento 1), enquanto o índice médio encontrado para a negociação na data do pacto foi de 6,57% ao mês e 114,67% ao ano, consoante as taxas apresentadas para operações de crédito com recursos livres - pessoas físicas - crédito pessoal não consignado.

Extrai-se que a taxa contratada não se mostrou abusiva a ponto de autorizar a revisão, uma vez que a desvantagem do consumidor não figurou exagerada diante das peculiaridades das circunstâncias concretas do contrato.

*Logo, nega-se provimento ao recurso no ponto em questão. (evento 10).*

Importa destacar, ademais, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está igualmente firmada no sentido de que, “no pertinente à revisão das cláusulas contratuais, a legislação consumerista, aplicável à espécie, permite a manifestação acerca da existência de eventuais cláusulas abusivas, o que acaba por relativizar o princípio do *pacta sunt servanda*” (AgRg no Resp 1422547/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 14/03/2014).

No mesmo sentido:

É permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, diante do fato de que o princípio do pacta sunt servanda vem sofrendo mitigações, mormente ante os princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual (STJ - AgRg no Ag 1394166/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 04/06/2012).

Em caso análogo, esta Câmara já decidiu:

*AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. DECISÃO DA 3ª VICE- PRESIDÊNCIA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL EM RAZÃO DA CONFORMIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A DECISÃO TOMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA (TEMAS 24 A 27). JUROS REMUNERATÓRIOS QUE SUPERAM A TAXA MÉDIA DE MERCADO. ONEROSIDADE EXCESSIVA COMPROVADA. PRECEDENTE ADEQUADAMENTE APLICADO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015.*

*O Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, firmou a orientação no sentido de que é “admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - art. 51, § 1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto” (STJ, Resp n. 1.061.530/RS, Relª. Ministra Nancy Andrighi).*

É manifestamente improcedente o agravo interno dirigido contra decisão que, sustentada na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, nega seguimento a recurso especial, daí por que se aplica ao agravante a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil. (Agravo n. 0300037-97.2014.8.24.0040, de Laguna, rel. Des. Jaime Ramos, Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais, j. 29-11-2017).

Não fosse só, uma vez reconhecida ou não a abusividade dos juros remuneratórios pelo Tribunal de origem, a Corte Superior obsta, em sede de recurso especial, a revisão desse entendimento.

A propósito, cita-se de recente precedente daquele Sodalício:

*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. REVISIONAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. ABUSIVIDADE. RECONHECIMENTO. TAXA ACIMA DA MÉDIA DE MERCADO. PRECEDENTES. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.*

*1. As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33), Súmula n. 596/STF; e a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade (Resp n. 1.061.530/RS, representativo da controvérsia, Relatora Ministra*

*Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 10/3/2009).*

*2. A verificação de abusividade do percentual dos juros remuneratórios contratados não se baseia no simples fato de ultrapassar a taxa média de mercado, devendo-se observar a razoabilidade a partir desse patamar, de modo que a vantagem exagerada, justificadora da limitação judicial, deve ficar cabalmente demonstrada em cada situação. Reconhecida pelo Tribunal de origem a abusividade da taxa de juros contratada, considerando as peculiaridades do caso, impossível a modificação desse entendimento tendo em vista os óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.*

*3. A cobrança de encargos abusivos no período da normalidade enseja a descaracterização da mora.*

*4. Agravo interno desprovido. (AgInt no AREsp 1.118.462/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Belizze, Terceira Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 01/03/2018, grifou-se).*

Dessarte, estando absolutamente perfeita a adequação do precedente ao caso concreto, nega-se provimento ao recurso.

3. Na espécie, o agravo interno é manifestamente improcedente, porquanto dirigido contra decisão que, sustentada na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva (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 ao 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 22/02/2018, grifou-se).*

No mesmo sentido:

**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 ego. Segunda Seção do STJ firmou, em sede de julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, a tese de que, “no caso das ações convertidas em perdas e danos, é devido o pagamento de dividendos desde a data em que as ações deveriam ter sido subscritas, até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento, incidindo juros de mora e correção monetária” (Resp 1.301.989/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 19/3/2014).*

*2. O agravo interno mostra-se manifestamente improcedente, pois interposto contra decisão fundamentada em entendimento firmado em recurso especial sob o regime do art. 543-C do CPC/73 (recurso repetitivo), ensejando a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015, no montante equivalente a 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º do citado artigo de lei.*

*3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação de multa. (AgInt no Resp n. 1.360.149/RS, Rel.*

*Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 25/10/2017, grifou-se).*

Ante o exposto, voto por conhecer do agravo interno e negar-lhe provimento, bem como condenar o agravante a pagar à parte contrária a multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (artigo 1.021, § 4º, do CPC), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do respectivo valor (artigo 1.021, § 5º, do CPC).

**Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS**  
**3º VICE-PRESIDENTE**



# AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0002222-16.2019.8.24.0006/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR VOLNEI CELSO TOMAZINI

AGRAVANTE: MARCOS JOSE DOS SANTOS (ACUSADO)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NÃO ADMITIU RECURSO EXTRAORDINÁRIO, SEM APLICAÇÃO DE TEMA OU PARADIGMA SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. MANIFESTA INADEQUAÇÃO DO GÊNERO RECURSAL À ESPÉCIE. JUÍZO DE INADMISSIBILIDADE INCONFUNDÍVEL COM A HIPÓTESE QUE NEGA SEGUIMENTO A RECLAMO CONSTITUCIONAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.030, §§1º E 2º, DO CPC. AUSÊNCIA DE DÚVIDA OBJETIVA QUANTO AO RECURSO CABÍVEL. ERRO GROSSEIRO INSUSCETÍVEL DE CONVOLAÇÃO. FUNGIBILIDADE RECURSAL INCOMPATÍVEL. PRECEDENTES DA CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS. RECURSO NÃO CONHECIDO.

*“É manifestamente incabível a interposição de agravo interno contra decisão que, sem examinar matérias submetidas à sistemática dos recursos repetitivos, não admite recurso extraordinário. A interposição, neste caso, de agravo interno no lugar de agravo nos próprios autos, configura erro grosseiro e impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal”. (TJSC, Agravo Interno n. 0300010-17.2018.8.24.0027, de Ibirama, rel. 3º Vice-Presidente, Câmara de Recursos Delegados, j. 30-09-2020).*

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Câmara de Recursos Delegados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, não conhecer do agravo interno, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de maio de 2021.

**Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI**

**Relator**

## RELATÓRIO

A defesa, com base no art. 1.021 do Código de Processo Civil, interpôs o presente agravo interno em face de decisão exarada pela 2ª Vice-Presidência desta Corte, que **não admitiu** recurso extraordinário, por força, dentre outros verbetes, das Súmulas 282 e 356 do STF (Evento 65).

Sustenta o insurgente, após historiar os principais acontecimentos do processo, que “no

*acórdão atacado pelo Recurso Extraordinário interposto encontram-se flagrantes violações aos direitos constitucionais do Agravante*”, de sorte a admitir a ascensão do apelo extremo à Corte de destino, mormente porque considera satisfeitos todos os pressupostos correspondentes (Evento 73, fls. 1-14).

Nesses termos, requer “*seja recebido e provido o presente Agravo Interno, retificando-se a decisão recorrida*”, para o fim de “*admitir, conhecer, determinar o processamento e, ao final, prover o Recurso Extraordinário interposto pelo Agravante*” (Evento 73, fl. 15).

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina “*requero não conhecimento do agravo interno em razão da sua intempestividade e da impropriedade da via eleita*” (Evento 76).

Adiante, determinou-se o encaminhamento do agravo interno 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.

## VOTO

### 1. Do agravo interno não se conhece.

No exercício do juízo inaugural de admissibilidade, a 2ª Vice-Presidência desta Corte não admitiu recurso extraordinário manejado pela parte ora insurgente, por força, dentre outros enunciados, da inteligência constante das Súmulas 282 e 356 do STF (Evento 65).

Pois bem.

O Código de Processo Civil, no seu art. 1.030, inciso I, alíneas “a” e “b”, assim estabelece:

*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.*

Por sua vez, o § 2º do art. 1.030 do novel diploma processual prevê que “*da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021*” e, não havendo

retratação, como ocorre neste caso, o agravo será levado “a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta” (art. 1.021, § 2º, do CPC).

Mais adiante, o Código de Processo Civil, no art. 1.042, determina o seguinte:

*Cabe agravo contra a decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos*

Note-se, a partir daí, que **a decisão agravada não tem por lastro orientação firmada em julgamento de recursos repetitivos ou submetida ao regime de repercussão geral**, motivo pelo qual, na espécie, não é cabível a interposição do agravo interno (art. 1.021, c/c art. 1.030, § 2º, do CPC), mas a do agravo previsto no art. 1.042, do aludido código.

Com efeito, o agravo interno seria cabível, apenas, se o decisum tivesse aplicado matéria submetida a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal sob a sistemática da repercussão geral.

A propósito do tema, já decidiu o Pretório Excelso:

*DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INADMISSÃO DO APELO EXTREMO PELO TRIBUNAL A QUO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 5º, XXXV E LV, E 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015.*

*1. O entendimento assinalado na decisão agravada reflete a jurisprudência cristalizada deste Supremo Tribunal Federal. É incabível agravo regimental contra o juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário exarado na origem. Inaplicabilidade do princípio da fungibilidade à espécie. Precedentes.*

*2. As razões do agravo não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastream a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de ofensa a preceito da Constituição da República.*

*3. Agravo interno conhecido e não provido (STF, ARE 1139683 ED-AgR, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, j. 22-03-2019).*

Então, como se viu, as normas do Código de Processo Civil explicam de forma clara e precisa as hipóteses de cabimento do agravo interno (art. 1.021 c/c o art. 1.030, §2º) e do agravo nos próprios autos (art. 1.042).

Por isso, no caso sob enfoque, **não é possível aplicar o princípio da fungibilidade** recursal, haja vista que, segundo a jurisprudência prevalecente, “o princípio da fungibilidade incide quando

*preenchidos os seguintes requisitos: a) dúvida objetiva quanto ao recurso a ser interposto; b) inexistência de erro grosseiro; e c) que o recurso interposto erroneamente tenha sido apresentado no prazo daquele que seria o correto. A ausência de quaisquer desses pressupostos impossibilita a incidência do princípio em questão” (STJ - Edcl no Resp 1408054/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, DJe de 21/03/2016 – grifo apostado).*

Em casos análogos, é como tem decidido a Câmara de Recursos Delegados:

*AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NÃO ADMITIU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO, SEM ANÁLISE DE MATÉRIAS SUBMETIDAS À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. AGRAVO INTERNO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. AUSÊNCIA DE DÚVIDA OBJETIVA QUANTO AO RECURSO ADEQUADO. ERRO GROSSEIRO CONFIGURADO. INVIABILIDADE DE ADOÇÃO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.*

*“A interposição equivocada de recurso quando há expressa disposição legal e ausente dúvida objetiva, constitui manifesto erro grosseiro. Dessa forma, inaplicável o princípio da fungibilidade [...]” (AgInt no AREsp 1004764/AP, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, j. em 06/06/2017). (TJSC, Agravo Interno n. 0012628-31.2017.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. 2º Vice-Presidente, Câmara de Recursos Delegados, j. 31-05-2019).*

E mais:

*AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE, SEM ANÁLISE DE MATÉRIAS SUBMETIDAS AO REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL OU À SISTEMÁTICA DE CASOS REPETITIVOS, NÃO ADMITIU RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO INTERNO MANIFESTAMENTE INCABÍVEL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE INAPLICÁVEL. ERRO GROSSEIRO. RECURSO NÃO CONHECIDO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015.*

É manifestamente incabível a interposição de agravo interno contra decisão que, sem examinar matérias submetidas ao regime de repercussão geral ou à sistemática de causas repetitivas, não admite recurso extraordinário. A interposição, neste caso, de agravo interno no lugar de agravo nos próprios autos, configura erro grosseiro e impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

*A interposição de recurso manifestamente inadmissível enseja a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do NCPC, 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 (STJ, AgInt nos EAREsp 890331/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 8-2-2017). (TJSC, Agravo Interno n. 0001759-11.2009.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. 3º Vice-Presidente, Câmara de Recursos Delegados, j. 31-05-2019).*

Desse modo, o recurso não ultrapassa o juízo de admissibilidade.

2. Pelo exposto, voto por não conhecer do agravo interno.

**Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI**  
**RELATOR**

# CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (RECURSOS DELEGADOS) Nº 0002279-52.2019.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JOAO HENRIQUE BLASI

SUSCITANTE: JUÍZO DA VARA REGIONAL DE DIREITO BANCÁRIO DA COMARCA DE ITAJAÍ

SUSCITADO: JUÍZO DA 4ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ITAJAÍ

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE INSTAURADO ENTRE OS JUÍZOS DA VARA REGIONAL DE DIREITO BANCÁRIO E DA 4ª VARA CÍVEL, AMBAS DA COMARCA DE ITAJAÍ. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO CREDITÍCIA POR DÍVIDA ALEGADAMENTE INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES. ALEGA CONEXÃO COM EXECUÇÃO, EMBARGOS E INCIDENTE DE FALSIDADE EM TRÂMITE JUNTO À UNIDADE BANCÁRIA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DAS UNIDADES EM CONFLITO. INADMISSIBILIDADE DA REUNIÃO DOS FEITOS. PRECEDENTES DIVERSOS. CONFLITO JULGADO PROCEDENTE.

*“Tratando-se de conflito no qual figuram unidades jurisdicionais dotadas de competência absoluta, é vedado ampliar-lhes o respectivo plexo de atribuições, ainda que se verifique a conexão entre demandas congêneres, na medida em que a reunião de processos não é efeito obrigatório de tal fenômeno processual (art. 54 do Código de Processo Civil)” (TJSC - Conflito de Competência n. 0019878-38. 2018.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Câmara de Recursos Delegados, j. 30/01/2019).*

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Câmara de Recursos Delegados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, julgar procedente o conflito negativo em ordem a declarar a competência do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Itajaí para processar o julgar a “ação declaratória de inexistência de dívida e indenização por danos morais” n. 0310366-58.2015.8.24.0033, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 31 de março de 2021.

**Desembargador JOAO HENRIQUE BLASI**

**Relator**

## RELATÓRIO

Na comarca de Itajaí, Daniel Cury Ogata aforou “ação declaratória de inexistência de dívida e indenização por danos morais” contra Aymoré Financiamentos e Investimentos S/A e Indústria e

Comércio de Móveis de Ceccato Ltda. objetivando, em suma, a retirada do seu nome de cadastros de restrição creditícia além de indenização pelo abalo moral decorrente, que diz ter sofrido (Autos n. 0310366-58.2015.8.24.0033, petição inicial, SAJ/PG).

O Juízo da 4ª Vara Cível, a quem os autos foram distribuídos, determinou sua redistribuição para a Vara Regional de Direito Bancário sediada em Itajaí, após verificar a tramitação, nesta última, de execução e de embargos envolvendo as mesmas partes, detectando, assim, a ocorrência de conexão, *“inclusive por prejudicialidade, [a importar n]a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam julgadas simultaneamente pelo Juízo da Vara Especializada, com competência absoluta para tanto”* (Autos supramencionados, decisão de fls. 206/207, de 13/02/2017, SAJ/PG).

Ao rejeitar a competência e suscitar o conflito, o titular da aludida Unidade Bancária pontuou, inicialmente, que *“a relação existente entre as partes e o objeto da demanda é eminentemente civil”*. Além disso, *“quanto à conexão e prejudicialidade aduzidas às fls. 206/207, dessa demanda, verifica-se a inexistência da conexão alegada, mas sim, a prejudicialidade e dependência do julgamento dessa ação para o devido prosseguimento ou não da ação de execução n. 0313144-98. 2015.8.24.0033, dos embargos à execução n. 03017116-85.2016.8.24.0033 e do incidente de falsidade n. 0001637-82.2016.8.24.0033”, concluindo por afirmar que “as ações supra (execução, embargos e incidente de falsidade) serão suspensas até o trânsito em julgado dessa ação, quando poderá ser verificado o prosseguimento ou não daquelas ações”* (Autos supramencionados, decisão de fls. 225/227, de 13/08/2019, SAJ/PG).

Ao ascender a esta Corte de Justiça o incidente foi inicialmente distribuído para a egrégia 7ª Câmara de Direito Civil que, por decisão da lavra do eminente Desembargador Osmar Nunes Júnior, dele não conheceu, encaminhando-o para esta Câmara de Recursos Delegados (Evento 13, Eproc 2).

É, no essencial, o relatório.

## VOTO

Tem-se conflito negativo de competência entre os Juízos da Vara Regional de Direito Bancário (Suscitante) e da 4ª Vara Cível (Suscitado), ambos da comarca de Itajaí, instaurado nos autos de *“ação declaratória de inexistência de dívida e indenização por danos morais”* por meio da qual o autor objetiva, em essência, a retirada do seu nome de cadastros de restrição creditícia e a condenação dos réus em indenização por decorrente abalo moral.

A competência deste Órgão Fracionário para dirimir o conflito sob exame encontra fundamento nas disposições do art. 75 do Regimento Interno desta Corte, de acordo com o qual, *«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*”. Adequada, de conseguinte, afigura-se a redistribuição determinada no âmbito da colenda 7ª Câmara de Direito Civil.

Quanto à competência para processar e julgar o feito originário, é mister, preambularmente, invocar o disposto no art. 2º da Resolução TJ n. 21/2013, com a redação entronizada pelo art. 10 da Resolução TJ n. 3/2014:

*Art. 2º O Juiz de Direito da Vara Regional de Direito Bancário da comarca de Itajaí terá competência para processar e julgar as ações de Direito Bancário e de contratos com alienação fiduciária em garantia (Decreto-Lei n. 911, de 1º de outubro de 1969) que envolvam as instituições financeiras subordinadas à fiscalização do Banco Central do Brasil (arts. 17 e 18 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964) e também as empresas de factoring, originárias das comarcas de Balneário Piçarras, Itajaí e Navegantes, incluídas aquelas decorrentes de cessão civil de crédito contempladas neste artigo.*

§ 1º A competência *ratione materiae* definida no caput exclui as ações de natureza tipicamente civil.

Do *caput* do artigo acima transcrito extrata-se que a definição da competência da Unidade Regional de Direito Bancário hospedada na comarca de Itajaí passa pela presença de dois critérios cumulativos, *ratione materiae* e *ratione personae*, ou seja, para tramitar por essa Vara, a ação deve dizer respeito às comarcas de Balneário Piçarras e Navegantes, além da sede, e ostentar, em um dos polos processuais, uma instituição financeira fiscalizada pelo Banco Central do Brasil - Bacen, bem como envolver matéria de Direito Bancário.

Já o § 1º enuncia regra de exclusão da competência definida em razão da matéria no tocante às ações de natureza “*tipicamente civil*”, ainda que em um dos polos da relação processual figure instituição financeira.

Compulsando os autos, à luz desses critérios, considero que a matéria discutida no 1º grau deve ser tida como de natureza “*tipicamente civil*” para o fim de definir-se o Juízo competente.

Com efeito, da leitura dos fatos narrados e dos pedidos formulados na petição inicial infere-se que o autor ajuizou “*ação declaratória de inexistência de dívida e indenização por danos morais*” visando à retirada do seu nome de cadastros de inadimplentes e compensação financeira em decorrência de sua alegada indevida inscrição em tais cadastros, sob a alegação de que não possui relação jurídica com a instituição financeira requerida. Segundo a peça inaugural, o autor adquiriu bens móveis da ré Indústria e Comercial de Móveis Cecatto Ltda. que, ilegalmente, utilizou-se de seus dados pessoais para firmar contrato de financiamento com o banco corréu.

Como se observa, o demandante não pretende debater contrato bancário, porquanto limita-se a afirmar que não pactuou qualquer espécie de financiamento com a instituição financeira corré, daí a indevida inscrição do seu nome em cadastros de restrição de crédito.



A lide, portanto, tem natureza cível, o que faz com que prevaleça o regrado pelo antes transcrito art. 2º da Resolução TJ n. 21/2013, com a redação atualizada pelo art. 10 da Resolução TJ n. 3/2014, pelo qual “*as ações de natureza tipicamente civil*” estão excluídas da competência da referida Unidade Bancária.

Mas impõe-se, também, examinar, neste azo, o aspecto alusivo à cogitada conexão da ação referenciada com a execução, os embargos e o incidente de falsidade mencionados, que tramitam na Unidade Bancária, envolvendo as mesmas partes.

Há traços comuns entre tais demandas, na medida em que decorrem das mesmas questões de fundo: o contrato de compra e venda de bens móveis firmado entre o autor e a empresa moveleira ré; o contrato de financiamento estabelecido entre a empresa de móveis e a instituição financeira corré com o uso dos dados do autor; e, por fim, a inscrição do nome deste em cadastros de restrição creditícia em razão do financiamento que alega não ter firmado.

Estabelecem, a propósito, os artigos 54 e 55 do Código de Processo Civil:

*Art. 54. A competência relativa poderá modificar-se pela conexão ou pela continência, observado o disposto nesta Seção.*

*Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.*

Sobre o tema, do escólio de Fredie Didier Júnior, colaciono:

*A conexão, para fim de modificação de competência, tem por objetivo promover a eficiência processual (já que semelhantes, é bem possível que a atividade processual de uma causa sirva a outra) e evitar a prolação de decisões contraditórias. A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito principal e desejado, exatamente porque atende muito bem às funções da conexão.*

*A reunião das causas em um mesmo juízo é o efeito jurídico mais tradicional da conexão. O art. 55, §1º, determina que as causas conexas serão reunidas para decisão conjunta. Assim, se houver conexão, e for possível a reunião dos processos, o juiz deve reuni-los, pois se trata de regra processual cogente. [...] É possível, porém, que a conexão produza outro efeito jurídico. Imagine-se o caso de duas causas conexas que tramitem em juízos com competências materiais distintas ou que tramitem por procedimentos distintos. Nesse caso, não será possível a reunião dos processos, quer porque haveria alteração de competência absoluta (que não se admite no direito brasileiro), quer porque as causas não poderiam ser reunidas para tramitar por procedimentos diversos. (Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 231).*

No caso concreto, embora defensável a ocorrência de conexão entre as sobreditas demandas, isso, entretanto, não implica automática e necessariamente a reunião dos processos, pois impraticável quando o critério de competência é absoluto.

Por essa razão, sob pena de olvidar-se o critério indeclinável da competência absoluta, a ação objeto deste conflito deve ser mesmo processada e julgada perante o Juízo Suscitado, enquanto a execução, os embargos e o incidente de falsidade em trâmite no Juízo Suscitante permanecerão suspensas até o trânsito em julgado da primeira.

A respeito, do Superior Tribunal de Justiça, colijo:

*CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÕES CONEXAS. REUNIÃO DE PROCESSOS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. A competência absoluta não pode ser modificada por conexão ou continência (CPC, art. 102). 2. Agravo regimental a que se nega provimento (Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 43.922, do Rio Grande do Sul, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25/8/2004).*

No mesmo diapasão, deste Tribunal, conforme assentado por seu Órgão Especial, tem-se:

*CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE DEFLAGRADA POR ARREMATANTE DE BEM IMÓVEL, EM LEILÃO EXTRAJUDICIAL. SUPOSTA CONEXÃO COM DEMANDA REVISIONAL DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA ESPECIALIZADA. RELAÇÃO JURÍDICA DE CUNHO EMINENTEMENTE CIVIL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 0000722-98.2017.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Ronei Danielli, Órgão Especial, j. 02/08/2017).*

E, de parte desta Câmara de Recursos Delegados, releva trazer à baila os seguintes precedentes:

*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE OS JUÍZOS DA 2ª VARA DE DIREITO BANCÁRIO DA REGIÃO METROPOLITANA DE FLORIANÓPOLIS (SUSCITANTE) E 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SÃO JOSÉ (SUSCITADO). AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE CUMULADA COM PERDAS E DANOS. IMÓVEL ADQUIRIDO PELO AUTOR POR MEIO DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL. ALEGADA CONEXÃO COM AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL QUE TRAMITA NO JUÍZO ESPECIALIZADO. INVIABILIDADE DE REUNIÃO DOS FEITOS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DAS UNIDADES EM CONFLITO. CONFLITO PROCEDENTE (Conflito de Competência n. 5018374-38. 2020.8.24.0000, de São José, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 30/09/2020).*

*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE OS JUÍZOS DA VARA REGIONAL DE DIREITO BANCÁRIO DA COMARCA DE RIO DO SUL (SUSCITANTE) E 1ª VARA DA COMARCA DE IBIRAMA (SUSCITADO). AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. IMÓVEL ARREMATADO PELO AUTOR DURANTE LEILÃO EXTRAJUDICIAL IMPLEMENTADO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ALEGADA CONEXÃO, PELO JUÍZO SUSCITADO, COM AÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA DE CONTRATO BANCÁRIO QUE TRAMITA NO JUÍZO ESPECIALIZADO. INVIABILIDADE DE REUNIÃO DOS FEITOS. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DAS UNIDADES EM CONFLITO. CONFLITO PROCEDENTE (Conflito de Competência n. 0018745-58.2018.8.24.0000, de Rio do Sul, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. 30/01/2019).*

*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE INSTAURADO ENTRE O JUÍZO DA VARA*

*REGIONAL DE DIREITO BANCÁRIO DA COMARCA DE RIO DO SUL (SUSCITANTE) E O JUÍZO DA 1ª VARA DA COMARCA DE TROMBUDO CENTRAL (SUSCITADO). AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. IMÓVEL ARREMATADO EM LEILÃO EXTRAJUDICIAL PROMOVIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ALEGADA CONEXÃO COM AÇÕES BASEADAS, AINDA QUE INDIRETAMENTE, NO OBJETO EM DISCUSSÃO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DAS UNIDADES EM CONFLITO. REUNIÃO DOS FEITOS INVIÁVEL. CONFLITO PROCEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. Tratando-se de conflito no qual figuram unidades jurisdicionais dotadas de competência absoluta, é vedado ampliar-lhes o respectivo plexo de atribuições, ainda que se verifique a conexão entre demandas congêneres, na medida em que a reunião de processos não é efeito obrigatório de tal fenômeno processual (art. 54 do Código de Processo Civil/2015) (Conflito de Competência n. 0007892-87.2018.8.24.0000, de Rio do Sul, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 19/07/2018).*

Por fim, assinalo que se devem considerar válidos todos os atos praticados nos autos, em atendimento ao que preconiza o art. 957 do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, voto no sentido de julgar procedente o conflito negativo em ordem a declarar a competência do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Itajaí para processar o julgar a “ação declaratória de inexistência de dívida e indenização por danos morais” n. 0310366-58.2015.8.24.0033.

**Desembargador JOAO HENRIQUE BLASI**  
**1º VICE-PRESEIDENTE**

## CONSELHO DA MAGISTRATURA

**Pedido de Providências n. 0004617-32.2021.8.24.0710.**

Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS – FORO EXTRAJUDICIAL – FERIADO DE CARNAVAL – EXPEDIENTE EM TESE VEDADO PELA RESOLUÇÃO GP 1/85 DO TJSC – PANDEMIA – MITIGAÇÃO EXTRAORDINÁRIA.

A Resolução GP 1/85, deste Tribunal de Justiça, estabelece que, além dos dias que forem feriados nacionais, não haverá expediente nos foros judicial e extrajudicial na segunda e terça-feiras da semana do Carnaval, sendo que na *quarta-feira de cinzas* o funcionamento terá início às 13h.

A pandemia do *Covid-19*, porém, trouxe contornos que refletem no substrato que a Resolução mencionada produza efeitos práticos. É que, relativamente ao Carnaval, o surto tem notoriamente impedido que sejam promovidas aglomerações – e referida festa, como se sabe, tem genuinamente esse resultado –, inviabilizando a celebração.

Deve-se levar em conta, ainda, que se está diante de pedido de autorização para o trabalho de quem exerce função pública em caráter privado. É dizer, não lhes são impostos obstáculos burocráticos adicionais, como aqueles relacionados à contagem de prazos que inevitavelmente trazem reflexos às instituições essenciais à Justiça.

Necessidade ainda de se considerar, sob o ponto de vista da saúde pública, que o atendimento da serventia extrajudicial nesse período pode contribuir para que a disseminação da doença não seja acelerada, pois espalhará o número de frequentadores.

Pedido de providências de entidades de classe acolhido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Pedido de Providências n. 0004617-32.2021.8.24.0710, em que são interessados a Associação dos Notários e Registradores de Santa Catarina (Anoreg) e o Sindicato dos Notários e Registradores de Santa Catarina (Sinoreg).

O Conselho da Magistratura decidiu, por unanimidade, julgar procedente o pedido, estabelecendo o expediente normal da serventia extrajudicial entre os dias 15 e 17 de fevereiro de 2021.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo José Roesler, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Júlio César Machado Ferreira de Melo, José Agenor de Aragão, João Henrique Blasi (impedido), Soraya Nunes Lins, Dinart Francisco Machado, Volnei Celso Tomazini, Salim Schead dos Santos, Carlos Adilson Silva, Roberto Lucas Pacheco e Odson Cardoso Filho.

Participou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2021.

**Desembargador Hélio do Valle Pereira**  
**Relator**

## RELATÓRIO

A Associação dos Notários e Registradores de Santa Catarina (Anoreg) e o Sindicato dos Notários e Registradores de Santa Catarina (Sinoreg) apresentam Pedido de Providências a este Conselho da Magistratura.

Relatam que para os dias 15 a 17 do corrente mês estava programada a realização do *Carnaval*; conseqüentemente, como é tradicional, haveria feriados. Dá-se, entretanto, que por conta da pandemia da *Covid-19* houve cancelamento do evento por todo o país, situação que levou o Governo do Estado de Santa Catarina a editar o Decreto 1.124, tornando tais datas como dias úteis para fins de expediente. A norma, a propósito, “*torna impositivo o funcionamento dos serviços públicos vinculados ao Poder Executivo*” (e o setor privado tem a tanto aderido), o que contribuirá para a atividade econômica e a melhora da situação fiscal.

A partir daí afirmam que as serventias extrajudiciais catarinenses pretendem compartilhar da estratégia, prestando seus serviços no referido período. Não há, frisam, necessidade de alteração da Resolução 01/1985, deste Tribunal de Justiça, pois se trata de “*situação pontual e excepcionalíssima*”.

Ressaltam, por fim, que se comprometem a alertar os usuários quanto ao funcionamento nesses dias.

Querem autorização para abertura e funcionamento das serventias.

Foram anexadas correspondências eletrônicas enviadas por titulares de serventias extrajudiciais, os quais afirmaram que não foram ouvidos pelas entidades de classe. A intenção por elas apresentadas, registram, é apenas quanto aos serviços prestados nas cidades maiores, principalmente as do litoral, sendo que as demais terão fluxo diminuto de pessoas no período – inviabilizando, assim, o atendimento e gerando desgastes. Alguns dos tabeliães, de todo modo, se posicionaram no sentido de a abertura ser uma faculdade.

Sobreveio, ainda, manifestação do Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil (IEPTB/SC), do Colégio Notarial do Brasil (CNB/SC) e do Colégio Registral Imobiliário de Santa Catarina (CORI/SC) encampando o pleito apresentado neste Pedido de Providências.

Na sessão de julgamento, o Desembargador Dinart Francisco Machado, Corregedor do Foro Extrajudicial, se posicionou favoravelmente à pretensão.

## VOTO

1. A Resolução GP 1/85 estabelece que, além de feriados nacionais, não haverá expediente nos foros judicial e extrajudicial na segunda e terça-feiras da semana do Carnaval, sendo que na *Quarta-Feira de Cinzas* o funcionamento terá início às 13h.

A rigor, portanto, existe entrave normativo para que o pleito das requerentes seja atendido.

Tenho, porém, que o atual cenário global permite que seja feita leitura da regra de forma mais condizente com a realidade, mitigando-se excepcionalmente a diretriz.

2. A dita resolução existe, digo uma platitudo, em decorrência de costumes – aí incluídos, por exemplo, os festejos culturais e os credos religiosos – que ao longo do tempo foram incorporados. O preceito surge para solidificar no arcabouço jurídico o que no plano dos fatos a sociedade estabeleceu como algo natural: a folga nos dias em que existam motivos para que a atenção fique voltada a tarefas estranhas ao trabalho. Quer dizer, as regras são traçadas para se adaptar ao contexto coletivo, não se justificando a criação de feriados sem que exista um, por assim dizer, clamor fundado.

(É evidente que existe um número elevado de pessoas que nesse período prefere realizar outras tarefas – por vezes não enxergando em tais datas algo que lhe seja próximo –, o que inclusive possibilita, em tese, o incentivo a outras atividades. Só que se deve levar em conta, para os fins aqui buscados, o que objetivamente cuida o modelo normativo: o trato do que, sob o ponto de vista democrático, se dimensionou como um valor social.)

A pandemia do *Covid-19*, a partir daí, traz contornos que refletem, de uma forma ou de outra, no substrato, pressuposto lógico para que a Resolução mencionada produza efeitos práticos. É que, relativamente ao Carnaval, o surto tem notoriamente impedido que sejam promovidas aglomerações – e referida festa, como se sabe, tem genuinamente esse resultado –, inviabilizando, na prática, a celebração. Fosse outro feriado, como aqueles de índole religiosa ou pertinentes a acontecimentos históricos, seria factível defender que o fundamento para sua manutenção; a *mens legis* da norma estaria preservada, pois evidentemente não existe o mesmo apelo de concentração de pessoas que só aquele outro reivindica. Noutros termos, a referida base racional da disciplina fica esvaída. (É certo que na origem o Carnaval também se imiscui com questões de fé, mas esse ponto hoje está esmaecido.)

Deve-se levar em conta, ainda, que se está diante de pedido de autorização para o trabalho de quem exerce função pública em caráter privado. É dizer, não lhes são impostos obstáculos burocráticos adicionais, como aqueles relacionados à contagem de prazos que inevitavelmente trazem reflexos às instituições essenciais à Justiça – e, conseqüentemente, ao próprio jurisdicionado.

Veja-se, inclusive, que já se têm notícias de que diversos entes federados têm *cancelado* o tal feriado de Carnaval. O Governador do Estado de Santa Catarina editou o Decreto 1.124/21, revogando regra anterior que estabelecia *ponto facultativo* naqueles dias. É claro que a disposição não se digladia com a Resolução deste Tribunal antes citada, haja vista surtir efeitos apenas no âmbito do Poder Executivo, mas tais encaminhamentos não podem ser meramente ignorados.

De mais a mais, tem-se, sob o ponto de vista da saúde pública, que o atendimento da serventia extrajudicial nesses dias pode inclusive contribuir para que a disseminação da doença não seja acelerada: é intuitivo que a abertura em um maior número de dias permite que o atendimento ao público – que poderia se acumular nos dias restantes da semana – seja diluído, minimizando as consequências naturais da circulação de pessoas no período.

Aliado a isso, não se pode desprezar o fator econômico mencionado pelas postulantes: a situação fiscal é frágil e os tributos ligados direta ou indiretamente às atividades cartoriais permitem o incremento das receitas e a continuidade da prestação dos serviços públicos que a sociedade exige (dentre eles, claro, o de combate à trágica pandemia) – sem dizer dos negócios privados em si que, levados à serventia, por si só movimentam significativamente a economia.

Enfim, tomo como possível, de forma muito extraordinária, autorizar que os serviços prestados pelos delegatários sejam prestados a despeito da Resolução GP 1/1985 deste Tribunal de Justiça.

3. Esclareço, de todo modo, que as particularidades de cada serventia não podem resultar em obstáculo à prestação da atividade de forma ampla, em todo território estadual. Ainda que o pleito tenha vindo muito próximo ao feriado por motivos óbvios – a pandemia tem se demonstrado como um desafio não só sanitário, mas identicamente exigindo que todos se adaptem rapidamente na medida em que o combate ao vírus não se desenvolve de forma eficaz –, é justo que ao cidadão seja conferida previsibilidade.

A abertura facultativa, a partir daí, representaria vulnerar o próprio direito do usuário, que ficaria alijado da prestação de um serviço que exige uniformidade – o princípio da continuidade dos serviços públicos pode por analogia ser lembrado.

Ademais, está-se diante de pedido apresentado por legitimados extraordinários, que trazem aspiração advinda de grudo de delegatários. A situação, a partir daí, digo outra obviedade, deve ser enfrentada sob o ponto de vista comum, não individual. É dizer, eventuais descontentamentos quanto à abertura, ainda que legítimos, são isolados e dão passagem ao que os substitutos simbolizam de forma mais ampliada.

**Enfatizo, desse modo, que essa disciplina transitória e excepcional se aplique a todas as serventias, de sorte que incidam a eles, sem exceção, como de normal expediente os dias mencionados.**

4. Assim, voto por julgar procedente o pedido, estabelecendo o expediente normal da serventia extrajudicial entre os dias 15 e 17 de fevereiro de 2021.

Intimem-se, cientificando-se ainda o Gabinete de Acompanhamento da Situação da *Covid-19* a respeito da presente decisão, nos termos do § 2º do art. 10 da Resolução Conjunta GP/CGJ 5/2020.

É o voto.

**Desembargador Hélio do Valle Pereira**

**Relator**



## Consulta n. 0002024-30.2021.8.24.0710

Relator: Desembargador Dinart Francisco Machado

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONVERTIDO EM CONSULTA. ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DE SANTA CATARINA (ANOREG-SC) E OUTRAS ENTIDADES. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO DA PRÁTICA DE COBRANÇA MENSAL DOS EMOLUMENTOS. REVISÃO DE ENTENDIMENTO DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA. REMUNERAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES POR MEIO DOS EMOLUMENTOS. POSSIBILIDADE DE GESTÃO PELOS DELEGATÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA NA LEI COMPLEMENTAR N. 755/2019. ACOLHIMENTO DO PEDIDO. ESTABELECIMENTO DE REGRAS PARA ADOÇÃO DA COBRANÇA MENSAL CONCENTRADA DOS EMOLUMENTOS. NECESSIDADE PARA PADRONIZAÇÃO, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO. 1) CADASTRAMENTO DOS USUÁRIOS QUE SE VALERÃO DA MODALIDADE DE COBRANÇA; 2) DEFINIÇÃO DO DIA 10 (DEZ) DO MES SEGUINTE PARA PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS DURANTE O MES; 3) BLOQUEIO NO CADASTRO DOS USUÁRIOS INADIMPLENTES E PROTESTO DOS DÉBITOS PENDENTES.

CONSULTA CONHECIDA E RESPONDIDA NO SENTIDO DA ADMISSIBILIDADE DA COBRANÇA MENSAL DE EMOLUMENTOS COM OBEDIÊNCIA ÀS DIRETRIZES DEFINIDAS POR RESOLUÇÃO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Consulta n. 0002024-30.2021.8.24.0710, em que são consulentes Associação dos Notários e Registradores do Estado de Santa Catarina - ANOREG-SC, Colégio Notarial do Brasil - Seção Santa Catarina (CNB/SC), Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil - Seção Santa Catarina (IEPTB/SC), Associação dos Registradores Civis das Pessoas Naturas de Santa Catarina – ARPEN/SC, e Instituto de Registros de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas de Santa Catarina – IRTDPJ/SC:

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, por conhecer da presente consulta e por respondê-la no sentido de não haver vedação legal e, portanto, ser admissível a cobrança concentrada dos emolumentos na forma mensal, observando-se as seguintes diretrizes: 1) Cadastramento dos usuários que se valerão da forma concentrada para pagamento mensal dos emolumentos; 2) Estabelecer o dia 10 (dez) do mês seguinte como limite para o pagamento dos emolumentos devidos pelos serviços prestados durante o mês; 3) Determinar a exclusão ou bloqueio no cadastro dos habilitados ao procedimento de cobrança pela forma de “mensalistas” dos usuários inadimplentes com a realização do imediato protesto dos débitos pendentes. Também, por votação unânime, aprovou a proposta de resolução que regulamenta a matéria.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo Roesler, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Salim Schead dos Santos, Soraya Nunes Lins, Volnei Celso Tomazini, Roberto Lucas Pacheco, Odson Cardoso Filho, Hélio do Valle Pereira, Júlio César Machado Ferreira de Melo e José Agenor de Aragão. Declarou impedimento o Des. João Henrique Blasi.

Participou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 8 de fevereiro de 2021.

**Desembargador Dinart Francisco Machado**

**RELATOR**

## **RELATÓRIO**

Associação dos Notários e Registradores de Santa Catarina (Anoreg-SC), Colégio Notarial do Brasil - Seção Santa Catarina (CNB/SC), Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil - Seção Santa Catarina (IEPTB/SC), Associação dos Registradores Cíveis das Pessoas Naturais de Santa Catarina - ARPEN/SC, e Instituto de Registros de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas de Santa Catarina - IRTDPJ/SC, apresentaram pedido de reconsideração e caso não acolhido, recurso administrativo ao Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial sobre alguns pontos de uma decisão proferida nos autos 0000429-06.2019.8.24.0600.

Originalmente os consulentes apresentaram pedido de providências ao Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial relacionado com diversos pontos de constatações realizadas em correções da Corregedoria nas serventias extrajudiciais. Tal pedido de providências foi analisado sendo indeferidos os pleitos, em decisão proferida em 28-5-2020.

Diante do indeferimento dos pleitos, as entidades apresentaram recurso administrativo postulando a reconsideração ou submissão do recurso ao Conselho da Magistratura.

No tocante à cobrança na forma de mensalistas, diante da modificação do entendimento do Corregedor, no sentido de ser admissível, foi determinada a conversão desse ponto em consulta para submissão ao Conselho da Magistratura.

Os consulentes aduziram em seu pedido de reconsideração os seguintes argumentos:

III.IV. Do item do Parecer 2.4. Usuários mensalistas dos serviços extrajudiciais notariais e registrais.

67. O Exmo. Senhor Juiz-Corregedor, em Parecer acolhido pelo Exmo. Desembargador Corregedor Geral de Justiça, afirmou que:

A Constituição Federal de 1988, alterando o sistema legal anterior, dispõe em seu artigo 236, caput, que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. A Lei Federal n. 8.935/94, em conformidade com a Constituição Federal, atribui aos Notários e Registradores o gerenciamento administrativo e financeiro da unidade do serviço extrajudicial (art. 21): (...) Por sua vez, a remuneração pelos serviços extrajudiciais de notas e de registro é feita mediante recebimento de emolumentos, com natureza tributária de taxa segundo foi decidido pelo egrégio Supremo Tribunal Federal (ADI 3694, Relator: Min. SE- PÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2006, DJ 06-11-

2006 PP-00030 EMENT VOL02254-01 PP-00182 RTJ VOL00201-03 PP-00942 RDDDT n. 136, 2007, p. 221). No Estado de Santa Catarina, os emolumentos estavam previstos na Lei Estadual Complementar n. 156/97, editada em conformidade com as regras gerais da Lei n. 10.169/2000. Atualmente vige a Lei Complementar n. 755, de 26 de dezembro de 2019 (vigência a partir de 26.03.2020). As entidades de classe, como visto, asseveram que inexistente qualquer vedação no procedimento de mensalistas nos serviços notariais e registrais, porquanto não há isenção ou cobrança parcial de qualquer valor de emolumentos ou prejuízo ao erário. Ainda, alegam que há aquisição e pagamento antecipado do Selo Digital de Fiscalização e devida quitação dos tributos incidentes. Ademais, a prática atende aos interesses público, social e dos usuários. Porém, data venia, as normas citadas se referem a atos de outra natureza, distintos dos que aqui estão em mira. Diante da natureza da delegação outorgada para a prestação dos serviços extrajudiciais de notas e de registro, da autonomia para o gerenciamento administrativo e financeiro das unidades pelo titular de delegação, da natureza dos emolumentos, o fato é que não se pode, aqui, no âmbito administrativo, em que impera o princípio da legalidade estrita, dar aos dispositivos invocados pelas entidades requerentes a elasticidade pretendida, que não se coaduna com o deles efetivamente estabelecido. Da sua leitura pode assim se verificar. A respeito, dispunha o artigo 24 da LC n. 156/97: (...) A única hipótese de pagamento diferido é aquela relativa à postecipação dos emolumentos de protesto prevista no §1º do citado art. 24. A nova lei de emolumentos - Lei Complementar n. 755/2019, em seu art. 4º, atualmente dispõe: Art. 4º Os emolumentos têm por fato gerador a prestação de serviço de notas ou de registro e serão devidos pelo sujeito passivo a partir do requerimento do serviço, ressalvada disposição diversa prevista em lei. No atual regimento de emolumentos, portanto, não há permissivo que atenda a tese sustentada pelos requerentes, uma vez que os emolumentos deverão ser pagos a partir do requerimento do serviço, ou seja, da data do pedido formulado pela parte interessada (SEI 0000429-06.2019.8.24.0600/pgs. 75-76).

68. Corretamente, o Parecer do Exmo. Juiz Corregedor aponta que os emolumentos são espécie do gênero tributo. A doutrina de Ricardo Lobo Torres leciona que:

Distinção que se há de fazer inicialmente é entre tempo do fato gerador e tempo do pagamento. Aquele é um dos aspectos do elemento objetivo da hipótese de incidência, totalmente subordinado ao princípio da reserva da legalidade previsto no art. 97, III, do CTN. O tempo de pagamento entende a data prevista para que o sujeito passivo pague o crédito tributário, extinguindo a obrigação, e não está vinculado ao princípio da legalidade, podendo ser fixado por ato do próprio Executivo. Às vezes a doutrina e a jurisprudência confundem os dois aspectos (...)10.

69. A diferença sobre o tempo do fato gerador e o tempo do pagamento é claramente adotada no Código Tributário Nacional: “Art. 160. Quando a legislação tributária não fixar o tempo do pagamento, o vencimento do crédito ocorre trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado do lançamento”.

70. O fato gerador dos emolumentos notariais e registrais é a prestação dos serviços, sendo exigível o pagamento do tributo pelo delegatário (sujeito ativo) do usuário (sujeito passivo), a partir do requerimento do serviço, nos termos do artigo 4º, Novo Regimento de Emolumentos. A LCE nº. 755/2019 previu que esse pagamento ocorrerá da data do requerimento até o termo final do prazo prescricional do crédito tributário.

71. Desse modo, o artigo 4º, LCE nº. 755/2019, estabelece que os emolumentos se tornam exigíveis a partir do requerimento do serviço, mas não se encontram vencidos na data do pedido formulado. Em verdade, essa obrigação vencerá, quando o delegatário apresentar a conta, observando-se obviamente o prazo prescricional do crédito tributário.

72. Dessa forma e ao contrário do exposto no Parecer do Exmo. Juiz Corregedor, inexistente qualquer obrigação legal de os delegatários exigirem necessariamente o pagamento dos emolumentos na data do requerimento do serviço. Por sua vez, nos termos do artigo 21, Lei Federal nº. 8.935/1994, o delegatário, exercendo suas autonomias gerencial e financeira, pode optar por não apresentar a conta ao sujeito passivo no momento

do requerimento do serviço, reunindo todos os emolumentos devidos pelo usuário para adimplemento conjunto em determinado dia do mês.

73. Os Notários e os Registradores exercem atividades típicas, assim como desempenham funções administrativas e de gestão. Nesse aspecto, “Art. 41. Incumbe aos notários e aos oficiais de registro praticar, independentemente de autorização, todos os atos previstos em lei necessários à organização e execução dos serviços [...]”, conforme dispõe a Lei Federal nº. 8.935/1994. Desse modo, o emprego da sistemática dos mensalistas encontra-se plenamente prevista na organização e execução dos serviços extrajudiciais. Nesse sentido, a doutrina assevera que: “Importante ressaltar que a atuação [fiscalizatória] do Judiciário deve ser direcionada para os aspectos estruturais dos serviços, respeitando a esfera privada e a atuação do registrador como profissional jurídico [...]”<sup>11</sup>.

74. Sobre a prática de mensalistas, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo possui entendimento pela sua plena juridicidade e legalidade, desde que os valores a serem repassados aos órgãos públicos sejam realizados no momento da prática dos atos, in verbis:

Não se ignora a prática da prestação de serviços para “clientes mensalistas” que têm essa denominação porque pagam os emolumentos devidos pela prestação dos serviços notariais ao final do mês, ou com outra periodicidade contratada com o Tabelião de Notas. Contudo, os repasses das parcelas dos emolumentos devidas aos credores relacionados no art. 19 da Lei Estadual nº 11.331/2002 devem ser promovidos nos prazos previstos no art. 12 da referida Lei, independentemente da data em que os emolumentos forem pagos ao Tabelião de Notas pelos usuários dos serviços. Assim, o Tabelião de Notas que contrata com clientes mensalistas deve ter recursos suficientes para promover os repasses dos emolumentos considerando como vencimentos dessas obrigações as datas em que os serviços forem efetivamente prestados, embora somente venha a receber os emolumentos nas datas que forem pactuadas com os seus clientes. (TJSP, PROCESSO Nº 2018/93408 - PINDAMONHANGABA - P. T. C. M. Data inclusão: 12/09/2018, Desembargador GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça).

75. Frisa-se que os delegatários que empregam a sistemática de mensalistas em Santa Catarina promovem a aquisição e o pagamento antecipado do Selo Digital de Fiscalização, além da devida quitação dos tributos incidentes.

76. O Exmo. Juiz Corregedor ainda assevera que:

Isso posto, ainda que as entidades insistam que não estejam pleiteando isenção, mas diferimento do pagamento para o final do ato realizado, o raciocínio, em termos práticos, é o mesmo. Em hipóteses semelhantes, as normas que concedem isenções ou benefícios devem ser interpretadas de forma estrita, não podendo o hermeneuta conceder ampliações ao arripio do texto legal, sob pena de propiciar indevidos privilégios e afronta ao princípio da reserva legal. A lógica é a mesma no que tange à interpretação dos antes mencionados artigos expressamente restritos aos atos propriamente ditos. Por mais que se reconheça o bom propósito e as melhores intenções na manifestação dos requerentes, não há, data maxima venia, como dispensar os usuários do serviço, pura e simplesmente, do recolhimento imediato dos emolumentos devidos, quanto aos serviços extrajudiciais prestados pelo tabelião, com diferimento, para que este seja compelido a aguardar o pagamento ao final da semana ou do mês. Por mais que pareça um rigor excessivo, o diferimento gera riscos, como por exemplo, a hipótese de uma eventual quebra da empresa que teve um recolhimento de emolumento diferido, acarretando um prejuízo (o momento atual de enfraquecimento da economia em decorrência da crise pandêmica reforça tal preocupação). Outro exemplo se refere às hipóteses de serventias ocupadas por interinos, cujo prejuízo causado por diferimento de recolhimento de emolumento não adimplido ocasionaria um ônus indevido para o Estado. Tais exemplos reforçam a necessidade de que a mais estrita legalidade seja observada. Portanto, tem-se por vedada a prática de cobrança parcial ou de não cobrança de emolumentos, ressalvadas as hipóteses de isenção, não incidência ou diferimento previstas na

legislação específica, de modo que eventual postergação da cobrança de emolumentos nos termos propostos deve ser matéria objeto de lei, após o necessário estudo acerca da viabilidade. A título de sugestão, para melhor fluidez do serviço prestado a empresas, ressalta-se a possibilidade de utilização de meios facilitadores de pagamento, como cartão de débito (art. 11, § 2º, da LC n. 755/2019), inclusive com a disponibilização em sítio eletrônico da serventia, ou por transferência bancária, o que dispensa o deslocamento do usuário até a serventia (SEI 0000429- 06.2019.8.24.0600/pgs. 76-77).

77. Em primeiro lugar, a possibilidade de utilização de pagamento como cartão de débito ou transferência bancária são relevantes mecanismos facilitadores de pagamento. De outro lado, a adoção destes instrumentos não obsta a importante e antiga prática do mensalista, na qual em um dia do mês os valores dos serviços prestados são pagos, facilitando a gestão financeira e a organização de negócios tanto de pessoas físicas que utilizam com frequência as atividades delegadas como das empresas que necessitam da prática de atos notariais e registrais. Desse modo, essa forma de organização administrativa e financeira do recebimento dos emolumentos apenas auxilia na prestação eficiente e adequada dos serviços delegados, conforme art. 4º, Lei Federal nº. 8.935/1994, inexistindo qualquer ilegalidade ou vedação na legislação de regência, conforme visto acima.

78. O antigo Regimento de Custas e Emolumentos já previa a possibilidade mensalistas: “§ 1º. Salvo disposição em contrário, os notários e os registradores poderão exigir depósito prévio dos valores relativos aos emolumentos e das despesas pertinentes ao ato, fornecendo aos interessados, obrigatoriamente, recibo com especificação de todos os valores”, conforme redação do art. 24 até o advento da Lei Complementar Lei Complementar n. 729, de 17 de dezembro de 2018, inexistindo assim obrigatoriedade desse depósito prévio no momento do requerimento do serviço notarial e registral.

79. De outro lado, sob a redação da Lei Complementar nº. 729, de 17 de dezembro de 2018, em algumas correções indicou-se a impossibilidade da realização da prática dos mensalistas ou correntistas, alegando-se que se encontrava vedada em razão deste dispositivo: “Art. 24. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, quando da distribuição de petição inicial, de petição avulsa ou de requerimento às serventias extrajudiciais, deverá a parte ou o interessado comprovar o recolhimento do total das custas e despesas judiciais, dos emolumentos e dos valores devidos ao Fundo de Reaparelhamento da Justiça (FRJ), se a eles se sujeitar a ação ou o ato. § 1º Não será exigível o depósito prévio dos valores relativos aos emolumentos e às despesas pertinentes aos serviços extrajudiciais de protesto, com exceção dos valores devidos ao Fundo de Reaparelhamento da Justiça (FRJ) e da taxa de distribuição de títulos, na apresentação de I – sentenças judiciais; II – títulos e outros documentos que comprovem a dívida pelas concessionárias e permissionárias de serviços públicos de ente federal, estadual e municipal, assim como pelas empresas públicas e sociedades de economia mista; e III – títulos e outros documentos que comprovem a dívida por pessoas físicas e jurídicas não enquadradas no inciso II, quando realizarem convênio com o Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil – Seção de Santa Catarina. § 2º Os valores dos emolumentos e das despesas relacionadas ao ato, conforme previsão do § 1º deste artigo, serão pagos: I – no ato elisivo do protesto, pelo devedor; II – no ato de desistência do protesto, pelo apresentante; III – no cancelamento do protesto, pelo solicitante; ou IV – na sustação definitiva ou no cancelamento do protesto por decisão judicial, pelo sucumbente”. Esses dispositivos legais jamais buscaram proibir a prática de mensalista, e sim regulamentar com mais detalhe a postecipação de emolumentos nas atividades de protesto extrajudicial.

80. De qualquer forma, o objetivo da adoção do art. 4º, da LCE nº. 755, de 2019, foi exatamente encerrar eventual discussão sobre a impossibilidade da realização da prática de mensalista/correntista, pois claramente permite. Devese ressaltar que, além de ser prática antiga do Estado de Santa Catarina, é procedimento adotado em diversos Estados da Federação, citando, por exemplo: 20º Cartório Itaim Bibi12 - São Paulo/SP, 3º Ofício de Notas e 1º RTDPJ – Fortaleza/CE13, Serviço Distrital do Boqueirão -Curitiba/PR14, 2º Ofício de Notas – Juazeiro/BA15 e 2º Tabelionato de Notas - Anápolis/GO16.

81. Sobre os dois exemplos apresentados, apesar da relevância, não reforçam a necessidade de vedar a prática social e eficiente do mensalista. O período social atual exige cuidados, evitando aglomerações e contatos sociais desnecessários. Nesse contexto, não exigir pagamentos imediatos para todos os atos, os quais com frequência são realizados diretamente no caixa dos Ofícios Extrajudiciais, auxilia na manutenção de baixo índice de contágio nas atividades notariais e registras catarinenses. Ainda, há meios eficazes para a cobrança de emolumentos dos usuários, após o requerimento do serviço e em virtude de eventual inadimplemento, como a propositura de ação de cobrança, assim como é possível utilizar o protesto extrajudicial ou propor execução de título executivo extrajudicial: “XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei”.

82. Desse modo, o legislador federal expressamente previu a possibilidade de se praticar os atos notariais e registras com a cobrança posterior dos emolumentos. Em caso contrário, esse dispositivo legal não teria qualquer função, pois sempre o pagamento dos atos deveria ocorrer antes da sua realização, reforçando assim a legalidade da prática de mensalista.

83. Nos termos do art. 236, § 3º, CF/88, o exercício da delegação interinamente é prática excepcional e temporária, porque “§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses”. De outro lado, é precisa a lição doutrinária de Maurício Zockun ao afirmar que:

Com efeito, sendo privada a execução dessa função pública, os valores dos emolumentos pagos por cada ato notarial e de registro praticado se caracterizam como receita privada, a despeito de ter sido instituída pelo Poder Público. A natureza de receita privada dos emolumentos não é desnaturada pelo fato de ela ser uma taxa. Primeiro porque há constitucional destinação do produto de sua arrecadação aos notários e registradores, caso de típica parafiscalidade, situação reveladora de que sua instituição é pública, mas sua destinação, na hipótese, é privada<sup>17</sup>.

84. A situação excepcional e temporária dos interinos não justifica, com a máxima vênia, obstar a legal prática, com enormes impactos sociais positivos, dos mensalistas e correntistas. Os interinos devem manter bom controle dos emolumentos a serem pagos pelos correntistas e mensalistas, utilizando-se dos mecanismos jurídicos postos para cobrança em caso de inadimplência.

85. A proibição da prática dos mensalistas sob o argumento de que os interinos não poderiam realizá-la é incorreta juridicamente, pois é possível que os interinos pratiquem adequadamente esse modelo. Ainda, essa vedação impõe racionalidade diversa do exercício privado da delegação que deveria guiar a prestações desses serviços por expressa determinação constitucional. Nesse sentido, o Exmo. Ministro Marco Aurélio corretamente pontua:

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800, designado para redigir o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, e no da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 5, relator Ministro Nelson Jobim, ocorridos em 11 de junho de 2007, fiz ver: Uma nova realidade foi inaugurada com a Carta de 1988, dandose ênfase à atuação cartorária “em caráter privado”. (...) O Estado, pela simples circunstância de lançar mão da delegação, não pode, sob pena de desrespeitar-se o texto da própria Carta da República, chegar ao ponto de inviabilizar o serviço que esta delegação visa a alcançar (STF, ADPF 194, Voto Lançado em 26/06/2020).

86. Com a máxima vênia, a Lei nº. 755/2019 estabeleceu que: “Art. 3º Os emolumentos serão lançados e recolhidos de acordo com as normas editadas pelo Conselho da Magistratura, observado o disposto nesta Lei Complementar e na legislação pertinente”. Desse modo, é possível que o Colendo Conselho da Magistratura, desde que respeite o artigo 4º do Novo Regimento de Emolumentos (exigibilidade dos emolumentos a



partir do requerimento do serviço até o prazo prescricional dos créditos ou pelo menos reconhecer que o vencimento do crédito pode ocorrer em até 30 dias do requerimento), regulamente a questão com especial ênfase para os delegatários interinos, porém inexistiria competência legal para a Colenda Corregedoria Geral do Foro Extrajudicial, com as devidas vênias, vedar a prática legal de mensalistas.

Com a determinação de autuação do ponto em separado para encaminhamento como consulta ao Conselho da Magistratura, os autos foram distribuídos.

É o relatório.

## VOTO

Trata-se de consulta formulada pela Associação dos Notários e Registradores de Santa Catarina (Anoreg-SC), Colégio Notarial do Brasil - Seção Santa Catarina (CNB/SC), Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil - Seção Santa Catarina (IEPTB/SC), Associação dos Registradores Cíveis das Pessoas Naturas de Santa Catarina - ARPEN/SC, e Instituto de Registros de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas de Santa Catarina - IRTDPJ/SC, quanto à possibilidade de cobrança de seus emolumentos na forma de mensalistas.

Direcionada inicialmente ao Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial, foi remetida a este colendo Conselho da Magistratura, com fulcro no art. 3º da Lei Complementar Estadual n. 755/2019 e no art. 6º, parágrafo único, I, 'h', do Regimento Interno do Conselho da Magistratura.

Conforme constou do parecer elaborado pelo Dr. Rafael Maas dos Anjos, Juiz-Corregedor Auxiliar do Núcleo IV, as entidades consulentes,

em duas oportunidades (datas 28-3-2019 e 28-2-2020) formularam manifestação conjunta no processo 0000429-06.2019.8.24.0600 solicitando, dentre outros pedidos, permissão para manutenção de “mensalistas” nos serviços extrajudiciais [...] Aludidas manifestações foram sequencialmente inacolhidas, em síntese, sob a alegação de que o pagamento da taxa deveria ser imediato, de acordo com as normas tributárias, e que a possibilidade de mensalistas, diferindo o pagamento para o final do ato realizado, em termos práticos, seria similar a uma isenção (docs. ns. 2797865 e 4704441). [...].

Por medida de praticidade, transcrevo os fundamentos do parecer que foram por mim acolhidos integralmente:

Num exame mais acurado sobre o tema e em consideração a praxe notarial no Estado e no restante do país, mostra-se recomendável reanalisar as alegações aventadas. Apesar do conteúdo da decisão anterior, uma nova análise sobre o tema demanda redimensionamento das conclusões previamente adotadas. Pois bem.



Os emolumentos são a remuneração fixada por lei aos notários e registradores pelo serviço por eles prestado (arts. 236 da CF, 29 da Lei n. 8.935/1994 e 11 da LCE n. 755/2019). Entretanto, essa remuneração possui natureza tributária de taxa *sui generis*, tendo em vista ser o modo de retribuição paga pelos próprios usuários do serviço delegado aos notários e registradores. Afinal, não há como ignorar que os emolumentos também se sujeitam ao regime jurídico constitucional-tributário e obedecem ao princípio da legalidade, da anterioridade, da isonomia, entre outros.

O princípio da legalidade no direito tributário condiciona a criação e a cobrança dos tributos à existência de lei em sentido estrito, sendo vedada a imputação de uma obrigação tributária sem regra previamente estabelecida.

A Lei Federal n. 10.169/2000 estabelece as normas gerais à fixação de emolumentos em contrapartida dos atos praticados pelos serviços notariais e registrais. Em Santa Catarina, a Lei complementar n. 755/2019 dispõe sobre os emolumentos no Estado de Santa Catarina, definindo, expressamente, as obrigações tributárias inerentes à prestação do serviço respectivo.

Referida Lei Estadual preceitua em seu art. 4º que “os emolumentos têm por fato gerador a prestação de serviço de notas ou de registro e serão **devidos** pelo sujeito passivo **a partir do requerimento do serviço**, ressalvada disposição diversa prevista em lei” (grifei). Efetivamente, observando a redação do referido artigo, denota-se que os emolumentos podem ser pagos “a partir” do requerimento. Portanto, não há exigência concreta de que o pagamento deva ser efetuado imediatamente no requerimento. “A partir de” é uma locução prepositiva, a qual tem por significado “desde” ou “a começar de”. Em outras palavras, é uma locução utilizada para marcar o início de uma contagem.

Ademais, o dispositivo acima delimita uma singularidade da obrigação decorrente do serviço notarial ou registral: o fato gerador do tributo consiste na prestação do serviço, mas a exigibilidade dos emolumentos pode acontecer desde o requerimento. Note-se: o legislador utilizou a palavra “devidos”, e não “exigidos”. Isso denota sua pretensão concreta de vincular a exigibilidade (o direito de exigir, e não a exigência em si) ao requerimento do serviço. Em síntese, conclui-se: os emolumentos até podem ser cobrados desde o requerimento, mas a legislação vigente não traz isso como obrigação do registrador/notário, mas como sua faculdade.

Assim, salvo melhor juízo, não há, no ordenamento jurídico catarinense, óbice legal à cobrança concentrada e mensal dos emolumentos pelas serventias registrais e notariais. Não por acaso, o Provimento n. 86/2019 do Conselho Nacional de Justiça possibilitou o pagamento postergado de emolumentos devidos pela apresentação de títulos ou outros documentos de dívida para protesto. Esta modalidade de cobrança, porém, demanda respaldo e regulação do Conselho da Magistratura, órgão legalmente responsável pela interpretação e definição da forma de recolhimento dos emolumentos (art. 3º e art. 11, §1º, LCE n. 755/2019).

Esta Corregedoria considera oportuno e conveniente o acolhimento do pleito da classe. Afinal, neste ponto, a atuação administrativa de regulamentação deste Tribunal de Justiça deve compreender uma dimensão catalisadora da organização econômica da sociedade, principalmente quando a organização econômica não viola o Direito.

Em verdade, ao contrário de fazer adequar a sociedade às exigências jurídicas, os arranjos institucionais públicos devem, sempre quando possível, contemplar e otimizar as dinâmicas econômicas em favor da sociedade e da nação brasileiras. No presente caso, além de inexistir contrariedade ao Regimento de Emolumentos, a prática poderá contemplar uma diversidade maior de relações e realidades econômicas no Estado de Santa Catarina, reforçando o protagonismo do serviço registral e notarial catarinense.

Todavia, a natureza tributária dos emolumentos exige uma definição de um limite ao pagamento, sob pena de inviabilizar a fiscalização e verificação da quitação dos valores exigidos por lei. Do contrário, os

princípios constitucionais da isonomia tributária e legalidade entram numa área fático-jurídica de proteção deficiente pelo Estado. Neste visio, mostra-se lógico e recomendável adotar como limite ao pagamento dos emolumentos a lavratura do ato/serviço.

Esse raciocínio merece prestígio porque, além da dimensão de isonomia tributária, a percepção dos emolumentos não é homogênea nas serventias extrajudiciais. Em verdade, há três modalidades distintas em operação no Estado: a) delegação, b) intervenção e c) interinidade.

Na delegação, o registrador/notário pela serventia figura como concursado e recebe o serviço notarial/registrar em delegação do Estado. Nesta modalidade, mantidas as exigências estruturais e funcionais mínimas da serventia, o delegatário possui direito à percepção integral dos emolumentos recebidos.

Na intervenção, o registrador/notário figura como nomeado pela Corregedoria para prestar o serviço notarial e registrar, enquanto perdura o afastamento do delegatário decorrente de Procedimento Administrativo Disciplinar. Nesta modalidade, o responsável recebe uma remuneração fixada pela Corregedoria. Os valores dos emolumentos são depositados pela metade ao delegatário afastado e pela outra metade em conta especial - a depender do julgamento, o interventor poderá levantar esta quantia em benefício próprio.

Na interinidade, o registrador/notário figura como nomeado pela Corregedoria para administrar uma serventia vaga até o provimento respectivo por concurso público. Nesta modalidade, o responsável poderá receber uma remuneração mensal condicionada a um teto definido pela Corregedoria - os valores excedentes são direcionados ao Fundo de Reparelhamento da Justiça.

Assim, mostra-se financeira e contabilmente relevante estabelecer um limite à quitação dos emolumentos, sob pena de fragilização das contas do Poder Público e dos delegatários afastados.

É neste sentido a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, esposada no recurso administrativo cumulado com pedido de reconsideração (doc. 5286678, p. 40):

Não se ignora a prática da prestação de serviços para “clientes mensalistas” que têm essa denominação porque pagam os emolumentos devidos pela prestação dos serviços notariais ao final do mês, ou com outra periodicidade contratada com o Tabelião de Notas. Contudo, os repasses das parcelas dos emolumentos devidas aos credores relacionados no art. 19 da Lei Estadual nº 11.331/2002 devem ser promovidos nos prazos previstos no art. 12 da referida Lei, independentemente da data em que os emolumentos forem pagos ao Tabelião de Notas pelos usuários dos serviços. Assim, o Tabelião de Notas que contrata com clientes mensalistas deve ter recursos suficientes para promover os repasses dos emolumentos considerando como vencimentos dessas obrigações as datas em que os serviços forem efetivamente prestados, embora somente venha a receber os emolumentos nas datas que forem pactuadas com os seus clientes. (TJSP, PROCESSO N2018/93408 - PINDAMONHANGABA - P. T. C. M. Data inclusão: 12/09/2018, Desembargador GERALDO FRANCISCO PINHEIRO FRANCO, Corregedor Geral da Justiça).

Logo, a adoção da data limite consiste numa medida contábil relevante à fiscalização deste órgão e à garantia do repasse dos valores respectivos aos delegatários afastados e ao Fundo de Reparelhamento da Justiça. Neste sentido, com objetivo de contemplar a diversificação dos métodos de cobrança e pagamento dos atos registrais e notariais das serventias, sugere-se a seguinte sistemática.

A critério do responsável, a serventia poderá efetuar um cadastro dos usuários que utilizem reiteradamente os serviços notariais/registrais em intervalos mensais. A cobrança dos emolumentos aos usuários mensalistas deverá efetivar-se até o dia 10 de cada mês quanto aos atos notariais requeridos ou praticados no mês anterior. Por exemplo, se um usuário cadastrado como mensalista efetua três reconhecimentos de firma no mês de março, a serventia deverá cobrar os respectivos serviços até o dia 10 de abril. Na hipótese de inadimplência, os delegatários poderão efetuar o bloqueio do cadastro de mensalista dos usuários e levar o débito correspondente a protesto - ambas providências (bloqueio do cadastro e débito a protesto) devem ser obrigatórias aos interinos e aos interventores.

De toda sorte, recomenda-se ao colendo Conselho da Magistratura a regulamentação do tema, para melhor parametrizar os procedimentos no Estado e possibilitar uma prática fiscalizatória segura à Corregedoria e, sobretudo, aos responsáveis pelas serventias extrajudiciais e ao próprio usuário do sistema. Desde já, esta Corregedoria, por meio do Núcleo IV-Extrajudicial, coloca-se à disposição do Conselho para auxiliar na elaboração da normativa.

Portanto, em atenção aos fundamentos amealhados, mostra-se adequado e recomendável o acolhimento da pretensão das entidades/associações de classe sobre o tema em exame.

Pois bem.

Não se descarta que a Lei Complementar n. 755/2019, no que se refere ao protesto, estabeleceu de forma bem específica o momento do pagamento:

Art. 59. Os serviços de protesto serão prestados **independentemente de depósito prévio de valores de emolumentos e de qualquer outra despesa, com exceção dos valores devidos ao Fundo de Reparcelamento da Justiça e da taxa de distribuição de títulos.**

Parágrafo único. O protesto das certidões de dívida ativa devidamente inscritas da União, dos Estados, dos Municípios, de suas autarquias e fundações não depende de depósito prévio do Fundo de Reparcelamento da Justiça e da taxa de distribuição.

Art. 60. Os valores de emolumentos, os destinados ao Fundo de Reparcelamento da Justiça, estes quando devidos, e de outras despesas, **serão pagos:**

**I – pelo interessado, no ato de desistência do protesto;**

II – pelo devedor, no ato do pagamento do título ou do documento de dívida; e

III – pelo devedor ou outro interessado, no ato de cancelamento do protesto.

Parágrafo único. O cálculo, a cobrança e o recolhimento dos emolumentos serão realizados:

I – na data do protocolo do título, quando do pagamento, aceite, devolução ou desistência; ou

II – na data do pedido ou do recebimento da recepção da ordem, quando do cancelamento ou da sustação definitiva do protesto.

Entretanto, conforme estabelece o § 1º do art. 11 da Lei Complementar Estadual nº 755/201: “§ 1º A forma de recolhimento dos emolumentos será regulamentada por ato do Conselho da Magistratura, que poderá autorizar o repasse ao contribuinte de custos e encargos incidentes em sua cobrança”.

Diante disso, considerando notadamente o disposto no Art. 4º da LC n. 755/2019, que possibilita uma interpretação favorável ao pedido das entidades de classe, como também a prática adotada por diversas serventias extrajudiciais neste Estado, que também é disseminada em outras unidades da Federação, e inclusive autorizada por outros tribunais, como a Corregedoria do TJSP, é conveniente que seja autorizada e regrada para que haja uma padronização no modelo de cobrança,

permitindo a fiscalização uniforme das serventias que se valerem da forma concentrada de cobrança mensal dos emolumentos.

Destaco que o presente acórdão trata da **cobrança de emolumentos** na forma de mensalistas. No tocante à **obrigatoriedade do recolhimento prévio dos valores devidos da Taxa de Serviços Judiciais (TSJ) incidentes na distribuição dos títulos e documentos para protesto, e da taxa do Fundo de Reparçamento da Justiça (FRJ)**, há discussão a respeito no Pedido de Providências n. 0087250-71.2019.8.24.0710, que se encontra em fase de estudos no âmbito da d. Presidência deste e. Tribunal de Justiça, razão pela qual o tema não integra o regramento quanto à forma concentrada de pagamento que se analisa no presente procedimento.

Propõe-se as seguintes regras:

- 1) Cadastramento dos usuários que se valerão da forma concentrada para pagamento mensal dos emolumentos;
- 2) Estabelecer o dia 10 (dez) do mês seguinte como limite para o pagamento dos emolumentos devidos pelos serviços prestados durante o mês anterior;
- 3) Determinar a exclusão ou bloqueio no cadastro dos habilitados ao procedimento de cobrança pela forma de “mensalistas” dos usuários inadimplentes com a realização do imediato protesto dos débitos pendentes.

Nesse ponto, no tocante às regras propostas, cabe uma última ressalva. Em memoriais entregues pessoalmente pelo ilustre causídico representantes das entidades consulentes - o qual se junta de ofício ao presente feito (doc. 5334742) -, aventou-se a possibilidade de regradar de forma distinta a cobrança de emolumentos na forma de mensalistas para interinos, interventores e delegatários.

Sugeriu-se que a regra acima - item 2 -, que estabelece o dia 10 (dez) do mês seguinte como limite para o pagamento dos emolumentos devidos pelos serviços prestados durante o mês anterior prevaleça apenas para interinos e interventores. Em relação aos delegatários, cogitou-se da fixação do prazo de 1 (um) ano para a cobrança, considerando para tanto o caráter peculiar da sua atividade, o prazo prescricional de um ano previsto no art. 206 do Código Civil e eventual lacuna legislativa a respeito.

Todavia, em que pese se reconheça boas intenções na sugestão, faz-se importante salientar que o tratamento diferenciado em regra que interfere na gestão das serventias afigura-se não recomendável. Há razões variadas para tal conclusão, citando-se algumas: (i) a uma porque a padronização normativa se faz necessária para evitar concorrência desigual entre interinos, interventores e delegatários, que exercem, por delegação, atividade de cunho privado e sujeitas aos interesses de mercado; (ii) a duas porque eventual flexibilização de regra pode impor perda de receita nas serventias sob interinidade, haja vista a vantagem competitiva que teriam as serventias administradas por delegatários; (iii) a três porque uma regra que impacte em distribuição de receitas distintas entre as serventias reflete também na arrecadação tributária (efeito, por exemplo, na cobrança de ISS); (iv) a quatro porque a unicidade de regras para todos os responsáveis por

serventias contribui para eventual fiscalização por meio das atividades correicionais; e, por fim, (v) a cinco porque o prazo prescricional e o calendário no formato de cobrança são conceitos distintos, e sem relação de condicionalidade; enquanto o primeiro consiste na perda do direito de ação, o segundo regulamenta e uniformiza a estrutura de cobrança e recolhimentos dos emolumentos em Santa Catarina - em caso de inadimplência, o responsável pela serventia ainda possuirá a prerrogativa de perseguir o crédito pela via judicial durante um ano (e persistirá a obrigação natural mesmo após prescrição).

Logo, não há ilegalidade, ou incoerência, em definir-se, por este colendo Conselho da Magistratura, regulamentação geral que estabeleça um formato específico de cobrança às serventias extrajudiciais dispostas a aderir à dinâmica dos “mensalistas”; ao contrário, trata-se de expressão singela e acertada do art. 11, § 1º, da LCE n. 755/2019.

Enfim, acredita-se que o regramento ora proposto, além de ser medida que normatiza uma prática já disseminada das serventias em âmbito até nacional, oferece solução de vanguarda no cenário jurídico extrajudicial, avançando em tema relevante sem perder o olhar para os princípios preconizados na Lei dos Notários e Registradores (Lei n. 8.935/1994), quais sejam, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Nesse ponto, uma vez que seja acolhida a consulta e que resulta, além do simples reconhecimento da possibilidade de cobrança na forma concentrada, também implica no estabelecimento de regras, faz-se necessária a elaboração de minuta de resolução de forma a tornar obrigatório o seu cumprimento aos que adotarem essa prática. Diante disso, além da resposta à consulta, também apresento à aprovação do Conselho uma minuta de Resolução que segue anexa.

**Ante o exposto**, voto por conhecer da presente consulta e por respondê-la no sentido de não haver vedação legal e, portanto, ser admissível a cobrança concentrada dos emolumentos na forma mensal, observando-se as seguintes diretrizes: 1) Cadastramento dos usuários que se valerão da forma concentrada para pagamento mensal dos emolumentos; 2) Estabelecer o dia 10 (dez) do mês seguinte como limite para o pagamento dos emolumentos devidos pelos serviços prestados durante o mês anterior; 3) Determinar a exclusão ou bloqueio no cadastro dos habilitados ao procedimento de cobrança pela forma de «mensalistas» dos usuários inadimplentes com a realização do imediato protesto dos débitos pendentes. Voto, ainda, pela aprovação da minuta de resolução regulando o tema.

**Desembargador Dinart Francisco Machado**

**Relator**

## **Recurso Administrativo (Apelação) n. 0032384-79.2020.8.24.0710**

Relator Conselheiro: Des. Júlio César M. Ferreira de Melo

RECURSO DE APELAÇÃO EM SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL. NEGATIVA DE REGISTRO PELA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA, SOB O ARGUMENTO DE AQUISIÇÃO DERIVADA DA PROPRIEDADE. DESCABIMENTO. FRAÇÃO DA GLEBA ADQUIRIDA POR INSTRUMENTO PARTICULAR FIRMADO COM O POSSUIDOR ANTERIOR. AUSÊNCIA DE VÍNCULO CONTRATUAL DIRETO E IMEDIATO ENTRE O USUCAPIENTE E O ÚLTIMO PROPRIETÁRIO REGISTRAL (JÁ FALECIDO). ADEMAIS, ESCRITURAS DA CADEIA POSSESSÓRIA E REGISTRAL EVIDENTEMENTE PRECÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELA VIA DERIVADA. EVIDENCIADO O INTERESSE PROCESSUAL NA MODALIDADE ADEQUAÇÃO. ALÉM DISSO, EVENTUAL IRREGULARIDADE NO PARCELAMENTO DO SOLO QUE NÃO OBSTA A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE VIA USUCAPIÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA E DO STJ. PARECER MINISTERIAL DO PRIMEIRO E DO SEGUNDO GRAU FAVORÁVEIS AO PROVIMENTO DO RECURSO. APELO CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E JULGAR PROCEDENTE A SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA, COM O RECONHECIMENTO DO INTERESSE DE AGIR DA APELANTE E A DETERMINAÇÃO DO PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA ORIGEM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, Recurso Administrativo n. 0032384-79.2020.8.24.0710, da Comarca da Capital, em que é Recorrente Maria Marta Torquato Silva e Recorrido 2º Ofício de Registro de Imóveis de Florianópolis/SC.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso interposto e dar-lhe PROVIMENTO para reformar a sentença combatida e julgar improcedente a presente suscitação de dúvida, afastando, por conseguinte, o argumento de inadequação da via eleita, sob a alegação de aquisição derivada do imóvel usucapiendo, cabendo à oficial registradora, a partir do reconhecimento do interesse de agir da recorrente, verificar os requisitos administrativos para reconhecimento do pedido de usucapião extrajudicial formulado por ela, com o regular prosseguimento do feito. Custas, se houver, na forma da lei (art. 207 da Lei de Registros Públicos).

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Ricardo José Roesler e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores José Agenor de Aragão, João Henrique Blasi, Soraya Nunes Lins, Dinart Francisco Machado, Volnei Celso Tomazini, Salim Schead dos Santos, Carlos Adilson Silva, Roberto Lucas Pacheco e Hélio do Valle Pereira.

Funcionou como o representante do Ministério Público Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 14 de junho de 2021.

**Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo**

**Relator**



## RELATÓRIO

**Pedido:** Conforme consta nos autos, em 23/04/2020, Maria Marta Torquato Silva apresentou, perante o 2º Ofício de Registro de Imóveis de Florianópolis/SC, pedido de usucapião extrajudicial na modalidade extraordinária, instruído com documentos. De acordo com o pedido, em 11/10/1988, a usucapiante adquiriu, através de escritura pública de cessão e transferência de direitos possessórios, o terreno de 720,00 m<sup>2</sup> (apurados em 706,254m<sup>2</sup> no levantamento topográfico). Relata que o imóvel é parte de uma área maior, de 24.600,00 m<sup>2</sup>, inscrita na matrícula 50.117 (Doc. A – pg. 02-07, 24-26, 28-29, e 78 / fls. 02-07, 16-17, 19 e 60 do Procedimento Extrajudicial).

**Negativa pela oficial registradora:** «À vista da sentença exarada (...) em 27/01/2020 nos autos nº 0304410-47.2016.8.24.00911» – na qual se lê que «a usucapião é um modo de adquirir propriedade, (...) a parte autora já possui condições de ter o domínio do imóvel. Logo, (...) não tem interesse de agir (...) pela falta de necessidade, visto que já possui as condições para registrar a propriedade do imóvel em seu nome, bem como pela falta de adequação, uma vez que o desmembramento não pode ser feito mediante ação de usucapião» – a oficial registradora indeferiu o pedido pela falta de interesse de agir da requerente. Argumentou, além disso, que: «o imóvel usucapiendo é uma parte destacada, sem a observância do regramento legal, de área maior inscrita na matrícula 50.117 (...), indicando a derivação da transmissão» aduzindo que «pretende-se transferir 720,00 m<sup>2</sup> destacados (localizados), com medidas e confrontações diversas do todo, sem que se tenha previamente registrado a divisão jurídica da gleba, pelos meios extrajudiciais ou judiciais, com a participação de todos os coproprietários».

**Suscitação de dúvida:** Discordando do posicionamento exarado, a requerente solicitou a abertura de suscitação de dúvida, pugnando pela reconsideração da decisão. Argumenta, em suma, que “resta demonstrado o interesse de agir da requerente na obtenção da propriedade imóvel através do presente procedimento de Usucapião Extrajudicial, já que esta não possui condições para registrar a propriedade do imóvel em seu nome senão através deste procedimento, bem como a adequação da via eleita, já que no caso em tela não se evidencia a finalidade de desmembramento, mas sim a declaração da propriedade imóvel mediante o cumprimento dos requisitos legais à espécie” (4890668).

**Parecer ministerial:** Instado a se manifestar, o ministério público do primeiro grau, por seu representante, opinou pela improcedência da dúvida e, por conseguinte, pela continuidade ao requerimento formulado (4923812).

**Sentença (decisão administrativa):** Discordando do parecer ministerial, a juíza de direito do primeiro grau julgou procedente a dúvida suscitada, nos termos do art. 198 da Lei n. 6.015/1973, reconhecendo a inadequação da via eleita pela suscitada, nos seguintes termos:

[...]



A insurgência dos usuários dos serviços extrajudiciais, entretanto, não merece guarida.

O que as decisões deste juízo, devidamente confirmadas em segundo grau de jurisdição, tem disposto, é que a usucapião é modo originário de aquisição da propriedade, não servindo como substitutivo de adjudicação compulsória, inventário, demarcação, dissolução de condomínio, demarcação e quaisquer outras ações adequadas para regularização da aquisição derivada.

Acerca da natureza da aquisição de propriedade na forma originária, colhe-se da doutrina especializada:

[...]

O fato de o imóvel usucapiendo estar inserido em área matriculada em cartório de registros de imóveis não inviabiliza, por si só, a pretensão aquisitiva, sob pena de impossibilitar-se a regularização da propriedade em determinados casos. Para que se configure a falta de interesse de agir, a parte interessada deve dispor de outra ação mais adequada à persecução do objetivo requerido, daí a importância da análise da continuidade na cadeia possessória do imóvel, ou seja, a possibilidade de se traçar o caminho de transferências do imóvel ou parte dele desde o proprietário registral até o possuidor atual.

[...]

No caso dos autos, é o que se verifica, pois há o conhecimento da série de transferências que o imóvel sofreu desde o proprietário registral até o último possuidor. Conforme consta nos autos, a suscitada adquiriu uma parcela da gleba registrada de Leôncio Amaro Duarte e Olindina Maria Duarte, 1988. Estes, por sua vez, adquiriram o imóvel em 1974, mediante Escritura de Cessão e Transferência de Direitos Possessórios, dos herdeiros de Laura Francisca Duarte e Plácido Manoel Duarte, sendo este último o proprietário registral.

A usucapião é “um modo de adquirir propriedade” (Antônio Macedo Campos, “Teoria e Prática do Usucapião”, Ed. Saraiva, n. 1, pag. 97), pois “um dos efeitos da posse, segundo sua regulamentação material, a gerar o domínio, desde que qualificada por certos predicados estabelecidos em lei” (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. III, Ed. Forense, n. 1.331, pag. 1.650).

Admite-se, contudo, entendimento que autoriza sua utilização em caso de promessa de compra e venda registrada no Cartório de Títulos e Documentos, desde que o comprador não disponha de adjudicação compulsória para adquirir o domínio, a fim de lhe propiciar um remédio jurídico (Ovídio A. Baptista da Silva, Procedimentos Especiais, Ed. Aide, n. 180, pg. 357).

A referida exceção não é aplicável ao caso em análise, pois a suscitada, já possui condições de ter o domínio do imóvel para si transferido.

Logo, entendo que a suscitada não tem “interesse de agir” no processamento da presente demanda pela falta de “adequação”, visto que deve promover a competente ação contra os proprietário ou sucessores, caso haja negativa de prática dos atos necessários para a averbação da transmissão na matrícula do imóvel.

Em casos semelhantes, decidiu o nosso egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. SENTENÇA QUE DECLARA A AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. RECURSO DA PARTE AUTORA. ALEGADA A PRESENÇA DE TODOS OS REQUISITOS PARA A AQUISIÇÃO DO IMÓVEL POR USUCAPIÃO. NÃO OCORRÊNCIA. UNIDADE IMÓVEL CONSTITUÍDA DE TERRENO ORIUNDO DE GLEBA COM MATRÍCULA PRÓPRIA. NECESSIDADE DE MANEJO DE FEITO REGISTRAL PRÓPRIO QUE DESTAQUE A FRAÇÃO IDEAL DA COISA E CONSTITUA MATRÍCULA PRÓPRIA. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE DERIVADA DE DOMÍNIO ANTERIOR. FALTA DE INTERESSE NA MODALIDADE DE ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0006694-24.2010.8.24.0023, da Capital - Eduardo Luz, Relator: Desembargador Rubens Schulz,

julgado em 04/06/2020)

E, também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. PEQUENA ÁREA LOCALIZADA NO INTERIOR DE UM TERRENO. CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE DIREITOS POSSESSÓRIOS FIRMADO COM O PROPRIETÁRIO DO BEM. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO. RECONHECIDA A AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. IRRESIGNAÇÃO DO SUPPLICANTE. PRETENDIDO, EM VERDADE, O DESMEMBRAMENTO DA ÁREA E SEU REGISTRO, MEDIANTE A INDIVIDUALIZAÇÃO DA MATRÍCULA. CARACTERÍSTICAS DO NEGÓCIO RELATIVAS À COMPRA E VENDA DE DOMÍNIO. FORMA DE AQUISIÇÃO DERIVADA DA PROPRIEDADE. MEIO PROCESSUAL INADEQUADO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. PRECEDENTES. EXTINÇÃO DO FEITO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0067375-86.2012.8.24.0023, da Capital - Eduardo Luz, Relator: Des. Luiz Felipe Schuch, julgado em 19/08/2020)

Isso posto, julgo procedente a dúvida suscitada, nos termos do art. 198 da Lei n. 6.015/1973, reconhecendo a inadequação da via eleita pelos suscitados. [...] (5183983) (Grifo nosso)

**Apelação (recurso administrativo):** Inconformada com a decisão, a requerente interpôs a presente apelação. Em suas razões, argumenta que: (a) «não há como obter a propriedade do imóvel senão por intermédio do procedimento de usucapião; (b) não se está pretendendo que o presente procedimento seja como um procedimento substitutivo de qualquer ação de aquisição derivada, mas apenas que uma situação de fato, consolidada há quase 60 (sessenta) anos, seja reconhecida, já que preenchidos os requisitos legais para obtenção da propriedade imóvel pela usucapião; (c) julgar pela «falta de interesse de agir» e pela «falta de adequação» é o mesmo que fechar os olhos para a realidade; (d) isso porque só teve ciência em 2020 de que seu imóvel é parte integrante do imóvel de matrícula n. 50.117, cujas metragens encontram-se imprecisas e cujo proprietário já faleceu, não havendo, pois, como obter a propriedade do imóvel senão por meio da usucapião; (e) além disso, a verificação da existência de matrícula anterior não pode ser tida como critério objetivo para afastar a usucapião, devendo ser analisada em conjunto com outros elementos, os quais, na hipótese, evidenciam que a usucapião é a única saída para aquisição da propriedade. Ante o exposto, requer o recebimento e o provimento do recurso para que seja reformada a decisão de procedência da dúvida e determinado o retorno dos autos ao Cartório do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Florianópolis – SC para regular processamento, concedendo-se assim a efetiva prestação jurisdicional (5223293).

**Contrarrazões:** Oportunizada a manifestação pela oficiala registradora, esta deixou de se manifestar por entender que não possui legitimidade recursal (5448462).

**Parecer da PGJ:** Lavrou parecer pela douda procuradoria-geral de justiça o exmo. sr. dr. Alexandre Herculano Abreu, que opinou pelo “conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença vergastada para autorizar a continuidade ao procedimento administrativo” (5518002).

## VOTO

Como visto, trata-se de apelação interposta por Maria Marta Torquato Silva contra a sentença que, julgando procedente a suscitação de dúvida, manteve a negativa da oficiala registradora quanto ao pedido de registro de usucapião formulado pela ora apelante.

### 1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto contra sentença publicada em 16/11/2020 (5183983) e, portanto, na vigência do CPC/2015 (18/03/2016). Assim, os requisitos de admissibilidade recursal devem ser exigidos na forma do novo Código de Processo Civil (enunciado administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016).

No caso: (a) a apelação é o recurso cabível na espécie (art. 202 da Lei n. 6.015/73); (b) a recorrente tem legitimidade e possui interesse recursal; (c) o recurso é tempestivo e formalmente regular; (d) e inexistente fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Assim, preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise do mérito.

### 2. MÉRITO

Como visto, a controvérsia cinge-se em verificar se agiu corretamente a oficiala registradora ao reconhecer a falta de interesse de agir da recorrente, pela inadequação da via eleita, sob o argumento de aquisição derivada do imóvel usucapiendo.

**Adianto que, a meu ver, a resposta é negativa.**

Friso, de início, que não desconheço o entendimento de que é inadmissível e inadequado o manejo da ação de usucapião nos casos em que é possível a aquisição derivada da propriedade, por falta de interesse de agir. Isso porque tal conduta, além de ferir o princípio da continuidade registral, permitiria que o interessado adquirisse a propriedade sem o devido pagamento do imposto de transmissão.

Nesse sentido, aliás, é farta a jurisprudência deste Corte de Justiça. A exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGADA FALTA DE INTERESSE DE AGIR DOS AUTORES. OCORRÊNCIA. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL PELOS DEMANDANTES POR MEIO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA FIRMADO COM A PROPRIETÁRIA REGISTRAL DO TERRENO. FORMA DE AQUISIÇÃO DERIVADA DA PROPRIEDADE. MEIO

PROCESSUAL ELEITO INADEQUADO PARA ALCANÇAR O FIM PRETENDIDO (TÍTULO DE DOMÍNIO DO IMÓVEL). CIRCUNSTÂNCIA QUE ENSEJA REGULARIZAÇÃO PELAS VIAS ADMINISTRATIVAS, COM REGULAR DESMEMBRAMENTO DA ÁREA ADQUIRIDA, OU, CASO HAJA RESISTÊNCIA DA TITULAR EM OUTORGAR A ESCRITURA DEFINITIVA, POR MEIO DA AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA OU AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, COM FULCRO NO ART. 485, VI, DO CPC/2015. SENTENÇA REFORMADA. «Ocorre aquisição derivada quando há relação jurídica com o antecessor. Existe transmissão da propriedade de um sujeito a outro. [...] A aquisição por direito hereditário, a derivada de contrato e a tradição são exemplos de modalidades derivadas de aquisição» (Sílvio de Salvo Venosa). “[...] A usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, ou seja, quando inexistente relação jurídica de transmissão. Se a parte autora adquire terreno através de contrato firmado com o proprietário anterior (forma de aquisição derivada), sendo incontroverso o seu direito de propriedade, inviável o manejo da ação de usucapião, que não se presta para a regularização do imóvel, com burla das exigências administrativas. (TJSC, AC 2011.068261-7, da Capital, rel. Des. JORGE LUIS COSTA BEBER, j. 07/03/2013)” (TJSC, AC 0009030-68.2012.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, j. 14/9/2017). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0300244-06.2014.8.24.0070, de Taió, rel. Selso de Oliveira, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 14-11-2019).

Não destoa, ademais, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que faz clara distinção entre os dois institutos:

«A declaração de usucapião é forma de aquisição originária da propriedade ou de outros direitos reais, modo que se opõe à aquisição derivada, a qual se opera mediante a sucessão da propriedade, seja de forma singular, seja de forma universal. Vale dizer que, na usucapião, a propriedade não é adquirida do anterior proprietário, mas, em boa verdade, contra ele. A propriedade é absolutamente nova e não nasce da antiga. É adquirida a partir da objetiva situação de fato consubstanciada na posse *ad usucapionem* pelo interregno temporal exigido por lei. Aliás, é até mesmo desimportante que existisse antigo proprietário» (REsp 941.464/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 29/06/2012)

E, neste ponto, compreendo e acompanho o raciocínio da eminente magistrada do primeiro grau. No entanto, é preciso ter claro que a simples verificação de matrícula anterior ou direitos reais existentes sobre o imóvel usucapiendo não pode ser tido como critério objetivo para, por si só, afastar o interesse daquele que pretende usucapir.

Tanto é assim que o art. 216-A, §2º, da Lei de Registros Públicos; e o art. 4º, incisos II e III, do Provimento CNJ n. 65, de 2017, os quais dispõem sobre o procedimento da usucapião, tratam expressamente da possibilidade da existência de titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo. Vejamos:

#### **Lei de Registros Públicos**

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de

usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

[...]

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expreso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.

#### **Provimento CNJ n. 65, de 2017**

Art. 4º O requerimento será assinado por advogado ou por defensor público constituído pelo requerente e instruído com os seguintes documentos:

[...]

II – planta e memorial descritivo assinados por profissional legalmente habilitado e com prova da Anotação da Responsabilidade Técnica – ART ou do Registro de Responsabilidade Técnica – RTT no respectivo conselho de fiscalização profissional e pelos titulares dos direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes ou pelos ocupantes a qualquer título;

III – justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a cadeia possessória e o tempo de posse;

Nesse sentido, aliás, é a decisão deste Tribunal de Justiça ao analisar o pedido de providências n. 0027083-54.2020.8.24.0710, a qual deu origem à Circular n. 309 de 2020 da Corregedoria-Geral da Justiça desta Corte, que trata do processamento da usucapião extrajudicial (Lei n. 6.015/1973, art. 216-A) e das retificações de registro (Lei n. 6.015/1973, art. 213, II), abaixo ementada:

CIRCULAR N. 309 DE 22 DE OUTUBRO DE 2020 EXTRAJUDICIAL. USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL (LEI N. 6.015/1976, ART. 216-A). EXISTÊNCIA DE REGISTRO DE FRAÇÃO IDEAL EM NOME DO REQUERENTE OU DE DIREITOS REAIS DE TERCEIROS NA MATRÍCULA ORIGINÁRIA DO IMÓVEL USUCAPIENDO. POSSIBILIDADE DE REGISTRO A PARTIR DA ANÁLISE DO CASO. É DE SE AFASTAR CRITÉRIO OBJETIVO QUE REJEITA O PEDIDO DE USUCAPIÃO POR FALTA DE INTERESSE ANTE A EXISTÊNCIA DE MATRÍCULA OU DE DIREITOS REAIS EXISTENTES SOBRE O IMÓVEL USUCAPIENDO. A preexistência de registro em nome do requerente de usucapião não pode ser analisada isoladamente, mas em conjunto com outros elementos que embasem, ou não, o deferimento do requerimento. **O oficial não pode negar o pedido de usucapião baseado unicamente em critério objetivo, não previsto em lei, decorrente de julgado que analisou caso específico. Assim, a verificação de matrícula anterior ou direitos reais existentes sobre o imóvel usucapiendo não pode ser um critério objetivo para, por si só, afastar o interesse daquele que pretende usucapir, pois tanto o disposto no art. 216-A, § 2º, da LRP (Lei de Registros Públicos - Lei n. 6.015/73), quanto a redação do art. 4º, II, do Provimento CNJ n. 65, de 2017, tratam expressamente da possibilidade da existência de titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo.** Construção histórica nas políticas públicas e no próprio ordenamento jurídico em prol da regularização fundiária, que, por meio de medidas concretas nesta temática, oferta benefícios

sociais, tais como, dignidade, cidadania, propriedade, segurança, estímulo de acesso ao crédito formal e, portanto, à circulação de riqueza, incremento da arrecadação fiscal e de emolumentos. Estímulo a um ciclo virtuoso. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO (LEI N. 6.015/1976, ART. 213, II). AUMENTO EXCESSIVO DA ÁREA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL LIMITANDO O PERCENTUAL DE AUMENTO. POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO A PARTIR DA ANÁLISE MINUDENTE DO CASO CONCRETO. Não há previsão normativa que defina limite percentual para eventual acréscimo resultante da retificação imobiliária, seja administrativa ou judicial, uma vez que pode ocorrer aumento na área do imóvel em virtude das novas técnicas e tecnologias disponíveis no mercado. Desta forma, tal fato, por si, não é hábil a embasar a negativa do oficial de registro imobiliário em alterar a descrição do imóvel. Existem situações em que o aumento ou a diminuição de área configuram mera correção de registros defeituosos ao longo do tempo ou decorrentes de falha dos instrumentos de medição utilizados à época, ou de expressões utilizadas para referência com imprecisões, contradições (“mais ou menos”, “aproximadamente”, etc.), motivo pelo qual não podem ser o único fundamento para o indeferimento da retificação de registro. Deve o Registrador agir sem receio, mas com todo zelo, independência e bom senso, dentro de critérios razoáveis, para ante todo o contexto de documentos e provas coletados e diligências que deverá encetar, caso necessárias (art. 701, I, do CNGCJ/SC), aliando sua experiência, tentar vislumbrar a ausência de má-fé ou tentativa de fraude e, com segurança, adequar à realidade fática no álbum imobiliário, para que a matrícula traduza efetivamente os fatos, evitando-se, a desnecessária judicialização de demandas e também promovendo a regularização imobiliária. EXPEDIÇÃO DE CIRCULAR. ENCERRAMENTO DOS AUTOS (Grifo nosso)

Feitas estas importantes considerações, vejo que, na hipótese, a magistrada do primeiro grau considerou ser cabível a aquisição derivada da propriedade por entender que «há o conhecimento da série de transferências que o imóvel sofreu desde o proprietário registral até o último possuidor». O fundamento foi colocado na sentença nos seguintes termos:

«No caso dos autos, é o que se verifica, pois há o conhecimento da série de transferências que o imóvel sofreu desde o proprietário registral até o último possuidor. Conforme consta nos autos, a suscitada adquiriu uma parcela da gleba registrada de Leôncio Amaro Duarte e Olindina Maria Duarte, 1988. Estes, por sua vez, adquiriram o imóvel em 1974, mediante Escritura de Cessão e Transferência de Direitos Possessórios, dos herdeiros de Laura Francisca Duarte e Plácido Manoel Duarte, sendo este último o proprietário registral.

A usucapião é «um modo de adquirir propriedade» (Antônio Macedo Campos, «Teoria e Prática do Usucapião», Ed. Saraiva, n. 1, pag. 97), pois «um dos efeitos da posse, segundo sua regulamentação material, a gerar o domínio, desde que qualificada por certos predicados estabelecidos em lei» (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. III, Ed. Forense, n. 1.331, pag. 1.650).

Admite-se, contudo, entendimento que autoriza sua utilização em caso de promessa de compra e venda registrada no Cartório de Títulos e Documentos, desde que o comprador não disponha de adjudicação compulsória para adquirir o domínio, a fim de lhe propiciar um remédio jurídico (Ovídio A. Baptista da Silva, Procedimentos Especiais, Ed. Aide, n. 180, pg. 357).

A referida exceção não é aplicável ao caso em análise, pois a suscitada, já possui condições de ter o domínio do imóvel para si transferido.

Ocorre que, conforme bem colocado pelo ministério público do primeiro grau, por sua



representante legal, **não há relação direta de compra e venda entre os usucapietes e o proprietário registral do imóvel**. Consoante disposto de maneira minuciosa no parecer ministerial:

Do exame da dúvida suscitada, **verifica-se que não prospera a tese de ausência de interesse de agir** alegada pela Oficial Titular do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Florianópolis, sob o argumento de caracterização de aquisição derivada do imóvel usucapiendo por Maria Marta Torquato Silva.

**Isto porque, da análise dos documentos colacionados no presente Processo Administrativo, verifica-se que não existe vínculo direto e imediato entre a usucapiete e o proprietário registral**, porquanto a posse do bem foi transferida à Maria Marta Torquato Silva por intermédio de Escritura de Cessão e Transferência de Direitos Possessórios, datada de 11-10-1988 (fls. 39-40) e firmada com os possuidores anteriores - Leôncio Amaro Duarte e Olindina Maria Duarte -, e não diretamente com o proprietário registral Plácido Manoel Duarte (Matrícula 50.114 – fl. 87), inviabilizando, portanto, o manejo de eventual ação de adjudicação compulsória em face deste, ou até mesmo a regularização direta na esfera administrativa.

Nesse particular, infere-se que a gleba usucapienda foi comercializada pelos herdeiros de Plácido Manoel Duarte à Leôncio Amaro Duarte e Olindina Maria Duarte, em 15-7-1974, por intermédio de Escritura de Cessão e Transferência de Direitos de Herança, tendo os adquirentes, por sua vez, transmitido os respectivos direitos possessórios à Maria Marta Torquato Silva, em 11-10-1988, mediante Escritura de Cessão e Transferência de Direitos Possessórios (fls. 39-40).

Denota-se, nesse ponto, a ausência de vínculo contratual direto e imediato entre a usucapiete e o titular registral, no que concerne à gleba usucapienda.

Aliás, em situações análogas à presente, colhe-se da jurisprudência desta Corte de Justiça:

**APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. INSURGÊNCIAS DA PARTE AUTORA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA DECLARAÇÃO DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DE LOTE DE TERRA. EXTINÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR QUE FOI AMPARADA NA CONCLUSÃO DE QUE SE ESTÁ DIANTE DE AQUISIÇÃO DERIVADA DA PROPRIEDADE. INSISTÊNCIA DOS AUTORES NA UTILIDADE/NECESSIDADE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. SUBSISTÊNCIA. IMÓVEL ADQUIRIDO DE TERCEIROS POR INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA, E NÃO DIRETAMENTE JUNTO AO PROPRIETÁRIO REGISTRAL. REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO E ESCRITURAÇÃO DA CADEIA DOMINIAL QUE POTENCIALMENTE SERIA MUITO CUSTOSA AOS AUTORES, A QUEM FOI CONCEDIDA A GRATUIDADE JUDICIÁRIA. REFORMA DO DECISUM IMPOSITIVA. CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO (ART. 1.013, § 3º, INC. I, CPC). APELO DO PARQUET PAUTADO NA AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL EM RAZÃO DA CLANDESTINIDADE DO LOTEAMENTO. QUESTÃO QUE SE CONFUNDE O MÉRITO. PRESSUPOSTOS DO ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE DESMEMBRAMENTO REGULAR DA ÁREA. IRRELEVÂNCIA. REQUISITOS DA LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO QUE NÃO SE APLICAM À FORMA DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE. PREVALÊNCIA, ADEMAIS, DO DIREITO À MORADIA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. JULGAMENTO PROCEDENTE DA PRETENSÃO INAUGURAL. RECURSO DOS AUTORES CONHECIDO E PROVIDO.**



RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação n. 0001362-56.2012.8.24.0104, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 08-09-2020).

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO DE IMÓVEL URBANO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TESE DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DO AUTOR. ARGUMENTO DE AQUISIÇÃO DERIVADA DA PROPRIEDADE. DESCABIMENTO. FRAÇÃO ADQUIRIDA POR INTERMÉDIO DE INSTRUMENTO PARTICULAR FIRMADO COM O POSSUIDOR ANTERIOR. AUSÊNCIA DE VÍNCULO CONTRATUAL DIRETO E IMEDIATO ENTRE O USUCAPIENTE E OS TITULARES REGISTRADOS. INTERESSE PROCESSUAL NA MODALIDADE ADEQUAÇÃO EVIDENCIADO. ALEGADA INFRINGÊNCIA À LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO (LEI N. 6.766/1979). REJEIÇÃO. IMÓVEL USUCAPIENDO SITUADO EM LOTEAMENTO IRREGULAR. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO OBSTA A AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE VIA USUCAPIÃO. NORMAS URBANÍSTICAS QUE NÃO DEVEM SE SOBREPOR AO DIREITO DE MORADIA. AUSÊNCIA DE ÓBICE À PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE. INEXISTÊNCIA DE IRRESIGNAÇÃO DO APELANTE EM RELAÇÃO AO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DA MODALIDADE EXTRAORDINÁRIA DE USUCAPIÃO (ART. 1.238, CC). SENTENÇA MANTIDA. “A existência de característica ofensiva às normas de parcelamento do solo no imóvel usucapiendo não obsta, per se, a consolidação do domínio sobre o bem, desde que não se apresente o ato, com espeque no princípio da boa-fé processual, como tentativa de subterfúgio à legislação de parcelamento do solo e restem verificados os pressupostos legais e/ou constitucionais à configuração da usucapião” (TJSC, Apelação Cível n. 0001070-23.2009.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, Rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 21-11-2017). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0600146-45.2014.8.24.0070, de Taió, rel. Carlos Roberto da Silva, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 12-03-2020) (Grifo nosso)**

Em mesmo sentido, lecionam os doutrinadores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald:

O fundamento da usucapião é a consolidação da propriedade. O proprietário desidioso, que não cuida de seu patrimônio, deve ser privado da coisa, em favor daquele que, unindo posse e tempo, deseja consolidar e pacificar sua situação perante o bem e a sociedade.

**Os modos de aquisição da propriedade podem ser originários ou derivados. Originários são assim considerados não pelo fato de a titularidade surgir pela primeira vez com o proprietário. Em verdade, fundam-se na existência, ou não, de relação contratual entre o adquirente e o antigo dono da coisa. Na aquisição originária, o novo proprietário não mantém qualquer relação de direito real ou obrigacional com seu antecessor, pois não obtém o bem do antigo proprietário, mas contra ele** (*Curso de direito civil: direito reais – 13. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 394*) (Grifo nosso)

Ainda, na mesma linha, ensina Sílvio de Salvo Venosa:

[...] Para a corrente dominante, a qual corretamente leva em conta as consequências jurídicas dessa categoria jurídica, é originária toda aquisição que não guarda qualquer relação com titulares precedentes, ainda que estes possam ter efetivamente existido.

Caso típico de aquisição originária é o (a) usucapião. [...] **O bem usucapido pode ter pertencido a outrem, mas o usucapiente dele não recebe a coisa. Seu direito de aquisição não decorre do antigo proprietário.** Na aquisição originária, o único elemento que para ela concorre é o próprio fato ou ato jurídico que lhe dá nascimento.

**Ocorre aquisição derivada quando há relação jurídica com o antecessor.** Existe transmissão da propriedade de um sujeito a outro. [...] A aquisição por direito hereditário, a derivada de contrato e a tradição são exemplos de modalidades derivadas de aquisição (*Código civil interpretado*, 3ª ed. São Paulo, Atlas, 2013, p. 1451) (Grifo nosso)

Outrossim, em doutrina mais recente, apontou o referido doutrinador:

Caso típico de aquisição originária é o (a) *usucapião*. Este Código trata do instituto como substantivo feminino, o que melhor se prende à origem histórica do vocábulo. O bem usucapido pode ter pertencido a outrem, mas o usucapiente dele não recebe a coisa. Seu direito de aquisição não decorre do antigo proprietário. Na aquisição originária, o único elemento que para ela concorre é o próprio fato ou ato jurídico que lhe dá nascimento.

**Ocorre aquisição derivada quando há relação jurídica com o antecessor. Existe transmissão da propriedade de um sujeito a outro. A regra fundamental nessa modalidade é a de que ninguém pode transferir mais direitos do que tem: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*.** A validade e eficácia da transferência da propriedade nesse caso são examinadas no fato, ato ou negócio jurídico de transferência. Existe transmissão derivada tanto por ato *inter vivos* como *mortis causa*. Nesta última hipótese, o fato da morte faz com que o patrimônio do falecido transfira-se a seus herdeiros (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*; coautora Cláudia Rodrigues. – 4. ed., – São Paulo: Atlas, 2019. Grupo GEN, 2019. 9788597018905. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597018905/>. Acesso em: 26 May 2021) (Grifo nosso)

Dito isso, consoante bem colocado pelo eminente procurador de justiça atuante no caso, dr. Alexandre Herculano Abreu, é preciso observar que o objeto de tais transferências sempre foi da **posse** do imóvel (e não da propriedade deste) e, ainda, por meio de **instrumentos precários**, os quais não permitem a aquisição da propriedade do imóvel por si próprios. Vejamos seus importantes fundamentos, que adoto como razão de decidir, em complementação ao já exposto:

[...] Esse Órgão Ministerial discorda de tal posicionamento, alinhando-se ao entendimento exarado pela Promotora de Justiça Vânia Lúcia Sangalli, em primeiro grau (doc. 4923812).

Isso porque, como alinhavado pelo parecer ministerial de primeiro grau, “[...] *da análise dos documentos colacionados no presente Processo Administrativo, verifica-se que não existe vínculo direto e imediato entre os usucapientes e os proprietários registrares* [...]” (fl. 128, doc. 4923812).

**Assim, mesmo que o Juízo enxergue a cadeia de transferências que o imóvel sofreu desde o proprietário registral até o atual possuidor, é preciso que se observe que o objeto de tais transferências sempre foi da posse do imóvel por meio de instrumentos precários, os quais não permitem a aquisição da propriedade**

**do imóvel por si próprios.**

O Juízo reconhece a inadequação da via eleita, entendendo que a requerente “*deve promover a competente ação contra os proprietários ou sucessores, caso haja negativa de prática dos atos necessários para a averbação da transmissão na matrícula do imóvel*”.

Mas indaga-se, porque os proprietários, ou melhor, seus sucessores (pois os proprietários já são falecidos) deveriam promover a averbação da transmissão da matrícula se o instrumento contratual apenas cedia os direitos possessórios sobre o imóvel e não sua propriedade (fls. 39-52, doc. 4870963).

Como Leôncio Amaro Duarte e Olindina M. Duarte podem transmitir a propriedade à requerente, se jamais tiveram, eles mesmos, a propriedade do imóvel. Tudo o que foi alienado à requerente foi a posse.

Da mesma forma, porque Erotides L. Duarte, Alcioneu Plácido Duarte e Lúcia O. Duarte transmitiriam a propriedade à requerente, se com ela não têm qualquer relação jurídica?

[...]

[...] **No presente caso não há instrumento de compra e venda, mas, tão somente, uma cessão da posse. Além disso, a alienação da posse não foi realizada diretamente pelo proprietário do imóvel, inviabilizando a aquisição derivada pela requerente.**

Portanto, aquiesce-se com o argumento da requerente de que não há outro modo de aquisição, senão por meio da usucapião.

Em resumo, tenho por inapropriada a afirmação de que os recorrentes poderiam adquirir o domínio do imóvel usucapiendo por meio da aquisição derivada da propriedade, uma vez que aqueles que lhes venderam parcela da gleba não eram seus reais proprietários, mas apenas (e, em tese) possuidores do imóvel, não havendo relação direta de compra e venda entre os usucapietes e o último proprietário registral, que inclusive já faleceu, sendo que as escrituras da cadeia possessória e registral que se tem notícia mostram-se precárias (com evidentes erros de medição) – cenário que torna inviável a aquisição regular da propriedade por derivação, pela ausência de título legítimo.

Assim, entendo que deve ser afastado o argumento de inadequação da via eleita, sob a alegação de caracterização da aquisição derivada do imóvel usucapiendo, cabendo à oficial registradora, a partir da verificação do interesse de agir da recorrente, checar os requisitos administrativos para o reconhecimento do pedido de usucapião extrajudicial formulado por ela, com o prosseguimento regular do feito.

Não cabe a este Colendo Conselho da Magistratura realizar tal exame, uma vez que o procedimento de suscitação de dúvida consiste na verificação do acerto ou desacerto das exigências formuladas pelo oficial registrador, impeditivas do registro do título. No caso concreto, como visto, a oficial registradora sequer chegou a elencá-las, limitando-se a reconhecer a falta de interesse de agir por parte da apelante – ponto, então, analisado neste processo. E digo isso porque, em se tratando de procedimento de usucapião **extrajudicial**, devem ser observados os requisitos previstos na Lei de Registros Públicos, entre os quais, a promoção de notificações e a publicação de editais, cuja competência, salvo melhor juízo, não pertence a este órgão jurisdicional. Sobre o procedimento, a saber, leciona Leornado Brandelli:

[...]

Se se pretende extrajudicializar o reconhecimento da aquisição de direitos pela usucapião, há a necessidade de ser instaurado um processo administrativo onde sejam colhidas as provas necessárias – ata notarial e outras provas que se façam necessárias – para formar a convicção de quem decidirá o pedido, de maneira minimamente fundamentada.

**Tal processo somente poderia ser conduzido pelo Oficial de Registro de Imóveis**, que é o profissional do Direito que tem os caracteres funcionais que permitem tal condução, e, felizmente, andou bem o legislador brasileiro ao acolher tal entendimento, ao contrário do que, atecnicamente em nosso sentir, fez o legislador português ou peruano.

Sejam as diligências feitas pelo próprio Oficial, por si ou por seus prepostos, sejam elas feitas pelo requerente, as despesas decorrentes das diligências, se houver, serão suportadas pelo requerente, que é o interessado na produção probatória.

Sendo a prova necessária possível de ser produzida tanto por diligência do Oficial quanto do requerente, será opção do Oficial realizar a diligência ou solicitar ao requerente que a realize (BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o novo Código de Processo Civil – São Paulo: Saraiva, 2016, 1ª edição. 9788502637009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637009/>. Acesso em: 26 May 2021) (Grifo nosso)

E prossegue:

[...] Estando o pedido formal e materialmente em ordem, isto é, tendo havido prova do preenchimento dos requisitos da aquisição do direito real imobiliário pela usucapião, e estando o processo formalmente em ordem, por terem sido apresentados os documentos mínimos exigidos por lei, pela forma exigida, **tendo havido as notificações necessárias e sendo elas exitosas, com a publicação do edital**, sem que haja impugnação do pedido por algum legitimado passivo certo ou incerto ou por algum ente público, deverá o Oficial aceitar o pedido, justificando de maneira sucinta, e procedendo ao ato de registro. Não estando o pedido em ordem, seja por algum problema de cunho formal, seja de cunho material, deverá o Oficial rejeitar o pedido, justificando sucintamente sua recusa, e elaborando nota devolutiva, contra a qual caberá suscitação de dúvida nos termos dos arts. 216-A, § 7º, e 198 da LRP. [...] (BRANDELLI, Leonardo. *Usucapião administrativa*: de acordo com o novo Código de Processo Civil – São Paulo: Saraiva, 2016, 1ª edição. 9788502637009. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637009/>. Acesso em: 26 May 2021) (Grifo nosso)

No mais, em atenção ao relatório da oficiala registradora e aos termos do parecer do procurador de justiça atuante no caso, friso que, conforme a jurisprudência majoritária sobre o assunto, a existência de parcelamento irregular do solo não representa impeditivo legal para o reconhecimento da aquisição da propriedade pela usucapião. Nesse sentido, aliás, é a decisão da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial n. 1667843/SC, apreciado sob o rito dos recursos repetitivos, abaixo ementado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. IMÓVEL USUCAPIENDO COM ÁREA INFERIOR AO MÓDULO URBANO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 1.238 DO CC: POSSE, ANIMUS DOMINI, PRAZO DE 15 (QUINZE) ANOS. RECONHECIMENTO DO DIREITO À AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE NÃO SUJEITO A CONDIÇÕES POSTAS POR LEGISLAÇÃO DIFERENTE DAQUELA QUE DISCIPLINA ESPECIFICAMENTE A MATÉRIA.

**1. Tese para efeito do art. 1.036 do CPC/2015: O reconhecimento da usucapião extraordinária, mediante o preenchimento dos requisitos específicos, não pode ser obstado em razão de a área usucapienda ser inferior ao módulo estabelecido em lei municipal.**

**2. No caso concreto, recurso especial não provido, a fim de afirmar a inexistência de impedimento para que o imóvel urbano, com área inferior ao módulo mínimo municipal, possa ser objeto da usucapião extraordinária.**

(REsp 1667843/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 03/12/2020, DJe 05/04/2021) (Grifo nosso)

Sobre o tema, ademais, decidiu a Quarta Turma da Corte Superior:

RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO RURAL CONSTITUCIONAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL. MÓDULO RURAL. ÁREA MÍNIMA NECESSÁRIA AO APROVEITAMENTO ECONÔMICO DO IMÓVEL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DA NORMA. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREVISÃO DE ÁREA MÁXIMA A SER USUCAPIDA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE ÁREA MÍNIMA. IMPORTÂNCIA MAIOR AO CUMPRIMENTO DOS FINS A QUE SE DESTINA A NORMA.

1. A propriedade privada e a função social da propriedade estão previstas na Constituição Federal de 1988 dentre os direitos e garantias individuais (art. 5.º, XXIII), sendo pressupostos indispensáveis à promoção da política de desenvolvimento urbano (art. 182, § 2.º) e rural (art. 186, I a IV).

2. No caso da propriedade rural, sua função social é cumprida, nos termos do art. 186 da CF/1988, quando seu aproveitamento for racional e apropriado; quando a utilização dos recursos naturais disponíveis for adequada e o meio ambiente preservado, assim como quando as disposições que regulam as relações de trabalho forem observadas.

3. A usucapião prevista no art. 191 da Constituição (e art. 1.239 do Código Civil), regulamentada pela Lei n. 6.969/1981, é caracterizada pelo elemento posse-trabalho. Serve a essa espécie tão somente a posse marcada pela exploração econômica e racional da terra, que é pressuposto à aquisição do domínio do imóvel rural, tendo em vista a intenção clara do legislador em prestigiar o possuidor que confere função social ao imóvel rural.

4. O módulo rural previsto no Estatuto da Terra foi pensado a partir da delimitação da área mínima necessária ao aproveitamento econômico do imóvel rural para o sustento familiar, na perspectiva de implementação do princípio constitucional da função social da propriedade, importando sempre, e principalmente, que o imóvel sobre o qual se exerce a posse trabalhada possua área capaz de gerar subsistência e progresso social e econômico do agricultor e sua família, mediante exploração direta e pessoal - com a absorção de toda a força de trabalho, eventualmente com a ajuda de terceiros.

**5. Com efeito, a regulamentação da usucapião, por toda legislação que cuida da matéria, sempre delimitou apenas a área máxima passível de ser usucapida, não a área mínima, donde concluem os**

estudiosos do tema, que mais relevante que a área do imóvel é o requisito que precede a ele, ou seja, o trabalho realizado pelo possuidor e sua família, que torna a terra produtiva e lhe confere função social.

6. Assim, a partir de uma interpretação teleológica da norma, que assegure a tutela do interesse para a qual foi criada, conclui-se que, assentando o legislador, no ordenamento jurídico, o instituto da usucapião rural, prescrevendo um limite máximo de área a ser usucapida, sem ressalva de um tamanho mínimo, estando presentes todos os requisitos exigidos pela legislação de regência, parece evidenciado não haver impedimento à aquisição usucapicional de imóvel que guarde medida inferior ao módulo previsto para a região em que se localize.

7. A premissa aqui assentada vai ao encontro do que foi decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em conclusão de julgamento realizado em 29.4.2015, que proveu recurso extraordinário, em que se discutia a possibilidade de usucapião de imóvel urbano em município que estabelece lote mínimo para parcelamento do solo, para reconhecer aos recorrentes o domínio sobre o imóvel, dada a implementação da usucapião urbana prevista no art. 183 da CF.

8. Na oportunidade do Julgamento acima referido, a Suprema Corte fixou a seguinte tese: Preenchidos os requisitos do art. 183 da CF, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área onde situado o imóvel (dimensão do lote) (RE 422.349/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 29.4.2015) 9. Recurso especial provido. (REsp 1040296/ES, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 14/08/2015) (Grifo nosso)

Na mesma direção, colhe-se da jurisprudência recentíssima deste Tribunal:

**CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA (ART. 1.238, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA A REFORMA DO DECISUM, UMA VEZ QUE O IMÓVEL OBJETO DA DEMANDA É PRODUTO DO PARCELAMENTO CLANDESTINO DO SOLO, EM DESRESPEITO AO DISPOSTO NA LEI N. 6.766/79. TESE RECHAÇADA. REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS À DECLARAÇÃO DO DOMÍNIO DA ÁREA USUCAPÍVEL DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. NORMAS DE PARCELAMENTO DO SOLO QUE NÃO IMPEDEM O RECONHECIMENTO DO DOMÍNIO. PRECEDENTES DESTA CORTE CATARINENSE NESSE SENTIDO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJSC, Apelação n. 0003356-48.2011.8.24.0139, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 11-05-2021)**

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMÓVEL INSERIDO EM ÁREA MAIOR. DEFENDIDA IMPOSSIBILIDADE DE DESMEMBRAMENTO. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DO DIREITO À MORADIA. REQUISITOS DA USUCAPIÃO CONFIGURADOS. DOMÍNIO DECLARADO EM FAVOR DO PRESCRIBENTE. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. “A legislação restritiva do parcelamento do solo não pode se sobrepor ao mandamento constitucional que ampara a função social da propriedade, principalmente se verificados os requisitos para o sucesso da ação de usucapião” (TJSC, Apelação Cível n. 0005682-20.2007.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. em 16-8-2018) (TJSC, Apelação n. 0001939-70.2005.8.24.0139, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 04-05-2021)**



CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - USUCAPIÃO - APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LOTEAMENTO CLANDESTINO - IRRELEVÂNCIA - REQUISITOS SATISFEITOS - CC/2002, ART. 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO

1 “Preenchidos os requisitos do art. 183 da CF, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área onde situado o imóvel (dimensão do lote)” (RE 422.349/RS, Min. Dias Toffoli).

2 **“Satisfeitos os requisitos da usucapião extraordinária, impõe-se a declaração de aquisição da propriedade, não obstante irregularidade referente às normas de parcelamento de solo urbano, haja vista a boa-fé dos postulantes. Entendimento diverso implica a exigência de nova condição não albergada pela legislação pátria e macula o conceito jurídico da função social da propriedade urbana”** (AC n. 0002249-79.2011.8.24.0167, Des. Gilberto Gomes de Oliveira). [...] “1. Para o reconhecimento do direito à aquisição da propriedade por meio da usucapião extraordinária, cabe ao demandante a demonstração dos requisitos elencados no artigo 1.238, parágrafo único, do Código Civil, quais sejam: posse mansa e pacífica, com ânimo de dono, por 15 anos ou por 10 anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual ou realizado obras e serviços de caráter produtivo. 2. Ausente comprovação pelos usucapiantes de que a posse era exercida com ânimo de dono e, ao revés, demonstrando a prova oral que o poder fático era decorrente de mera permissão pelo proprietário, afigura-se inviável o reconhecimento do instituto, devendo, pois, ser julgado improcedente o pedido” (AC n. 0300523-21.2016.8.24.0070, Des. Luiz Felipe Schuch) (TJSC, Apelação n. 0000035-69.1992.8.24.0139, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 30-03-2021)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA. [...] MÉRITO. ALEGADA AUSÊNCIA DO EXERCÍCIO DA POSSE MANSA E PACÍFICA DO IMÓVEL. MERA AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO EX-CÔNJUGE DA DEMANDADA VIA COMODATO. PAGAMENTO DE PARCELAS DE IPTU NÃO ADIMPLIDAS PELA AUTORA. TESES AFASTADAS. COMODATO QUE SE ENCERROU EM 1997 QUANDO DO DIVÓRCIO ENTRE A RECORRENTE E SEU EX-CONJUGÊ. CONSTRUÇÃO DE MORADIA SOBRE IMÓVEL. REQUISITOS DO ART. 1.238, PARAGRAFO ÚNICO PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSE MANSA, PACÍFICA, ININTERRUPTA E COM “ANIMUS DOMINI”, POR LAPSO SUPERIOR HÁ MAIS DE 10 (DEZ) ANOS. DÍVIDA REFERENTE AO IPTU QUE NÃO INFLUENCIA NA AQUISIÇÃO DA ÁREA PELA AÇÃO DE USUCAPIÃO. NATUREZA “PROPTER REM”. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE. **“Satisfeitos os requisitos da usucapião extraordinária, impõe-se a declaração de aquisição da propriedade, não obstante irregularidade referente às normas de parcelamento de solo urbano, haja vista a boa-fé do postulante. Entendimento diverso implica na exigência de nova condição não albergada pela legislação pátria e macula o conceito jurídico da função social da propriedade urbana”** (Apelação Cível n. 0001043-17.2011.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 25-10-2016). HONORÁRIOS RECURSAIS. EXEGESE DO ART. 85, §11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXIGIBILIDADE SUSPensa A TEOR DO ART. 98, §3º DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação n. 0008150-82.2015.8.24.0039, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 11-02-2021) (Grifo nosso)

Era o que havia a ser dito.

### 3. DISPOSITIVO

Ante todo o exposto, voto por conhecer do recurso interposto e dar-lhe PROVIMENTO para reformar a sentença combatida e julgar improcedente a presente suscitação de dúvida, afastando, por conseguinte, o argumento de inadequação da via eleita, sob a alegação de aquisição derivada do imóvel usucapiendo, cabendo à oficial registradora, a partir do reconhecimento do interesse de agir da recorrente, verificar os requisitos administrativos para reconhecimento do pedido de usucapião extrajudicial formulado por ela, com o regular prosseguimento do feito. Custas, se houver, na forma da lei (art. 207 da Lei de Registros Públicos).

**Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo**  
**Relator**

## ÓRGÃO ESPECIAL

### **RECLAMAÇÃO (ÓRGÃO ESPECIAL) Nº 5029649-81.2020.8.24.0000/**

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

RECLAMANTE: MANOEL AMARAL

RECLAMADO: 3ª TURMA RECURSAL - FLORIANÓPOLIS (CAPITAL)

RECLAMAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO PELA TERCEIRA TURMA DE RECURSOS. ALEGADA CONTRARIEDADE COM JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIA PROCESSUAL INCABÍVEL. PRECEDENTES DITO VIOLADOS QUE NÃO FORAM JULGADOS SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS, TAMPOUCO SE TRATAM DE DECISÕES PROLATADAS EM IAC E IRDR, OU, AINDA, DE MATÉRIA SUMULADA. MERA AFRONTA À JURISPRUDÊNCIA DO STJ QUE NÃO PERMITE O CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO, EM VIRTUDE DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ART. 988 DO CPC/15. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

“[...] O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 988, disciplinou o cabimento de reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (i) preservar a competência do tribunal; (ii) garantir a autoridade de suas decisões; (iii) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e (iv) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. [...] A simples alegação de afronta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dissociada das hipóteses de cabimento a que se refere o art. 988 do CPC/2015 não abre ensejo à reclamação constitucional.’ (STJ - AgInt na Rcl 32745/PE, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26.4.2017)’ (RC n. 4021069-16.2019.8.24.0000, de Concórdia, rel. Des. João Henrique Blasi, Órgão Especial, j. 6-11-2019)’ (TJSC, Reclamação (Órgão Especial) n. 5018267-91.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Órgão Especial, j. 02-09-2020).” (TJSC, Reclamação (Órgão Especial) n. 5038412-71.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão Especial, j. 02-12-2020).

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, não admitir a presente reclamação, julgando extinto o feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, I, do CPC/15, condenando o reclamante ao pagamento das despesas processuais, nos moldes do art. 84 do CPC/15, suspensa a execução da verba pelo prazo de cinco anos, por força da concessão da justiça gratuita ao reclamante, nos termos do art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 17 de fevereiro de 2021.

**Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO**

**Relator**

## RELATÓRIO

Manoel Amaral ajuizou a presente reclamação contra acórdão proferido pela Terceira Turma de Recursos que, mantendo a sentença proferida no procedimento do Juizado Especial Cível da comarca de Biguaçu, julgou improcedentes os pedidos iniciais formulados por aquele por entender que “a demora na fila bancária não configura dano moral e sim mero aborrecimento” (evento 1, anexo 3, fls. 105/108).

Narrou, em síntese, que a decisão deve ser reformada pois afronta o “*entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça através dos julgamentos do REsp 1662808/MT da 3ª Turma e REsp 1647452/RO da 4ª Turma*” no sentido de que a demora excessiva na fila de banco pode caracterizar abalo moral e conseqüentemente ensejar a condenação por danos morais.

Asseverou que o art. 2º da Lei Municipal de Biguaçu n. 2765/2009 prevê “como tempo hábil para o atendimento o prazo de até 20 (vinte) minutos em dias normais e 35 (trinta e cinco) minutos nos dias de pagamento dos funcionários públicos municipais, estaduais e federais, não podendo ultrapassar esse prazo”.

Argumentou que a prática da instituição financeira infringe não apenas a lei municipal, como também o código de defesa do consumidor, tendo em vista que o serviço prestado pelo banco não está sendo adequado, devendo, assim, haver a sua condenação ao pagamento de danos morais como caráter pedagógico.

Requeru, assim, a concessão do benefício da justiça gratuita, bem como o provimento da reclamação para que o acórdão reclamado seja reformado consoante a jurisprudência consolidada do STJ (evento 1).

Na seqüência, o Exmo. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade reconheceu a incompetência daquele órgão fracionário para julgamento do feito e determinou a remessa dos autos a este Órgão Especial (evento 6).

Os autos vieram a mim distribuídos.

## VOTO

1. A reclamação é, atualmente, considerada espécie de ação, que visa a preservar a competência do Tribunal e, conseqüentemente, garantir a plena aplicabilidade de suas decisões e o respeito e eficácia das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores. Originou-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, foi incluída no Regimento Interno daquela Corte Suprema, nos arts. 156 a 162.

Acerca das hipóteses de cabimento, o CPC/15 trouxe rol taxativo nos incisos do art. 988, in verbis:

*“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: I - preservar a competência do tribunal;*

*II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;*

*III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;*

*IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.*

Diante disso, ainda que não haja previsão expressa acerca da possibilidade cabimento de reclamação contra decisão do Juizado Especial que contraria tese firmada em sede de recurso repetitivo, bem como ressalvado meu entendimento pessoal de que não seria cabível reclamação nessa hipótese, “o Órgão Especial deste Tribunal, em sessão de 19 de junho de 2019, reconheceu o cabimento, com base na Resolução n. 03/2016, do STJ, de reclamação contra decisão de Turma de Recursos do sistema de Juizados Especiais que contraria tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática de recursos repetitivos ou em súmula, não se aplicando ao caso a limitação contida no art. 988 do Código de Processo Civil de 2015” (Reclamação n. 0000576-86.2019.8.24.0000, rel. Des. Jaime Ramos, Órgão Especial, j. 19.6.19).

A reclamação, portanto, decorre da teoria dos poderes implícitos concedida a todos os Tribunais, e tem como objetivos principais dar maior eficácia às decisões judiciais (incisos I e II do supracitado art. 988), pondo em prática o previsto no art. 6º do CPC/15 (“*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”); preservar o conceito amplo de justiça entre os tutelados; e dar maior efetividade ao litígio (incisos III e IV do art. 988), da forma elencada no art. 926 do CPC/15 (“*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”).

Quanto aos seus efeitos, caso seja julgada procedente, a reclamação acarreta a cassação da decisão contra a qual se ajuizou, e não a sua revogação ou reforma, uma vez que não tem natureza de recurso, mas sim de ação própria, não possuindo, portanto, efeito substitutivo de que trata o art. 1.008 do CPC/15.

Nesse contexto, além de estar submetida aos requisitos de admissibilidade tradicionais de toda ação judicial, também submete-se aos requisitos específicos, como os já mencionados acima (incisos do art. 988), e mais os elencados no parágrafo 5º do art. 988 do CPC/15, quais sejam:

*“§ 5º É inadmissível a reclamação:*

*I - proposta após o trânsito em julgado da decisão reclamada;*

*II - proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias”.*

Acrescentando-se a esse entendimento, a Súmula n. 734 do STF deixa claro que a reclamação também não deve ser admitida quando utilizada como ação rescisória, na medida em que prevê que “*não cabe reclamação quando já houver transitado em julgado o ato judicial que se alega tenha desrespeitado decisão do Supremo Tribunal Federal*” (Súmula 734 do STF).

A falta de um dos requisitos de admissibilidade, portanto, acarreta na inadmissão da reclamação.

Transportando tais premissas para o caso concreto, denota-se que a reclamação foi ajuizada contra decisão proferida pela Terceira Turma Recursal, com sede na comarca de Biguaçu, em ação que tramitou sob o rito da Lei n. 9.099/95, motivo pelo qual sua análise deve ser realizada com base no art. 988 do CPC/15, na redação dada pela Lei n. 13.256/16.

A ação sobre a qual recaiu a lide foi interposta pela parte reclamante e pretendia a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, em virtude da espera excessiva na fila para atendimento na instituição financeira demandada (evento 1, anexo 3, fl. 105).

Para fundamentar o pedido de cassação do decisum, o reclamante indicou que a decisão da turma recursal contrariou o entendimento adotado no Recurso Especial n. 1662808/MT, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, em 2.5.17; no Recurso Especial n. 1647452/RO, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em 26.2.19; e no Recurso Especial n. 1514556/PR, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, em 26.2.15.

Todavia, como se pode observar, a reclamação não foi embasada em súmula do STJ, tampouco em tese jurídica firmada pela Corte Superior em sede de IAC, IRDR, ou sob a sistemática dos recursos repetitivos, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses contidas no art. 988 do CPC/15, na redação dada pela Lei n. 13.256/16.

Aliás, este Órgão Especial já decidiu que “*O termo ‘jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça’, para o efeito de caracterização de precedente cuja inobservância autoriza o cabimento da via restrita da **reclamação**, é somente aquele formalizado em (I) incidente de assunção de competência, (II) resolução de demandas repetitivas, (III) julgamento de recurso repetitivo e (IV) em enunciados sumulares. **A reclamação não é sucedâneo recursal, por isso não é cabível quando os paradigmas traduzem arestos formalizados por ocasião de julgamento de recursos especiais que, todavia, não constituem enunciado de súmula, não resultaram de incidente de assunção de competência, nem foram submetidos ao rito dos recursos repetitivos, ou processado sob o regime dos recursos representativos da controvérsia**” (Agravo Interno n. 4018650-57.2018.8.24.0000, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Órgão Especial, j. 21.8.19 - sem grifos no original).*

E, mais recentemente:

**“RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO DE TURMA DE RECURSOS DO SISTEMA DE JUIZADO ESPECIAL. ART. 988, IV, DO CPC. RESOLUÇÃO STJ/GP N. 3/2016. ART. 207, IV, DO RITJSC. DIVERGÊNCIA COM JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REMÉDIO PROCESSUAL INCABÍVEL.**



*INSTRUMENTO DESTINADO A CONTRASTAR ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL FRENTE À ORIENTAÇÃO DA CORTE SUPERIOR FIRMADA EM IAC, IRDR, JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, OU EM ENUNCIADOS DE SÚMULAS, E PARA GARANTIR A OBSERVÂNCIA DE PRECEDENTES VINCULANTES. NÃO CONHECIMENTO.*

*“[...] O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 988, disciplinou o cabimento de reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (i) preservar a competência do tribunal; (ii) garantir a autoridade de suas decisões; (iii) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e (iv) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. [...] A simples alegação de afronta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça dissociada das hipóteses de cabimento a que se refere o art. 988 do CPC/2015 não abre ensejo à reclamação constitucional.” (STJ - AgInt na Rcl 32745/PE, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26.4.2017)’ (RC n. 4021069-16.2019.8.24.0000, de Concórdia, rel. Des. João Henrique Blasi, Órgão Especial, j. 6-11-2019)” (TJSC, Reclamação (Órgão Especial) n. 5018267-91.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Órgão Especial, j. 02-09-2020).” (TJSC, Reclamação (Órgão Especial) n. 5038412-71.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sérgio Roberto Baasch Luz, Órgão Especial, j. 02-12-2020).*

Diante disso, conclui-se que o reclamante utiliza a reclamação como uma espécie de sucedâneo recursal contra a decisão da Turma de Recursos, o que é vedado não só pela legislação processual civil, mas também pela própria jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Logo, porque a pretensão não encontra guarida em nenhum dos incisos do art. 988 do CPC/15, a presente reclamação não deve ser admitida, devendo o presente feito ser extinto, com fulcro no art. 485, I, do CPC/15.

## **2. Dos ônus sucumbenciais:**

Por se tratar de ação autônoma, a reclamação fica sujeita às regras da legislação processual civil aplicáveis a todos os processos no que tange aos ônus sucumbenciais, previstos no art. 82 e seguintes do CPC/15.

No caso concreto, entretanto, não houve a formação de uma lide propriamente dita, na medida em que a parte interessada não foi cientificada da presente demanda para oferecer defesa.

Assim, por não ter sido perfectibilizada a triangulação (ou angularização) da relação jurídico-processual, é inviável a condenação do reclamante ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência.

Nesse cenário, arca o reclamante apenas com o pagamento das despesas processuais, nos moldes do art. 84 do CPC/15. Todavia, o reclamante tem direito à justiça gratuita, uma vez que os demonstrativos de recebimento de benefício previdenciário demonstram que a parte percebe aproximadamente R\$ 2.083,00 (evento 1, anexo 3, fl. 84), além de já lhe ter sido concedido o benefício da justiça gratuita na ação de conhecimento (evento 1, anexo 3, fl. 63).

Diante disso, a execução da verba fica suspensa pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

3. Ante o exposto, voto por não admitir a presente reclamação, julgando extinto o feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 485, I, do CPC/15, condenando o reclamante ao pagamento das despesas processuais, nos moldes do art. 84 do CPC/15, suspensa a execução da verba pelo prazo de cinco anos, por força da concessão da justiça gratuita ao reclamante, nos termos do art. 98, § 3º, do Código de Processo Civil.

**Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO**

**Relator**

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ÓRGÃO ESPECIAL) Nº 5042103-93.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ

AUTOR: COORDENADOR DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - CECCON - MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FLORIANÓPOLIS

RÉU: GOVERNADOR - ESTADO DE SANTA CATARINA - FLORIANÓPOLIS

RÉU: ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL N. 18.014/2020, DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO COORDENADOR-GERAL DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (CECCON). REJEIÇÃO. ART. 93, XVI, DA LCE N. 197/2000. OFENSA A DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. PARÂMETRO VÁLIDO PARA CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO POR TRIBUNAIS DE JUSTIÇA. ART. 125, § 2º, DA CF. PRECEDENTES. MÉRITO. NORMA QUE PREVÊ A POSSIBILIDADE DO ESTADO DE SANTA CATARINA, AO PROMOVER A REQUISIÇÃO DE HOSPEDAGEM EM HOTÉIS, Pousadas ou espaços de alojamentos similares, para profissionais de saúde pública atuantes no combate à calamidade pública gerada pela pandemia de COVID-19, garante aos estabelecimentos o pagamento “*DE JUSTA INDENIZAÇÃO POSTERIOR DAS TARIFAS APLICADAS EM BALCÃO*”. OFENSA AO ART. 4º, CAPUT, DA CESC, E AO ART. 5º, XXV, DA CF. CARTA MAGNA QUE, EM CASO DE REQUISIÇÃO, ASSEGURA APENAS “*INDENIZAÇÃO ULTERIOR, SE HOVER DANO*”. TARIFA DE BALCÃO QUE CORRESPONDE AO VALOR DA DIÁRIA SEM QUALQUER DESCONTO, EM REGRA APLICADO. FIXAÇÃO PRÉVIA DO VALOR DO DANO QUE EXTRAPOLA O MODELO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VÍCIO MATERIAL CONSTATADO. VIOLAÇÃO AO ART. 8º, CAPUT, DA CESC, E AO ART. 22, III, DA CF. VÍCIO NÃO APONTADO PELO AUTOR. IRRELEVÂNCIA. CAUSA DE PEDIR ABERTA. LEI MAIOR QUE ESTABELECE A COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE REQUISIÇÕES CIVIS E MILIARES, EM CASO DE IMINENTE PERIGO E EM TEMPO DE GUERRA. EXISTÊNCIA DE LEIS DA UNIÃO QUE TRATAM DA QUESTÃO, INCLUSIVE EM RELAÇÃO AO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DE COVID-19. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESCABIMENTO. ART. 17 DA LEI ESTADUAL N. 12.069/2001. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA OU EXCEPCIONAL INTERESSE SOCIAL PARA RESTRINGIR EFEITOS DA DECLARAÇÃO. EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE *EX TUNC*. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 18.014, de 6 de outubro de 2020, do Estado de Santa Catarina, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 03 de março de 2021.

**Desembargador SERGIO ROBERTO BAASCH LUZ**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA contra a Lei Estadual n. 18.014, de 6 de outubro de 2020, do ESTADO DE SANTA CATARINA, a qual *“dispõe sobre a excepcional hospedagem de profissionais da saúde pública em hotéis, pousadas ou espaços de alojamento similares, por requisição do Estado, durante o período de calamidade pública resultante da pandemia de COVID-19”*.

Em resumo, o autor afirmou que *“ao condicionar o pagamento da hospedagem ao valor das tarifas aplicadas em balcão, criou-se hipótese de requisição administrativa, dissonante do modelo constitucional, em evidente inobservância ao interesse público, infringindo-se, por consequência, o princípio da moralidade administrativa, de forma a contrariar o estipulado nos artigos 4º, caput, e 16, caput, da Constituição do Estado de Santa Catarina”*. Explicou que o art. 5º, XXV, da CRFB, prevê que a requisição administrativa, hipótese jurídica de intervenção do Estado na propriedade, que autoriza à autoridade competente, no caso de iminente perigo público, o uso de propriedade particular, assegura ao proprietário apenas a indenização ulterior, se houver dano. Observou que enquanto o mandamento constitucional garante a indenização correspondente, sempre que sejam produzidos danos intercorrentes do ato requisitório, a Lei Catarinense permite o pagamento arbitrado previamente pela denominada tarifa de balcão, sendo que esta corresponde à diária fixada na recepção, sem desconto, vale dizer, o preço de tabela dos produtos e serviços do hotel negociado diretamente com o cliente, já que os descontos são comumente praticados na hotelaria sobre essa tarifa de balcão. Sustenta que o art. 4º, caput, da Constituição Estadual internaliza a norma contida do art. 5º, XXV, da CRFB, de forma que serve de parâmetro de constitucionalidade para o controle de leis estaduais e municipais. Assim, em razão da desvantagem da tarifa de balcão, defendeu que há afronta ao interesse público e à moralidade administrativa, que são fatores norteadores das contratações pela Administração Pública, nos termos do artigo 16, caput e § 1º da CESC. Destacou que a manutenção dessa norma impugnada fará com que a Governo do Estado de Santa Catarina organize-se e requisite o uso dos estabelecimentos privados de hospedagem para os profissionais da saúde pública, o que gerará gastos ao erário, o que demonstra o perigo da demora. Por fim, pugnou pela suspensão cautelar da norma e a procedência do pedido para declarar sua inconstitucionalidade (Evento 1, INIC1).

Diante da relevância da matéria, com especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, este relator adotou o rito do art. 12 da Lei Estadual n. 12.069/2001 (Evento 5).

O Governador do Estado de Santa Catarina informou que o parlamentar proponente do projeto de lei destacou que tinha por objetivo contribuir com a saúde dos profissionais envolvidos

no combate à pandemia, em especial aqueles que trabalham na área da saúde, e resguardar os familiares que moram na mesma residência, e que a estratégia apresentada foi proposta e estava sendo praticada em outras unidades da federação, de que são exemplos os Estados do Paraná, São Paulo e Rio Grande do Sul. Disse que não vislumbrou qualquer inconstitucionalidade ou ainda violação ao interesse público, de maneira que o texto foi sancionado. Esclarece que, no Estado de Santa Catarina, adotou-se a tarifa de balcão, a qual reembolsa o valor da diária contratada no dia, uma vez que não há qualquer reserva prévia pelo Poder Público. Além disso, destacou que o montante fixado a título de indenização revela-se como um parâmetro mínimo, consistente na tarifa de balcão, de forma que outros danos que possam vir a ser causados aos particulares poderão ser indenizados, desde que comprovado o prejuízo, em um processo administrativo específico (Evento12).

O Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina, na defesa do ato impugnado, sustentou que se sabe de antemão que os hotéis, pousadas ou estabelecimentos similares experimentarão um dano, consistente na disponibilização aos agentes de saúde de quartos que poderiam ser ofertados à hospedagem de particulares. Acrescentou que a indenização será posterior, porém, com valor mínimo pré-definido, qual seja, a tarifa de balcão, compreendida como aquela negociada diretamente com o cliente, o qual, por óbvio, não efetuou uma pré-reserva. Registrou, ainda que a situação de calamidade pública impossibilita a definição quanto ao número de quartos a serem requisitados para hospedagem dos profissionais da saúde. Fundamentou que não se vislumbra ofensa à moralidade administrativa, senão o exercício legítimo da autonomia estadual, nos termos do inciso II do art. 1º da CE (Evento13).

O 1º Vice-Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, por sua vez, noticiou que a Comissão de Constituição e Justiça não constatou nenhum vício no combalido projeto de lei, tendo sido aprovado, e o Governador do Estado, após nova análise de constitucionalidade, apresentou sua anuência. Noutro ponto, argumentou que o Coordenador do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade - CECCON, órgão do Ministério Público de Santa Catarina, não tem legitimidade ativa para propor a ação, uma vez que a atribuição é exclusiva do Procurador-Geral de Justiça (art. 85, III, da CE; e art. 2º, III, da Lei Estadual n. 12.069/2001). Por fim, requer seja julgada improcedente a ação (Evento 15).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Fabio de Souza Trajano, manifestou-se pela concessão da tutela cautelar e no mérito pela procedência do pedido (Evento 18).

## VOTO

1.Principio registrando que, em razão da existência de pedido cautelar, adotou-se o rito do 12 da Lei Estadual n. 12.069/2001, para que a causa possa ser julgada definitivamente por este Órgão Especial, em razão da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica.

A respeito:

*Há no presente feito pedido cautelar, o qual, registra-se, ainda não foi analisado. Não obstante, tendo em vista que o processo encontra-se devidamente instruído, observando estritamente o postulado do devido processo legal e seus corolários, submeto a demanda diretamente a este colendo Órgão Especial, que dispõe da faculdade de julgar definitivamente a ação, com fulcro no art. 12 da Lei Estadual n. 12.069/2001 (ADI n. 2009.072645-5, de São José, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 15-2-2012).*

2. Em preliminar, afasta-se a arguição de ilegitimidade ativa do Coordenador Centro Apoio Operacional de Controle de Constitucionalidade - CECCON do Ministério Público Estadual.

Com efeito, interpretando-se o art. 85, III, da CE/1989, e o art. 93, XVI, da LCE n. 197/2000, infere-se que Procurador-Geral de Justiça pode delegar funções, o que de fato foi concretizado em favor do Coordenador do CECCON por meio da Portaria n. 1.498/2019/PJ (Evento 18, PROMOÇÃO1).

Este é o entendimento desta Corte de Justiça:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO CECCON E DE ERRO MATERIAL NA PETIÇÃO INICIAL AFASTADAS [...] (ADI n. 8000459-61.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Jaime Ramos, Órgão Especial, j. 21-08-2019).*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. [...] PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO COORDENADOR-GERAL DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (CECCON). TESE AFASTADA. ART. 93, INCISO XVI, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 197/2000. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA AUTORIZADO A DELEGAR A ATRIBUIÇÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR REJEITADA [...] RECONHECER A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 131-E, CAPUT E § 1º, INCISO V (ADI n. 8000030-60.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Soraya Nunes Lins, Órgão Especial, j. 05-06-2019).*

3. Ainda de forma prefacial, colhe-se que a Lei Estadual n. 18.014/2020, ora questionada, trata de hipótese de requisição administrativa, que segundo o autor estaria em desconformidade a previsão constitucional quanto ao valor da indenização a ser paga pelo ente público.

Segue o texto normativo:

*Art. 1º Os profissionais de saúde pública atuantes no combate à calamidade pública gerada pela pandemia de COVID-19, por requisição do Estado poderão ser hospedados em hotéis, pousadas ou espaços de alojamento similares, nos termos do Decreto nº 562, de 17 de abril de 2020, para evitar a proliferação do vírus, garantida a justa indenização posterior, aos seus respectivos proprietários, das tarifas aplicadas em balcão .[...] (grifou-se)*



A Constituição Federal de 1988, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos, prevê a hipótese de requisição de propriedade particular por autoridade competente em caso de iminente perigo público, assegurada indenização posterior:

*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:*

*[...]*

*XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;(grifou-se).*

Segundo art. 125, §2º, da Carta Magna, “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

A Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989, por sua vez, não trata de forma expressa do instituto da requisição. Porém, seu art. 4º, caput, estabelece que ela deve assegurar os direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal:

*Art. 4º O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, observado o seguinte: [...].*

É por isso que se pode dizer que a Constituição do Estado de Santa Catarina também prevê a requisição com mesmos contornos estabelecidos no art. 5º, XXV, da CF/1988.

De fato, é orientação pacífica que os Tribunais dos Estados podem exercer o controle concentrado de constitucionalidade de normas estaduais ou municipais tendo-se como parâmetro norma da Constituição Federal que seja de reprodução obrigatória na Constituição Estadual, ainda que nela não conste expressamente.

Do STF, confira-se:

*DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. AÇÃO DIRETA ESTADUAL. CONFLITO ENTRE LEI MUNICIPAL E NORMA CONSTITUCIONAL DE REPETIÇÃO OBRIGATÓRIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À ADI 508. REGIME DA LEI Nº 8.038/1990 E CPC/1973. 1. É viável o uso de norma constitucional de reprodução obrigatória como parâmetro de controle de constitucionalidade de lei municipal pela via da ação direta*

estadual. Precedentes. 2. Na vigência do CPC/1973 e Lei nº 8.038/1990, período em que ajuizado o presente feito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se firmou no sentido de que, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a eficácia vinculante dos acórdãos abrange apenas o objeto examinado pela Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (Rcl 17954 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j.21/10/2016, grifou-se)

*As normas constitucionais de reprodução obrigatória, por possuírem validade nacional, integram a ordem jurídica dos Estados-membros ainda quando omissas em suas Constituições estaduais, inexistindo qualquer discricionariedade em sua incorporação pelo ordenamento local. [...] Como tese de julgamento, firma-se o seguinte entendimento: É constitucional o exercício pelos Tribunais de Justiça do controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição da República, quando se tratar de normas de reprodução obrigatória 4 pelos Estados-membros (STF - ADI 5646, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 7-2-2019).*

Aliás, no mesmo sentido, extrai-se dos julgados deste Tribunal de Justiça:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.583, DE 02 DE DEZEMBRO DE 2019, DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA, QUE ‘CONCEDE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - IPTU AO IMÓVEL HABITADO POR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS’. NORMA DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE VEICULOU BENEFÍCIO FISCAL DESACOMPANHADA DE ESTUDO DE IMPACTO FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO. **INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO DISPOSTO NO ARTIGO 113 DO ADCT, NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA E POR ISSO APLICÁVEL A TODOS OS ENTES FEDERATIVOS.** PRECEDENTE DO STF (ADI N. 5.816) E DESTA CORTE (ADI 5009213-38.2019.8.24.0000). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CONFIGURADA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. **É viável o controle concentrado da lei municipal tendo como parâmetro norma da Constituição Federal quando esta for de reprodução obrigatória, ainda que ela não conste formalmente do texto da Constituição estadual** (STF - ADI 5646, Rel. Min. Luiz Fux). “A Emenda Constitucional 95/2016, por meio da nova redação do art. 13 do ADCT, estabeleceu requisito adicional para a validade formal de leis que criem despesa ou concedam benefícios fiscais, requisitos esse que, por expressar medida indispensável para o equilíbrio da atividade financeira do Estado, **dirigi-se a todos os níveis federativos**” (ADI 5816, Rel. Min. Alexandre de Moraes). (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade (Órgão Especial) n. 5007502-95.2019.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Órgão Especial, j. 04-11-2020 - grifou-se).*

O Supremo Tribunal Federal firmou sua orientação no sentido de que o controle de constitucionalidade por via de ação direta, quando exercido pelos Tribunais de Justiça, deve limitar-se a examinar a validade das leis estaduais/municipais à luz da Constituição do Estado. No controle abstrato, apenas esta Corte pode usar como parâmetro a Carta Federal. [...] **Nada impede, porém, que o Tribunal de Justiça fundamente suas conclusões em norma constitucional federal que seja “de reprodução obrigatória” pelos Estados-membros. Assim se qualificam as disposições da Carta da República que, por pré-ordenarem diretamente a organização dos Estados-membros, do Distrito Federal e/ou dos Municípios, ingressam automaticamente nas ordens jurídicas parciais editadas por esses entes federativos. Essa entrada pode ocorrer, seja pela repetição textual do texto federal, seja pelo silêncio dos constituintes locais - afinal, se sua absorção é compulsória, não há qualquer discricionariedade na sua incorporação pelo ordenamento local.** [...] (STF. Rcl 17954 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 21/10/2016) (sem grifos no original) (ADI n. 8000148-18.2018.8.24.0900, da Capital, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Órgão Especial, j. 06-02-2019) (grifo nosso).

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANEXO III DA LEI COMPLEMENTAR Nº 206/2005 DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. SUPOSTA OFENSA AO ART. 4º DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA DO ART. 5º, INCISO XXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGADA EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO DE TAXA PARA A OBTENÇÃO DE CERTIDÕES EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS, ASSIM COMO PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PETIÇÃO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA ANÁLISE DA MATÉRIA. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL UTILIZADA COMO PARÂMETRO DE CONSTITUCIONALIDADE. NORMA DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPETÊNCIA DA CORTE DE JUSTIÇA ESTADUAL. EXEGESE DO ARTIGO 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR AFASTADA. AVENTADA OFENSA REFLEXA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. ARGUMENTO AFASTADO. SOLUÇÃO DO CONTROLE ABSTRATO QUE NÃO DEPENDE DA ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. OFENSA DIRETA À NORMA CONSTITUCIONAL. AÇÃO EM QUE SE IMPUGNA O ANEXO III DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 206/2005. CONSTATADA A REVOGAÇÃO TÁCITA PELO ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 545/20015. OBSERVÂNCIA DO ART. 2º, § 1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, ANTIGA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA.*

*JULGAMENTO DO MÉRITO PREJUDICADO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (ADI n. 9136943-03.2015.8.24.0000, da Capital, rel. Soraya Nunes Lins, Órgão Especial, j. 16-05-2018).*

Assim, frente ao disposto no art. 125, § 2º, da CF/1988, afasta-se eventual alegação de impossibilidade ou incompetência deste Tribunal de Justiça Estadual apreciar a constitucionalidade da norma estadual impugnada frente ao art. 5º, XXV, da CF/1988, de reprodução obrigatória na CESC/1989, por força de seu art. 4º, caput.

4. No mérito, discute-se a possibilidade do Estado de Santa Catarina, ao promover a requisição de hospedagem em hotéis, pousadas ou espaços de alojamento similares, para profissionais de saúde pública atuantes no combate à calamidade pública gerada pela pandemia de COVID-19, garantir aos estabelecimentos o pagamento de justa indenização posterior correspondente ao valor “das tarifas aplicadas em balcão”.

Celso Antônio Bandeira de Melo pontua que requisição é “*o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e autoexecutório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa in natura obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado*” (Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 25ª edição, p. 891. São Paulo. Malheiros. 2008).

José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez, explica o instituto e sublinha a existência de dois tipos de requisição, a civil e a militar:

*Requisição é a modalidade de intervenção estatal através da qual o Estado utiliza bens móveis, imóveis e serviços particulares em situação de perigo público iminente.*

*Anteriormente, a requisição era instituto que só tinha aplicação em situação de guerra ou de movimentos*

*graves de origem política. Hoje, ingressou no Direito Administrativo, servido par afins militares e civil. **Há, portanto, dois tipos de requisição: a requisição civil e a requisição militar** (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 23ª edição, p. 855. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010 - grifou-se).*

Ora, a requisição civil prevista no art. 5º, XXV, da CF/1988 e no art. 4º, caput, da CESC/1989, assegura ao proprietário “indenização ulterior, se houver dano”.

Assim, a fixação prévia de um valor para ressarcimento decorrente da requisição prevista na Lei Estadual n. 18.014/2020, a meu ver, ofende o modelo constitucional.

Com efeito, a indenização ao proprietário que teve bem ou serviço sujeito à requisição civil, na forma do art. 5º, XXV, da CF/1988, é devida apenas se houver dano, vale dizer, na extensão do prejuízo experimentado. E, conforme o Ministério Público registrou, e disso não há divergência nos autos, “*por tarifa de balcão compreende-se a diária fixada na recepção, sem desconto. Isto é, o preço de tabela dos produtos e serviços do hotel negociado diretamente com o cliente, já que os descontos são comumente praticados na hotelaria sobre essa tarifa de balcão os quais ‘variam em função das características e dos volumes de compras de cada segmento de mercado ou de estratégias de marketing praticadas’ (PETROCCHI, Mario. Hotelaria: planejamento e gestão. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007. p. 112)*” (Evento 18, PROMOÇÃO1, Página 8).

Nessa linha, considerando-se que a tarifa de balcão é aquela fixada pelo próprio estabelecimento sem qualquer espécie de desconto, o qual, em regra é aplicado no mercado, forçoso reconhecer a grande possibilidade do Poder Público pagar um valor que não corresponda efetivamente ao prejuízo decorrente da requisição administrativa.

Registre-se, neste sentido, que “*a reparação por danos materiais depende da comprovação concreta da sua existência, de forma que não cabe ser concedida com base em meras suposições ou conjecturas. Ou seja, apenas os danos emergentes e os lucros cessantes efetivamente demonstrados devem ser indenizados, sob pena de enriquecimento ilícito*” (AC n. 0002095-59.2010.8.24.0082, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 27-3-2018).

Aliás, diferentemente do que entende o Governador do Estado e o Procurador-Geral do Estado (Evento 12, INF1, Página 3), não se extrai do texto normativo combatido que a tarifa de balcão seria o mínimo pago pela acomodação. É dizer, caso o dano causado ultrapasse esse valor, o que não pode ser descartado em hipóteses eventuais, o proprietário estaria sendo prejudicado pela previsão legal de pré-fixar o valor do dano.

Ora, prevendo a norma de regência que a indenização corresponde ao dano, qualquer valor pago **a maior ou mesmo a menor**, ofende inclusive o princípio da moralidade.

A respeito, colhe-se:

*A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente*

*subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.*

*O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais (ADI 2.661/MA, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 05/06/2002).*

Assim, a norma questionada apresenta a inconstitucionalidade material apontada pelo autor, porquanto viola o art. 4º, *caput*, da CESC/1989, e o art. 5º, XXV, da CF/1988.

5. Além disso, ainda que nada tenha sido referido acerca da inconstitucionalidade formal da lei estadual atacada, de rigor analisar o pleito de invalidade também por esse ângulo.

Isso porque se entende que na ação direta de inconstitucionalidade a causa de pedir é aberta, vale dizer, “*A cognição do Tribunal em sede de ação direta de inconstitucionalidade é ampla. O Plenário não fica adstrito aos fundamentos e dispositivos constitucionais trazidos na petição inicial, realizando o cotejo da norma impugnada com todo o texto constitucional*” (AI n. 413210/MG - AgR-ED-ED, rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, Primeira Turma, j. 24.11.04)” (ADI. n. 4006894-17.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Francisco Oliveira Neto, Órgão Especial, j. 15-05-2019).

De fato, o art. 8º, *caput*, da CESC/1989, estabelece que o Estado de Santa Catarina apenas pode exercer competências, inclusive a legislativa, que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal:

*Art. 8º. Ao Estado cabe exercer, em seu território, todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal, especialmente:*

*I - produzir atos legislativos, administrativos e judiciais; [...].*

Por sua vez, o art. 9º, I, da CESC/1989, reforça que o Estado compete zelar pela Constituição Federal:

*Art. 9º O Estado exerce, com a União e os Municípios, as seguintes competências:*

*I - zelar pela guarda da Constituição Federal e desta Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público. [...].*

Estas disposições são de suma importância porque o art. 22, III, da CF/1988, fixa que a competência legislativa para tratar de requisições civis e militares é privativa da União:



*Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;*

Novamente louvando-se da lição de José dos Santos Carvalho Filho, confirma-se essa assertiva e verifica-se a existência de normas federais já tratando da requisição:

**Somente lei federal pode regular a requisição. De acordo com o art. 22, III, da CF, compete privativamente à União Federal legislar sobre requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra. Anote-se, porém, que a competência referida é a legislativa. Sendo assim, as autoridades das demais pessoas políticas podem praticar atos de requisição, desde que, é óbvio, presentes os requisitos constitucionais e legais. [...]**

O Decreto-lei n. 4.812, de 8/10/1942, disciplina a requisição civil e militar e continua em vigor, já que adequado ao citado art. 5º, XXV, da CF. Outros diplomas legais que preveem requisição são a Lei Delegada n. 4, de 26/6/1962, e o Decreto-lei n. 2, de 14/1/1966, ambos voltados para a intervenção no domínio econômico e para os bens e serviços necessários ao abastecimento da população.

**O vigente Código Civil, confirmando o instituto na parte em que disciplina a propriedade, deixou expresso que o proprietário pode ser privado da coisa não só em caso de desapropriação, como também “no de requisição, em caso de perigo público iminente” (art. 1.228, § 3º), o que reforça o caráter social da propriedade. De outro lado, a Lei n. 8.080, de 19.09.90, que regula os serviços de saúde, contempla a requisição de bens e serviços de pessoas naturais ou jurídicas, para atendimento de “necessidades coletivas, urgentes e transitórias, oriundas de perigo iminente, calamidade pública ou irrupção de epidemias”, assegurada justa indenização (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 23ª edição, p. 855. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010 - grifou-se).**

De fato, além nas normas citadas, dentre elas o art. 1.228, §3º, do CC, colhe-se que o art. 15, XIII, da Lei Federal n. 8.080/1990, já prevê a possibilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, sendo-lhes assegurada justa indenização:

*Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: [...] XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;*

Especificamente no momento atual, a União editou a Lei Federal n. 13.979/2020, a qual “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, e, dentre as providências previstas, consta



expressamente a requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas com pagamento posterior de indenização justa:

*Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: [...] VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e*

No STF, encontra-se precedente tratando da competência legislativa da União para dispor sobre a requisição administrativa:

*CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. PACTO FEDERATIVO. VIOLAÇÃO. HIPÓTESE DE USO DE VEÍCULO APREENDIDO ESTABELECIDADA POR ESTADO FEDERADO. **RESERVA DE LEI DA UNIÃO PARA DISPOR SOBRE DIREITO PENAL, REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA, TRÂNSITO E PERDIMENTO DE BENS.** A Lei 84.93/2004, do Estado do Rio Grande do Norte, viola os arts. arts. 5º, caput, XXV e XLV e 22, I, III e XI da Constituição, na medida em que estabelece hipótese de uso de veículo apreendido, ainda que em atividade de interesse público. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente (ADI 3639, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 23/05/2013 grifou-se).*

Nesta Corte de Justiça, segue-se a orientação de que extrapolação da competência legislativa pelo Estado importa em violação ao art. 8º da CESC/1989:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N. 17.686, DE 11.01.19, DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DIPLOMA LEGAL QUE “ASSEGURA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA VISUAL O DIREITO DE RECEBER AS CERTIDÕES DE REGISTRO CIVIL CONFECCIONADAS NO SISTEMA DE LEITURA BRAILE”. ADOÇÃO DO RITO CÉLERE PREVISTO NO ARTIGO 12 DA LEI ESTADUAL N. 12.069/01. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. [...] 210/MG - AgR-ED-ED, relª. Minª. Ellen Gracie, Primeira Turma, j. 24.11.04). **LEI EDITADA EM DESCOMPASSO COM A SISTEMÁTICA CONSTITUCIONAL DE PARTILHA DE COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS, NOTADAMENTE COM A REGRA INSCULPIDA NO ARTIGO 22, XXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (REGISTROS PÚBLICOS). NORMA QUE ULTRAPASSA A COMPETÊNCIA RESIDUAL DO ESTADO, A TEOR DOS ARTIGOS 25, § 1º DA CRFB/88 E 8º DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA.** Compete à União, privativamente, delinear os elementos basilares dos serviços notariais e de registro, somente cabendo aos Estados- Membros, no exercício de sua competência residual, dispor sobre a matéria quando “a norma não alberga disciplina enquadrável no conceito de registros públicos, ou seja, não pretende criar ou alterar regulamento concernente à validade, à forma, ao conteúdo ou à eficácia dos atos registrais” (STF, ADI n. 2.254/ES, rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.12.16). A Lei Estadual n. 17.686/19, ao impor às serventias extrajudiciais de registro civil que forneçam certidões de nascimento, casamento e óbito em braille aos portadores de deficiência visual, sob pena de sanção, conquanto não promova, propriamente, a criação de um novo ato registral, disciplina, inegavelmente, aspectos concernentes à forma desse tipo de registro, invadindo, dessa forma, a esfera de competência privativa da União, a ensejar o vício*

*formal de inconstitucionalidade [...] AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N. 17.686/19. (ADI n. 4006894-17.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Francisco Oliveira Neto, Órgão Especial, j. 15-05-2019 - grifou-se).*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 148 E 149, DA LEI ESTADUAL N. 17.292/2017. ESTACIONAMENTOS PÚBLICOS, PRIVADOS E FORNECEDORES DE SERVIÇO DE MANOBRA E GUARDA DE VEÍCULOS EM GERAL, LOCALIZADOS NO ESTADO DE SANTA CATARINA. NORMA QUE DETERMINA GRATUIDADE PARA VEÍCULOS UTILIZADOS POR PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA, PELO PERÍODO MÍNIMO DE NOVENTA MINUTOS (ART. 148). INFRAÇÃO À NORMA PUNIDA COM PENA DE MULTA (ART. 149). ESTACIONAMENTOS PRIVADOS EM GERAL. **MATÉRIA DE DIREITO CIVIL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (ART. 22, INCISO I, DA CF) E, POR ISSO, VEDADA AO ESTADO (ART. 8º, CAPUT, DA CE).** [...] **O art. 8º, caput, da Constituição Estadual, prevê que “ao Estado cabe exercer, em seu território, todas as competências que não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal [...]”**, razão pela qual não pode determinar que os estacionamentos privados e os fornecedores de serviços de manobra e guarda de veículos em geral concedam gratuidade, pelo período mínimo de noventa (90) minutos, aos veículos utilizados por pessoas portadoras de deficiência, porque se trata de matéria de direito civil (art. 22, inciso I, da CF), de competência legislativa privativa da União. [...] (ADI n. 4004299-45.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Jaime Ramos, Órgão Especial, j. 15-05-2019 - grifou-se).*

Nesse contexto, também observa-se a inconstitucionalidade formal, uma vez que o diploma normativo questionado ofende o art. 8º, *caput*, da CESC/1989, e o art. 22, III, da CF/1988.

6.Reconhecida a inconstitucionalidade da norma na forma da fundamentação, necessário se faz a apreciação da modulação dos efeitos da declaração.

Conforme art. 17 da Lei Estadual n. 12.069/2001, “*ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”.

Consoante a doutrina de Alexandre de Moraes:

*[...] permitiu-se ao STF a manipulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação à sua amplitude, seja em relação aos seus efeitos temporais, desde que presentes os dois requisitos constitucionais: requisito formal: decisão da maioria de dois terços dos membros do Tribunal; requisito material: presença de razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social. [...]. Excepcionalmente, poderá o Supremo Tribunal Federal, presentes os requisitos já analisados, limitar esses efeitos, seja para afastar a nulidade de alguns atos praticados pelo Poder Público com base em norma declarada inconstitucional, seja para afastar a incidência dessa decisão em relação a algumas situações, seja, ainda, para eliminar, total ou parcialmente, os efeitos repristinatórios da decisão. Em relação aos limites temporais da declaração de inconstitucionalidade temos a seguinte situação: regra: efeitos ex tunc, ou seja, retroativos; Primeira exceção: feitos ex nunc, ou seja, não retroativos, a partir do trânsito em julgado da decisão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, desde que fixados por 2/3 dos Ministros do STF; Segunda exceção: efeitos a partir de qualquer momento escolhido pelo Supremo Tribunal Federal, desde que fixados por 2/3 de seus Ministros. Essa hipótese de restrição temporal*

*dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade tem limites lógicos. Assim, se o STF entender pela aplicação dessa hipótese excepcional, deverá escolher como termo inicial da produção dos efeitos, qualquer momento entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão. Desta forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para produção dos efeitos da decisão data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos (Direito Constitucional. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 688-690).*

No caso, invalidade aqui reconhecida impede que eventual requisição civil promovida pelo Estado de Santa Catarina acarrete pagamento de indenização superior ou inferior a devida. Ou seja, com a extirpação do mundo jurídico da norma questionada, não haverá nem enriquecimento sem causa nem prejuízo aos proprietários atingidos, de forma que não há motivos para impedir que a nulidade da norma atinja eventuais situações jurídicas já ocorridas.

Assim, não se verifica razões de segurança jurídica ou de excepcional de interesse social que demande restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de forma a invalidade deve ter efeitos *ex tunc*.

Pelo exposto, voto por julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 18.014, de 6 de outubro de 2020, do Estado de Santa Catarina.

**Desembargador SERGIO ROBERTO BAASCH LUZ**

**Relator**

## **DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ÓRGÃO ESPECIAL) Nº 5021369-24.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ CÉZAR MEDEIROS

AUTOR: PREFEITO - ESTADO DE SANTA CATARINA - COCAL DO SUL

RÉU: CAMARA MUNICIPAL DE COCAL DO SUL

CONSTITUCIONAL - REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES - CONVOCAÇÃO DO PREFEITO PARA COMPARECER E PRESTAR INFORMAÇÕES PERANTE O PARLAMENTO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES - CE, ART. 32 - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE

Nos termos do disposto no art. 32 da Magna Carta Estadual, os poderes do Estado são independentes e harmônicos entre si, de forma que a previsão regimental de convocação do Prefeito Municipal para prestar informações pessoalmente perante a Mesa Diretora ou Comissão da Câmara de Vereadores viola frontalmente o referido dispositivo, padecendo, portanto, de flagrante inconstitucionalidade.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, julgar procedente o pedido e declarar parcialmente inconstitucionais os artigos 196, caput, e 197, caput, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores do Município de Cocal do Sul, para suprimir a expressão “o Prefeito”, por violação ao artigo 32, caput, da Constituição do Estado de Santa Catarina, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 19 de maio de 2021.

**Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

O Prefeito Municipal de Cocal do Sul, Ademir Macagnin, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face dos arts. 196 e 197 do Regimento Interno da Câmara de Vereadores Municipal, alegando violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes, previsto no art. 32 da Constituição Estadual.

Alega que os citados dispositivos preveem a convocação do Prefeito Municipal e Secretários para prestar informações perante a Mesa e suas Comissões, colocando-os em posição de subordinação perante os integrantes do Poder Legislativo local.

Destacou que “*em atenção ao princípio da simetria entre a Constituição Federal, Estadual e Lei Orgânica Municipal, que não há em nenhum dos diplomas citados previsão que autoriza a convocação do Chefe do Executivo a prestar esclarecimentos pessoalmente em qualquer das Casas Legislativas (União, Estado de SC, e Município de Cocal do Sul), o que demonstra que o Regimento Interno do Município de Cocal do Sul, neste particular, extrapola os limites da constitucionalidade*”.

Ao final, postulou a concessão da medida cautelar para suspender a aplicação da expressão “prefeito” nos citados dispositivos até decisão definitiva deste Órgão Julgador.

Por intermédio da decisão constante do ev. 2 foram solicitadas informações e postergada a análise da medida cautelar para o julgamento em definitivo.

Ao prestar informações, o Presidente da Câmara de Vereadores do Município afirmou inexistir inconstitucionalidade nos questionados dispositivos do Regimento Interno.

Aduziu que compete ao Poder Legislativo a função de fiscalizar os atos do Poder Executivo, incluindo a prerrogativa de convocar membros do referido Poder, notadamente o Prefeito, para prestar informações, pessoalmente, perante a Casa Legislativa (ev. 25).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do doutor Davi do Espírito Santo, pugnou pela “*procedência do pedido, para que sejam declarados parcialmente inconstitucionais os artigos 196, caput, e 197, caput, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores do Município de Cocal do Sul, para suprimir a expressão ‘o Prefeito’, por violação ao artigo 32, caput, da Constituição do Estado de Santa Catarina*”.

## VOTO

1 Colhe-se dos autos que o Prefeito Municipal de Cocal do Sul ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade em face dos arts. 196, caput, e 197, caput, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores Municipal, notadamente da expressão “Prefeito”, alegando violação aos princípios da independência e harmonia entre os Poderes.

Com efeito, dispõem os arts. 196 e 197 do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Cocal do Sul:

“Art. 196. A Mesa da Câmara Municipal, ou suas Comissões, podem convocar o Prefeito, Secretários ou titulares de diretoria equivalente, diretamente subordinado ao Prefeito, **para comparecerem perante elas, a fim de prestarem informações sobre assuntos previamente designados e constantes da convocação**”.

“[...]”

“Art. 197. **O Prefeito**, Secretário do Município ou Diretor equivalente convocado enviará à Câmara, dois dias úteis antes de seu comparecimento, **exposição em torno das informações pretendidas**.”

“Parágrafo único. O convocado terá o prazo de, no mínimo, vinte minutos para fazer a sua exposição, atendendo exclusivamente ao assunto da convocação” [sem grifo no original].

Denota-se, pois, que a referida norma prevê a possibilidade de o Prefeito Municipal de Cocal do Sul ser convocado pelos membros da Câmara Municipal para prestar informações, pessoalmente, bem como enviar até dois dias úteis antes da data fixada, relatório das informações solicitadas.

Ressoa clarividente que a determinação da normativa municipal acima colacionada viola o Princípio da Separação dos Poderes insculpido no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil e no art. 32 da Magna Carta Estadual, que assim dispõem:

“Art. 32. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Acerca da independência dos Poderes, extrai-se da doutrina:

*“Atualmente, entre nós, a separação dos poderes se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder político. Isso significa que, não obstante a independência orgânica, no sentido de não haver entre eles qualquer subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções, a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há “interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um detrimento do outro e especialmente do governados”.*

[...]

*“No Brasil, esse sistema de controle mútuo é revelado, exemplificamente, pelo poder que têm os órgãos do Judiciário de declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos do poder público, quando estes e aquelas ofenderem o texto magno; o poder que têm as chefias do Executivo de vetar projetos de leis aprovados pelo Legislativo, quando estes forem inconstitucionais ou contrários ao interesse público e, de um modo geral, de participarem do processo legislativo, seja pela iniciativa legislativa que têm, seja pela prerrogativa de solicitar urgência na tramitação de projetos de leis de suas iniciativas; o poder que tem o Legislativo de fiscalizar, através de mecanismos de controle e investigação, os atos dos outros poderes, sobretudo no que diz respeito aos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários, bem como a possibilidade que tem esse Poder de emendar os projetos de leis de iniciativa do Executivo e de rejeitar os vetos apresentados por este; o poder que têm o Executivo e Legislativo de atuarem na composição dos órgãos superiores do Judiciário, etc.” (DA CUNHA JÚNIOR, Dirlei. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 789).*

Assim, em que pese a expressa determinação de independência dos poderes, a Constituição Federal, cujos dispositivos foram replicados nas Cartas Estaduais, prevê um sistema de controle a ser exercido reciprocamente entre eles, também chamado de sistema de freios e contrapesos. Modalidade que permite sejam estabelecidas novas hipóteses de controle de um poder por outro, tanto por leis orgânicas municipais ou pelas Constituições Estaduais.

Exemplificativamente, cita-se o disposto no art. 50 da Constituição Federal, que expressamente previu a possibilidade de o parlamento convocar Ministro de Estado ou titulares de



órgãos subordinados à Presidência da República para prestar informações, sob pena de crime de responsabilidade:

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar **Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República** para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada. [sem grifo no original]

A Constituição Estadual, por sua vez, em atenção ao princípio da simetria, contém disposição semelhante, permitindo sejam convocados tão somente os Secretários de Estados, consoante seu art. 41:

“Art. 41. A Assembleia Legislativa ou qualquer de suas comissões poderá convocar Secretário de Estado e titulares de Fundações, Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista para prestar, pessoalmente, informações sobre assuntos previamente determinados, importando a ausência injustificada em crime de responsabilidade.

“[...]

“§ 2º A Mesa da Assembleia Legislativa encaminhará, após deliberação do Plenário, pedidos de informação ao Governador, aos Secretários de Estado e aos titulares de Fundações, Autarquias, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, sendo que a resposta deverá estar acompanhada de cópias de documentos compatíveis com as informações prestadas pelo órgão inquirido, importando em crime de responsabilidade a recusa ou não atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas”.

Impende salientar que, por intermédio da Emenda à Constituição n. 28/2002, foi acrescentado ao parágrafo segundo acima transcrito a possibilidade de convocação do Governador do Estado para prestar informações. Entretanto, a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade do acréscimo nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3279, cujo sumário está assim redigido:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 41, caput e § 2º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, com a redação das ECs nº 28/2002 e nº 53/2010. Competência legislativa. Caracterização de hipóteses de crime de responsabilidade. Ausência injustificada de secretário de Estado a convocação da Assembleia Legislativa. Não atendimento, pelo governador, secretário de Estado ou titular de fundação, empresa pública ou sociedade de economias mista, a pedido de informações da Assembleia. Cominação de tipificação criminosa. Inadmissibilidade. Violação a competência legislativa exclusiva da União. Inobservância, ademais, dos limites do modelo constitucional federal. Confusão entre agentes políticos e titulares de entidades da administração pública indireta. Ofensa aos arts. 2º, 22, I, 25, 50, caput e § 2º, da CF. Ação julgada procedente, com pronúncia de inconstitucionalidade do art. 83, XI, “b”, da Constituição estadual, por arrastamento. Precedentes. É inconstitucional a norma de Constituição do Estado que, como

pena cominada, caracterize como crimes de responsabilidade a ausência injustificada de secretário de Estado a convocação da Assembleia Legislativa, bem como o não atendimento, pelo governador, secretário de estado ou titular de entidade da administração pública indireta, a pedido de informações da mesma Assembleia» (ADI 3279, Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 16.11.2011) [sem grifo no original].

Dessarte, partindo desta premissa, não há como deixar de reconhecer a inconstitucionalidade da expressão “Prefeito” nos arts. 196 e 197 do Regimento Interno da Câmara de Vereadores do Município de Cocal do Sul por evidente violação ao Princípio da Independência dos Poderes.

Este Órgão Julgador apreciou matéria semelhante nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 9121974-80.2015.8.24.0000, da relatoria do Desembargador Raulino Jacó Brüning, que tratava da Lei Orgânica do Município de Porto Belo, tendo reconhecido a inconstitucionalidade da convocação do Prefeito Municipal pela Câmara de Vereadores para comparecimento pessoal e prestação de informações. O Sumário da decisão está redigido nos seguintes termos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISOS XIII E XVIII DO ARTIGO 58 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE PORTO BELO. DISPOSITIVOS LEGAIS QUE AUTORIZAM A CONVOCAÇÃO DO PREFEITO, SECRETÁRIOS E DIRETORES MUNICIPAIS A COMPARECEREM PESSOALMENTE PERANTE A CÂMARA DE VEREADORES, SOB PENA DE CRIME DE RESPONSABILIDADE. 1. INVIABILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE SANÇÃO PENAL POR LEI MUNICIPAL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA A DEFINIÇÃO DAS CONDUTAS TÍPICAS CONFIGURADORAS DO CRIME DE RESPONSABILIDADE (SÚMULA VINCULANTE 46 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). 2. INADMISSIBILIDADE DO CHAMAMENTO PESSOAL DO CHEFE DO EXECUTIVO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PODER DE FISCALIZAÇÃO QUE DEVE RESPEITAR LIMITES CONSTITUCIONAIS. AUSÊNCIA DE SIMETRIA DA NORMA MUNICIPAL COM O REGRAMENTO DO ARTIGO 71, XII, DA CONSTITUIÇÃO CATARINENSE. 3. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA NORMA. 4. PEDIDO PARCIALMENTE PROCEDENTE” [sem grifo no original].

No mesmo sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA OU DE REFERENDUM DA CÂMARA DE VEREADORES PARA A ASSINATURA DE CONVÊNIOS. AFRONTA À SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. INCONSTITUCIONALIDADE. **REGRA PERMISSIVADA CONVOCAÇÃO DO PREFEITO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS ANTE O PARLAMENTO. MÁCULA TAMBÉM À INDEPENDÊNCIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES. INCONSTITUCIONALIDADE.** IMPOSIÇÃO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DE PRESTAR INFORMAÇÕES AO LEGISLATIVO, POR ESCRITO E EM TRINTA DIAS. COMETIMENTO QUE SE INSERE NO CONTEXTO DO PODER FISCALIZATÓRIO DA EDILIDADE. SIMETRIA COM O ART. 71, INC. XII, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. CONSTITUCIONALIDADE.

DEFINIÇÃO DE INFRAÇÕES POLÍTICO ADMINISTRATIVAS PELA LEI ORGÂNICA. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE» (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.070867-1, Des. João Henrique Blasi, julgada em 18-4-2012) [sem grifo no original].

Do corpo do acórdão, destaca-se o seguinte excerto:

“A Constituição do Estado (art. 41), em simetria com comando da Carta da República (art. 50), prevê a convocação de Secretário de Estado para, pessoalmente, prestar informações, contudo, não há previsão para a convocação do Chefe do Poder Executivo, tal como ocorre no preceptivo increpado.

“Observe-se o disposto no art. 41 da Constituição barriga-verde:

“Art. 41. A Assembléia Legislativa ou qualquer de suas comissões poderá convocar Secretário de Estado e titulares de Fundações, Autarquias e Empresas Públicas para prestar, pessoalmente, informações sobre assuntos previamente determinados, importando a ausência injustificada em crime de responsabilidade.

“Ao que se vê, inexistente correspondência simétrica em ordem a autorizar a Câmara a convocar o Prefeito Municipal. Pode a Edilidade, então, convocar os Secretários Municipais, não, porém, o Alcaide.

“Afinal, como assentado pelo Supremo Tribunal Federal, os Secretários são auxiliares do Prefeito e, apesar da “eminência dos seus cargos e da autonomia de suas funções, não tem eles a titularidade do poder, que se caracteriza, nas palavras de Sampaio Dória, na capacidade de haver-se sem dependência, por delegação constitucional da soberania do povo” (ADI/MC n. 111/BA, rel. Min. Carlos Madeira, j. 25.10.89).

“A decisão referida está assim ementada:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA QUE PREVÊ A CONVOCAÇÃO, PELA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA, DO GOVERNADOR DO ESTADO, PARA PRESTAR PESSOALMENTE INFORMAÇÕES SOBRE ASSUNTO DETERMINADO, IMPORTANDO EM CRIME DE RESPONSABILIDADE A AUSÊNCIA SEM JUSTIFICAÇÃO ADEQUADA. ‘FUMUS BONI IURIS’ QUE SE DEMONSTRA COM A AFRONTA AO PRINCÍPIO DE SEPARAÇÃO E HARMONIA DOS PODERES, CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ‘PERICULUM IN MORA’ EVIDENCIADO NO JUSTO RECEIO DO CONFLITO ENTRE PODERES, EM FACE DE INJUNÇÕES POLÍTICAS. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA.

“*Mutadis mutandis*, da mesma Suprema Corte também extrai-se:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO DA EXPRESSÃO “PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, CONTIDA NOS §§ 1º E 2º DO ART. 57 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO.

“Os dispositivos impugnados contemplam a possibilidade de a Assembléia Legislativa capixaba convocar o Presidente do Tribunal de Justiça para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência injustificada desse Chefe de Poder. Ao fazê-lo, porém, o art. 57 da Constituição capixaba não seguiu o paradigma da Constituição Federal, extrapolando as fronteiras do esquema de freios e contrapesos

-- cuja aplicabilidade é sempre estrita ou materialmente inelástica -- e maculando o Princípio da Separação de Poderes. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “Presidente do Tribunal de Justiça”, inserta no § 2º e no caput do art. 57 da Constituição do Estado do Espírito Santo. (ADI n. 2911/ES, rel. Min. Carlos Britto, j. 10.8.06)

“Dessa forma, írrita desvela-se, no tocante à convocação do Alcaide, a Lei municipal profligada, pois absonante do comando da Constituição do Estado (art. 41). É de ser declarada, nessa contextura, inconstitucional a expressão “o Prefeito e”, constante do inc. XXVI do art. 19 da Lei Orgânica objurgada”.

Desta forma, imperiosa a procedência do pedido inaugural a fim de que seja reconhecida a inconstitucionalidade da expressão “Prefeito” constante dos arts. 196 e 197 do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Cocal do Sul.

2 Ante o exposto, voto por julgar procedente o pedido e declarar parcialmente inconstitucionais os artigos 196, caput, e 197, caput, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores do Município de Cocal do Sul, para suprimir a expressão “o Prefeito”, por violação ao artigo 32, caput, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

**Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS**

**Relator**

## GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

**AÇÃO RESCISÓRIA (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 0190648-40.2013.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR RAULINO JACÓ BRUNING

AUTOR: ORLANDO FERREIRA (INVENTARIANTE)

ADVOGADO: BERNARDO BELTRAO CAMPOS PONTES (OAB SC027121)

ADVOGADO: JULIO GUILHERME MULLER (OAB SC012614)

AUTOR: ANA PEREIRA FERREIRA (ESPÓLIO)

ADVOGADO: BERNARDO BELTRAO CAMPOS PONTES (OAB SC027121)

ADVOGADO: JULIO GUILHERME MULLER (OAB SC012614)

RÉU: AFONSO COELHO - TEXTIL

ADVOGADO: SANDRO ANTÔNIO SCHAPIESKI (OAB SC011199)

ADVOGADO: MICHELE TOMAZONI (OAB SC020820)

ADVOGADO: VANESSA CARLA BUENO (OAB SC019443)

RÉU: SEBASTIAO DE BARCELOS (ESPÓLIO)

ADVOGADO: VALDIR FRANCISCO COLZANI (OAB SC003426)

ADVOGADO: MARCOS LUIZ COLZANI (OAB SC007746)

ADVOGADO: ANA LUIZA COLZANI (OAB SC040294)

AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA COM FUNDAMENTO NO ART. 485, V, VII E IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 VIGENTE À ÉPOCA. DECISÃO RESCINDENDA QUE MANTEVE A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO ALTERNATIVO DE PERDAS E DANOS EM AÇÃO ANULATÓRIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. VENDEDOR E COMPRADORES CONDENADOS SOLIDARIAMENTE AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO ÀQUELE QUE PRIMEIRO TERIA ADQUIRIDO O BEM. 1. PRELIMINAR. PLEITO DE EXTINÇÃO DO FEITO RESCISÓRIO. INDEFERIMENTO. 2. ERRO DE FATO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA ATINENTE AO PREÇO PAGO PELO CASAL ADQUIRENTE, ORA AUTOR, QUE FOI EXPRESSAMENTE OBJETO DE EXAME NO DECISUM, OPTANDO-SE PELO VALOR DISPOSTO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. 3. DOCUMENTOS NOVOS. INSUBSISTÊNCIA. LAUDOS REALIZADOS EM PROCESSO DISTINTO NO QUAL OS DEMANDANTES TIVERAM CONHECIMENTO JÁ NA CONTESTAÇÃO DA EMPRESA PROPRIETÁRIA NA AÇÃOANULATÓRIA. 4. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. TESE

QUE MERECE ACOLHIMENTO. ART. 896 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. SOLIDARIEDADE QUE, IN CASU, RESTOU FUNDAMENTADA NA PRESUNÇÃO DE QUE OS NOVOS ADQUIRENTES SABIAM (OU DEVERIAM SABER) QUE HAVIA ALGUMA IRREGULARIDADE NO NEGÓCIO, DIANTE DO PREÇO VIL E DA CONDIÇÃO DE EMPRESÁRIO NO RAMO IMOBILIÁRIO. ACÓRDÃO QUE MERECE SER DESCONSTITUÍDO NO PONTO. 4.1. REANÁLISE DA QUESTÃO. ABSOLUTA AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO AO SUPOSTO CONLUÍO ENTRE OS AUTORES E A ALIENANTE. ÔNUS QUE COMPETIA AOREQUERENTEDAQUELADEMANDA (REQUERIDONESTA).BOA-FÉ PRESUMIDA. SEGUNDO NEGÓCIO (VENDA) DEVIDAMENTE AVERBADO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL, ALÉM DE CUMPRIDOS TODOS OS TRÂMITES ADMINISTRATIVOS ATINENTES À AVENÇA. TESTEMUNHA QUE CONFIRMA QUE O TERRENO ESTAVA COM PLACA DE IMOBILIÁRIA ATÉ A EFETIVA AQUISIÇÃO PELOS AQUI DEMANDANTES. PROCURAÇÃO OUTORGADA AO PRIMEIRO COMPRADOR QUE, APESAR DE REGISTRADA EM CARTÓRIO, NÃO SIGNIFICA ÔNUS SOBRE O BEM, AO MENOS PERANTE TERCEIROS. MATRÍCULA DESEMBARAÇADA E SEM ANOTAÇÃO DE QUALQUER GRAVAME OU PENDÊNCIA. RESPONSABILIDADE AFASTADA. 5. PRETENSÃO RESCISÓRIA CONHECIDA E PROVIDA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer da ação rescisória e, por violação ao disposto no art. 896 do Código Civil de 1916, desconstituir o acórdão prolatado nos autos da demanda anulatória n. 033.02.002178-2, no que se refere ao exame da condenação solidária de Orlando Ferreira e Anna Pereira Ferreira ao pagamento de indenização ao autor daquele feito. Cumulativamente, proferir o juízo rescisório, para afastar a responsabilidade do casal e, por fim, condenar os réus a arcar com os ônus sucumbenciais, nos termos da fundamentação. Custas legais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2021.

**Desembargador RAULINO JACO BRUNING**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Na Comarca de Itajaí, Sebastião de Barcelos propôs, no dia 1º/3/2002, **ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com indenização por perdas e danos**, autuada sob o n. 033.02.002178-2, em face de Organizações Afonso Coelho Ltda. e o casal Orlando Ferreira e Anna Pereira Ferreira.

A fim de esclarecer o objeto da referida demanda, adoto o relatório constante da sentença de fls. 499/506, da lavra do Magistrado Paulo Afonso Sandri, por refletir fielmente o contido naquele feito, in verbis:



*Trata-se de Ação Declaratória de Nulidade de Ato Jurídico cumulada com perdas e danos, intentada por Sebastião de Barcelos em face de Organizações Afonso Coelho Ltda., Orlando Ferreira e sua mulher Anna Pereira Ferreira todos igualmente identificados, alegando, resumidamente, que entregou à ré, na pessoa do Sr. Afonso Coelho o montante de 37 cheques totalizando o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), nominados a pedido do mesmo, em favor da empresa Silva Coelho & Cia Ltda., foram depositados na conta da empresa supra mencionada e ora na empresa Bordados e Confecções Cosil Ltda., da qual o próprio Sr. Afonso Coelho era sócio-gerente. Aduz que em decorrência do elevado débito da ré para com o autor, a empresa, sem condições de saldá-lo, entregou em pagamento ao Autor um terreno de marinha devidamente descrito nas fls. 04, devidamente comprovada por Procuração Pública, em caráter irrevogável e irretratável.*

*Contudo, aduz o autor que foi notificado judicialmente da venda do imóvel, inobstante a procuração pública que lhe fora outorgada, dando conta dessa venda num valor bastante inferior. Assevera que o ato é nulo ab initio, em razão de que não houve cancelamento da procuração pública outorgada, além do que o valor ínfimo pelo qual foi efetuada a venda dá conta da evidente fraude havida.*

*Ressalta que estava em vias de negociação do referido bem, comprovando tal fato com os documentos anexados, o que teve que por óbvio desfazer, em razão dos fatos acima noticiados.*

*Requer, desta feita, seja declarada a nulidade da venda do terreno pela primeira requerida aos segundos requeridos, ou, alternativamente, lhe seja ressarcido o valor do imóvel efetivamente válido, bem como condenar os requeridos nas perdas e danos, no valor de R\$ 50.000,00, além dos demais consectários de estilo.*

*Juntou documentos (fls. 17-99).*

*Devidamente citados, a audiência de conciliação resultou inexitosa. Os segundos requeridos contestaram o feito, aduzindo, em suma, que o imóvel foi devidamente transcrito conforme determina o artigo 530 do Código Civil, asseverando que o preço não é vil, posto que senão não seria possível o fornecimento de certidão negativa de tributos municipais e o ITBI não seria concorde com os valores fornecidos pela municipalidade, se realmente o preço fosse inferior, ao que requer seja declarada válida a compra do terreno descrito em fls. 4.*

*A primeira requerida contestou o feito aduzindo, preliminarmente, inépcia da petição inicial por falta de interesse processual e de agir, bem como repetição da ação em curso. Afirmou, outrossim, inexistência de nexos causal, ressaltando que o simples fato da procuração outorgada ser em caráter irrevogável e irretratável não impede a proprietária venha, por si só, vender o imóvel.*

*Entendem, desta forma, que a venda realizada fez com que a procuração outorgada perdesse seu objeto, o que não se confunde com revogação nem com retrato. Ressalta que houve má-fé, haja vista que a postulação ocorreu somente após a edificação de um prédio de treze andares no imóvel objeto da lide. Informa que inexistiu dação em pagamento, bem como o pedido é uma aberração jurídica, haja vista que não há como se requerer a anulação de um ato ou, alternativamente, o pagamento do valor do bem.*

*Juntou documentos (fls. 218/231).*

*Em sua manifestação à contestação, o autor rebate os argumentos expostos em ambas as contestações apresentadas e acresce, aos autos, os documentos de fls. 237 a 238, consistentes em termos de avaliação do imóvel.*

*Houve requerimento para que fosse oficiado ao Ofício de Registro de Imóveis para a averbação da existência da presente demanda junto às matrículas do imóvel objeto da lide. Da decisão que deferiu tal pedido os requeridos interpuseram agravo de instrumento, que foi negado provimento.*

*O feito foi devidamente saneado, afastando-se as preliminares aventadas, com exceção do nexos causal, que envolve-se com o mérito. Designada audiência de instrução, nesta foram tomados o depoimento pessoal*

*de Orlando Ferreira e ouvida a testemunha Josélia Maria Johannsen Müller. Encerrada a instrução, foram apresentadas as alegações finais na forma de memoriais, inclusive com a manifestação do representante do Ministério Público.*

À época, o Juiz julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, sob os fundamentos principais de que (i) houvera a venda anterior do bem ao autor (Sebastião), por meio da procuração pública acostada na exordial, donde exsurge o dever de indenizar o demandante, e (ii) o segundo negócio jurídico acontecera por preço vil, caracterizando a responsabilidade também dos adquirentes, mormente porque o réu Orlando é conhecido empresário de Itajaí e atua na área imobiliária. Segue a parte dispositiva:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial da ação declaratória de nulidade de ato jurídico cumulada com perdas e danos por Sebastião de Barcelos contra Organizações Afonso Coelho Ltda, Orlando Ferreira e Anna Pereira Ferreira, para condenar os requeridos ao pagamento de perdas e danos ao requerente equivalentes a dois apartamentos do Edifício Dona Benta, construído parte sobre o terreno descrito no instrumento procuratório de fls. 82, nas mesmas condições de conclusão oferecidas a terceiros.

Condeneo, outrossim, os requeridos, no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, nos moldes do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Oficie-se ao 1º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca, comunicando a presente decisão, e determinando a manutenção da averbação de que existe ação em trâmite, até que se verifique o trânsito em julgado, bem como determinando que não seja transferido mais nenhum apartamento sem a anuência do autor da presente.

Contra este decisum, todos os demandados interpuseram recurso, os quais foram distribuídos à Segunda Câmara de Direito Civil deste Tribunal, que decidiu, por votação unânime, conhecer dos apelos e dar-lhes parcial provimento (fls. 705/718). Participaram deste julgamento os Exmos. Desembargadores Sérgio Izidoro Heil, Jaime Luiz Vicari e Nelson Schaefer Mertins, ficando o aresto assim ementado:

*APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM PERDAS E DANOS. ALEGAÇÃO DE SENTENÇA EXTRA PETITA. PREFACIAL RECHAÇADA. MÉRITO. PROCURAÇÃO EM CAUSA PRÓPRIA ENTREGUE EM PAGAMENTO DE DÍVIDAS. BEM VENDIDO A TERCEIRO, PELO DEVEDOR, ANTES DA TRANSFERÊNCIA AO CREDOR. ALEGAÇÃO DE AGIOTAGEM NO NEGÓCIO JURÍDICO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS QUE COMPETIA AOS RÉUS. CPC, ART. 333, II. CIÊNCIA DOS ADQUIRENTES ACERCA DA TRANSFERÊNCIA DO BEM AO AUTOR EVIDENCIADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. COLISÃO ENTRE AS AVALIAÇÕES APRESENTADAS PELAS PARTES. ESTIPULAÇÃO COM BASE NO VALOR DO BEM CONFESSADO POR UM DOS RÉUS. IMPORTE DOS*

*HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO PELA SENTENÇA. NÃO ADSTRIÇÃO AO PEDIDO INICIAL. APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJSC, Apelação Cível n. 2006.031322-8, de Itajaí, rel. Sérgio Izidoro Heil, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 22-07-2010).*

Após o trânsito em julgado, operado em 3/12/2012 (fl. 895), os demandados Orlando Ferreira e Anna Pereira Ferreira ajuizaram a presente **ação rescisória**, sustentando, em suma: a) violação literal ao disposto no art. 896 do Código Civil de 1916, aplicável à espécie, haja vista que a solidariedade dos adquirentes do imóvel teria sido presumida no presente caso; b) existência de documentos novos, hábeis a demonstrar que a causa de pedir da demanda anterior visava ao cumprimento de ato ilícito, decorrente de agiotagem; c) erro de fato, porquanto o Togado sentenciante teria desconsiderado que, em verdade, o valor pago pelo bem fora mais alto do que o mencionado no acórdão, conforme recibo de pagamento lá juntado em tempo oportuno.

Com base nesses argumentos, pugnaram pela antecipação dos efeitos da tutela, a fim de obstar a eficácia da decisão rescindenda e, após, *“seja dado total provimento a presente ação a fim de rescindir a coisa julgada do acórdão de n. 2006.031322-8 e, na sequência, rejulgar a causa para julgar improcedente o pedido formulado por Sebastião Barcellos em face de Orlando Ferreira e Anna Ferreira por ausência de solidariedade destes em relação ao corrêu”* (fl. 25).

Ato contínuo, o pleito liminar foi indeferido, em decisão da lavra do Des. Eládio Torret Rocha (fls. 919/922). Houve pedido de reconsideração (fls. 928/930), igualmente rejeitado (fls. 939/942).

Apenas a requerida Organizações Afonso Coelho Ltda. apresentou contestação, às fls. 1.225/1.232, pleiteando, preliminarmente, o indeferimento da petição inicial por falta de possibilidade jurídica e ausência de enquadramento legal, apontando, ainda, a suposta ausência do depósito prévio exigido pelo art. 488, II, do antigo Código de Processo Civil. No mérito, refutou todas as teses levantadas pelos demandantes e pede a improcedência da ação rescisória.

Réplica às fls. 1.238/1.244.

Alegações finais às fls. 1.255/1.265 (autores), 1.271/1.275 (empresa demandada) e 1.279/1.289 (pelo Espólio de Sebastião de Barcelos). Nesta última, o réu aduziu a existência de má-fé dos demandantes quanto ao depósito inicial, que teria sido abaixo do devido, além de defender o total acerto do acórdão já transitado em julgado.

Lavrrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Vera Lúcia Ferrei Em sessão realizada no dia 9/8/2017, após voto do Relator, Des. César Abreu, no sentido de julgar improcedente a ação rescisória, o Des. Joel Dias Figueira Júnior manifestou-se pelo acolhimento do pleito para novo julgamento da causa, sendo seguido pela maioria dos demais componentes deste Grupo de Câmaras de Direito Civil. Ou seja, julgou-se procedente o pedido para rescisão do acórdão (primeira fase). Por conta disso, designou-se aquele que primeiro proferiu o voto divergente para prolação do acórdão e posterior inclusão em pauta para análise da segunda fase (certidões de fls. 1.323 e 1.329).

Em seguida, diante do falecimento da autora Anna Pereira Ferreira, suspendeu-se o feito para habilitação do Espólio (fls. 1.344/1.346), o que foi efetivamente cumprido às fls. 1.349/1.351, com a expressa ratificação de todos os atos até então praticados no feito.

Inconformado, o Espólio de Sebastião Barcelos interpôs agravo interno contra o aludido decisum de fls. 1.344/1.346 (que suspendeu o feito e permitiu a regularização da parte autora sem a anulação do julgamento da primeira fase). O recurso restou desprovido na sessão do dia 14/3/2018, por votação unânime (certidão de fl. 1.380).

Com a aposentadoria do Relator designado (Des. Joel Dias Figueira Júnior), ocorreu a redistribuição do processo às fls. 1.395, 1.403 e 1.406, até que os autos vieram conclusos a este Desembargador, em razão da ordem de votação que se sucedeu ao voto divergente.

É o necessário escorço dos autos.

## VOTO

Admite-se o processamento da ação rescisória, porque tempestiva sua propositura (fls. 1 e 895) e cumprido o recolhimento do depósito prévio.

Neste ponto, mister adiantar, desmerece acolhimento a impugnação efetuada em sede de alegações finais pelo Espólio de Sebastião Barcelos – que alega a insuficiência do montante depositado (fls. 1.279/1.289) –, porquanto ofertada intempestivamente.

A propósito, colhe-se de julgado desta Corte:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. AÇÃO DE USUCAPIÃO. DECISÃO DE IMPROCEDÊNCIA. IMPUGNAÇÃO INTEMPESTIVA. PRECLUSÃO TEMPORAL RECONHECIDA EX OFFICIO.*

*NÃO CONHECIMENTO. A impugnação ao valor da causa deve ser realizada pelo réu no prazo da contestação e por meio de incidente próprio, nos termos do art. 261 do CPC, sob pena de concordância tácita com o valor lançado na inicial. [...] (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.034238-2, de Balneário Camboriú, rel. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 21-1-2016).*

### 1. 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.

Assim, a Lei n. 13.105/2015 deve ser aplicada respeitando-se os atos processuais praticados e consolidados sob a vigência da lei anterior. Logo, 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**. Além disso, os fatos aqui discutidos envolvem atos jurídicos realizados antes do advento do Código Civil de 2002, de modo que também o Diploma de 1916 deve ser observado.

## 2. Pedido de indeferimento da inicial

Em contestação, Organizações Afonso Coelho Ltda. aduz:

*A ação rescisória terá cabimento quando pretende rescindir uma sentença de mérito transitada em julgado, nos termos do art. 485 do Código de Processo Civil. No caso dos autos, os autores buscam rescindir a decisão proferida em acórdão deste Tribunal, conforme exposição da peça inaugural, [...] (fl. 1.226)*

A insurgência não prospera.

Sem maiores delongas, é cediço que “O CPC 485 caput, ao estabelecer que a ‘sentença’ de mérito pode ser rescindida, falou menos do que queria dizer, pois o termo sentença aqui impropriamente colocado, deve ser entendido em sentido amplo, significando ‘decisão’” (NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 960).

A demandada assevera, também, que não foi recolhida a quantia atinente ao depósito prévio. No entanto, a juntada do comprovante pode ser facilmente percebida às fls. 909/910.

Por último, como fundamento para imediata extinção do feito, a requerida sustenta a ausência de enquadramento legal capaz de ensejar a propositura da presente demanda, de modo que a via eleita não se prestaria para o alcance dos objetivos veiculados na petição inicial. Evidentemente, a matéria confunde-se com o mérito, diante das peculiaridades da situação vertente, motivo pelo qual será abordada nos próximos itens.

## 3. Do exame do pedido de rescisão do mérito

Adentrando na quaestio, 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; [...] (Destacou-se).*

Consoante relatado, três são os fundamentos para rescisão do acórdão transitado em julgado, quais sejam:

**1 – Art. 485, V:** Os demandantes afirmam que houve manifesta violação ao art. 896 do Código Civil de 1916, que dispunha: “A solidariedade não se presume: resulta da lei ou da vontade das partes”;

**2 – Art. 485, VII:** Asseveram que provas indispensáveis à defesa dos réus não foram conhecidas na ação de anulação, sob a justificativa de que seriam intempestivas. No entanto, os documentos caracterizam prova nova cuja existência desconheciam, haja vista que produzida em processo no qual não figuraram como partes. Assim, sustentam, os laudos ora amealhados devem ser examinados e servir para a procedência da rescisória e rejuízo da causa;

**3 – Art. 485, IX:** “A decisão, todavia, incide em erro de fato na medida em que considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido, qual seja, de que Orlando e Anna pagaram um preço maior do que aquele informado na escritura de compra e venda” (fl. 22).

Passa-se, a seguir, à análise de cada um deles separadamente, iniciando-se pelos incisos IX e VII, para melhor compreensão do aresto.



### Do erro de fato

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: Jusdodivm, 2016, p. 1575, grifos acrescidos).*

Pois bem.

*In casu*, eis a situação que se apresenta: muito embora não tenha sido anulado o negócio jurídico de compra e venda do terreno entabulado entre Organizações Afonso Coelho Ltda. e o casal Orlando Ferreira e Anna Pereira Ferreira, com escritura pública averbada no Registro de Imóveis em 1º/10/1999 (fl. 146), entendeu-se que tal avença não ocorreu de modo regular.

É que, antes disso, a empresa proprietária outorgara à Sebastião Barcelos uma procuração para venda e escrituração do mesmo bem (interpretada judicialmente como uma primeira venda, em caráter irrevogável – fls. 503 e 706/718). Bem por este motivo, sobreveio condenação para indenização das perdas e danos de Sebastião (pedido alternativo da petição inicial), consubstanciada no valor de mercado do imóvel – R\$165.000,00 em 1999 (fl. 715). Ocorre que tanto a vendedora como o casal adquirente restaram obrigados ao pagamento da monta.

Colhe-se do aresto rescindendo, à fl. 714:

*Não obstante a argumentação exposta por tais litigantes, mostra-se impossível reconhecer que não sabiam da existência do pacto. Isto porque, como bem apontou a sentença, o apelante Orlando é um conhecido empresário de Itajaí, tendo registrados em seu nome ao menos 6 (seis) imóveis - casas, salas comerciais e terrenos (fl. 259) - localizados em tal município, a demonstrar que possui conhecimento do mercado imobiliário daquela cidade. Logo, se adquiriu o imóvel por R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), como lançado na matrícula do bem (fls. 88 e 89), sabia que estava adquirindo o terreno - em verdade, dois imóveis, segundo o Registro de Imóveis - por valor bastante inferior ao de mercado. (fls. 353/356, grifou-se).*

Todavia, na exordial da rescisória, os autores asseveraram que o recibo de pagamento deu-se pelo valor de R\$100.000,00; logo, a alteração do valor do negócio pelos Julgadores configura erro de fato, mormente porque o preço vil foi utilizado como razão de decidir.

Sem razão.

Ainda que se ignore que o assunto era controvertido e houve, sim, expressa manifestação judicial sobre o tema, com apreciação da prova produzida (especialmente a matrícula do imóvel), a verdade é que tal “correção” nem seria capaz de afastar a conclusão do julgado. Destarte, a diferença monetária relatada pelos autores nem de longe teria o condão de alterar o fundamento do preço vil (ao menos nos termos em que exposto no voto rescindendo).

Para esclarecimento, extrai-se do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, à fl. 1.305:

*Sobressai, ainda, do v. Acórdão que se tinha pleno conhecimento de que os valores de R\$100.000,00 (cem mil reais) ou de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) eram insignificantes para a valoração do terreno, face ao seu potencial:*

*Para reforçar a discrepância, deve-se levar em consideração o fato de que a soma das áreas alcançava a representativa metragem de pouco mais de 1.465,00 m<sup>2</sup> (mil, quatrocentos e sessenta e cinco metros quadrados), a revelar o baixo preço pago pelo área - pouco mais de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por metro quadrado.*

*E complementa:*

*o único dado seguro que se pode acolher como valoração do imóvel é aquele lançado na declaração de bens (fl. 259) do réu Orlando Ferreira, que serve como comprovação tácita do prejuízo por se tratar de fato incontroverso (CPC, art. 334, III).*

*Diante desse cenário e considerando que o montante descrito naquela declaração de bens é de R\$165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais), outra não poderia ser a valoração senão nesse importe, pouco importando se foram pagos no terreno a quantia de R\$100.000,00 (cem mil reais) ou R\$50.000,00 (cinquenta mil reais).*

### **Das provas novas**

Aqui, melhor sorte não assiste aos autores. Explica-se.

Durante o transcurso da referida ação de anulação, discutiu-se a existência da prática de agiotagem por Sebastião e que, possivelmente, a procuração que embasou aquela demanda fora outorgada a título de garantia. Entretanto, careceu o feito de provas nesse sentido. Ao passo que aquele narrou na petição inicial que o terreno fora dado em pagamento ante uma dívida inadimplida no valor total de R\$200.000,00 (fl. 31), nem mesmo a empresa demandada/alienante confirmou o ilícito na defesa, limitando-se a aduzir que entregara a procuração para possibilitar a comercialização do terreno por Sebastião, da mesma forma que continuara anunciando o bem por outras imobiliárias, inexistindo dever de exclusividade perante o outorgado.

Na ocasião em que apelaram da sentença, todavia, os segundos adquirentes juntaram vários laudos que, em tese, comprovariam a prática e o vício da simulação na primeira “venda”. São documentos extraídos da ação monitória n. 033.01.01682-4, na qual atuavam como litigantes Sebastião (polo ativo) e Silva e Coelho & Cia Ltda. (polo passivo).

Supostamente, os laudos periciais lá aportados denotam a cobrança de juros acima do limite legal nos empréstimos realizados por Sebastião, corroborando a atuação deste como agiota.

Mas, no que diz respeito a esta questão, vale transcrever o que foi dito no acórdão:

*Como bem assinalado nos autos, a existência de agiotagem macula a validade do negócio jurídico. Por expressa disposição de lei (art. 1º do Decreto 22.626/33), não se pode cobrar juros remuneratórios superiores “ao dobro da taxa legal” que estava estabelecida no Código Civil de 1916, o que indica a nulidade de disposição contratual neste sentido. Confirma tal afirmação, ainda, o fato do referido diploma legal determinar que seja punido criminalmente - ainda que a pena cominada em abstrato seja branda - aquele que buscar esconder tal prática por meio de simulação (art. 13).*

*Não obstante tais considerações, é preciso relembrar que a prova da existência de agiotagem é indispensável para que se possa reputar inválido o negócio jurídico. É impossível, em nosso sistema processual, considerar existente algum fato que não tenha sido devidamente comprovado, recaindo o ônus da falta de provas sobre quem dela se beneficiaria. Assim, portanto, incumbe ao devedor a demonstração cabal da agiotagem, nos termos do artigo 333, II, do CPC.*

[...]

*No caso dos autos, não há prova clara e robusta de que o repasse de quantias pelo autor à ré Organizações Afonso Coelho Ltda. fosse fruto de agiotagem. Ora, em nenhum momento se comprovou, nos presentes autos, que o demandante tivesse emprestado dinheiro a juros e se tal remuneração, caso ajustada, tenha sido acertada em patamar superior àquele permitido por lei. Falta, portanto, uma prova minimamente robusta da alegação feita pelas partes, o que é insuficiente a amparar o pedido de reconhecimento da invalidade do negócio jurídico.*

[...]

*Válido assinalar que os réus sequer pretenderam a realização de prova pericial contábil, com o fito de aferir a existência de cobrança de juros superiores ao teto legalmente permitido. Além da prova documental - que não deixa absolutamente clara a prática vedada por lei -, somente foi produzida nos autos a prova testemunhal, que também não confere maior segurança acerca da alegação de agiotagem.*

***Importante ponderar, ainda quanto ao tema, que os documentos anexados às razões de apelação, em especial os laudos periciais de fls. 458/493, não podem ser levados em consideração nos presentes autos. Ainda que pudessem ser tomados como prova emprestada - foram produzidos em feito no qual participaram o ora autor e o representante legal da ré Organizações Afonso Coelho Ltda., garantindo-se o contraditório -, violaram as normas relativas à produção das provas documentais. Tal se diz porque o Código de Processo Civil limita a produção de tal espécie probatória à primeira vez em que as partes falarem nos autos (art. 396) ou, no máximo, tão logo tenham conhecimento de fatos novos (art. 397).***

***Não se cuidando da primeira oportunidade em que os apelantes pessoas físicas falaram nos autos, somente se poderia admitir a juntada de tais provas tão logo elas passassem a existir. Todavia, não foi o que ocorreu nos autos, já que tais perícias foram anexadas àquela demanda em 11/02/2005 e 23/08/2005, data muito anterior à sentença do presente feito - lavrada somente em 12/01/2006 (fl. 375). Vê-se, portanto, que a prova já era de conhecimento dos litigantes - relembrando-se que o representante legal da ora demandada Organizações Afonso Coelho Ltda. é parte naquele feito - havia ao menos 5 (cinco) meses quando lavrado o decisório atacado (Grifou-se).***

Destarte, ainda que Orlando e sua esposa não fossem partes naquela ação em que as provas foram produzidas, em contestação já fora noticiado o número daqueles autos pela Organizações Afonso Coelho Ltda (fl. 306). Tanto é assim que, na apelação interposta pelo casal na ação anulatória,

consta “Vale trazer à baila, à propósito, a prova pericial – contábil e grafotécnica –, produzida nos autos da ação de anulação de título, processo n. 033.00.011969-8, que tramita perante a 3ª Vara Cível da cidade e Comarca de Itajaí-SC, mencionada pela primeira requerida em sua contestação, que demonstra a má-fé do Apelado e a prática de agiotagem” (fl. 544).

Não fosse o suficiente, nem a dívida e nem a parte são similares nas duas ações, e, por fim, não compete aos últimos adquirentes buscar a invalidade da procuração objeto da primeira avença. A parte legítima para o fim colimado é a vendedora/outorgante que, salienta-se, negou a prática na ação declaratória, além de ter se conformado com a solução da celeuma através do acórdão transitado em julgado, não apontando qualquer vício.

### **Da violação à disposição de lei e do novo julgamento da causa**

Reside, no art. 485, V, do revogado Código de Processo Civil, a razão pela qual a presente ação rescisória foi julgada procedente, por maioria de votos, em sessão realizada no dia 9/8/2017 (certidões de fls. 1.323 e 1.329).

Preceitua o art. 896 do antigo Código Civil (1916):

*Art. 896. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.*

*Parágrafo único. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorrem diversos credores, ou diversos devedores, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda.*

E, compulsando-se o processo n. 033.02.002178-2, infere-se que, realmente, a responsabilidade solidária de Orlando e Anna deu-se com base na presunção de que conheciam o caráter duvidoso do negócio entabulado com a empresa que detinha a posse do terreno de marinha situado na Rua Lauro Müller de Itajaí/SC, com área de 1.465,80 metros quadrados. Tal presunção aconteceu sob dois fundamentos: preço vil e experiência de Orlando no ramo imobiliário, na condição de renomado empresário daquela Cidade.

Leia-se trecho pertinente da decisão rescindenda:

*I. Afastada a alegação de agiotagem, cumpre analisar a responsabilidade dos réus Orlando e Ana Ferreira pelo pagamento da indenização pretendida. Argumentam os litigantes que, por serem terceiros de boa-fé, não podem ser condenados ao pagamento de qualquer indenização.*

*Não obstante a argumentação exposta por tais litigantes, mostra-se impossível reconhecer que não sabiam da existência do pacto. Isto porque, como bem apontou a sentença, o apelante Orlando é um conhecido empresário de Itajaí, tendo registrados em seu nome ao menos 6 (seis) imóveis - casas, salas comerciais e terrenos (fl. 259) - localizados em tal município, a demonstrar que possui conhecimento do mercado imobiliário daquela cidade. Logo, se adquiriu o imóvel por R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), como lançado*

*na matrícula do bem (fls. 88 e 89), sabia que estava adquirindo o terreno - em verdade, dois imóveis, segundo o Registro de Imóveis - por valor bastante inferior ao de mercado.*

*Para reforçar a discrepância, deve-se levar em consideração o fato de que a soma das áreas alcançava a representativa metragem de pouco mais de 1.465,00 m<sup>2</sup> (mil, quatrocentos e sessenta e cinco metros quadrados), a revelar o baixo preço pago pelo área - pouco mais de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por metro quadrado.*

*Resta evidente, portanto, que os adquirentes tinham plena ciência de que a compra e venda estava sendo realizada fora da realidade de mercado. E, se tal ocorria, certamente havia algum motivo, já que ninguém vende um bem de tal qualidade com tamanha depreciação de valor.*

*Logo, estando cientes do ocorrido, não se pode considerar os compradores como sendo terceiros de boa-fé, porque certamente sabiam do imbróglgio envolvendo o imóvel. E, perdendo tal condição, foram também responsáveis pelo ato que lesou o direito do autor, devendo responder solidariamente pela indenização devida àquele (fls. 714/715, destacou-se).*

Da mesma forma, já havia consignado o Togado sentenciante:

*Assim, está claro que a venda foi realizada ao arrepio da lei, o que gera, sem sombra de dúvida, o direito de indenizar o autor.*

*Contudo, o terceiro adquirente, segundo consta dos autos, não sabia da procuração outorgada ao autor, e teria adquirido o imóvel de boa-fé. Alega o autor que o preço pelo qual foi vendido o imóvel é vil, motivo pelo qual a má-fé foi sim demonstrada.*

*Os requeridos rebatem os argumentos, e os terceiros adquirentes, ora segundos requeridos, atestam que o preço pago era o preço justo, haja vista que a avaliação do imóvel foi feita pela Prefeitura Municipal de Itajaí, no valor de R\$ 80 mil reais. Registre-se que a venda se deu por R\$ 70 mil reais.*

*É fato público e notório que o requerido Orlando Ferreira é conhecido empresário Itajaiense, e possui distinto conhecimento nos negócios imobiliários.*

*Também é evidente que se o requerente aceitou o bem como quitação da dívida existente é porque tinha conhecimento de que ele valia pelo menos quase trezentos mil reais.*

*Consta dos autos, outrossim, que a Secretaria do Patrimônio da União avaliou os bens na cifra de quase duzentos mil reais, conforme se extrai do documento de fls. 230.*

*E, para finalizar, nada mais evidente do que a declaração do próprio comprador que diz textualmente, em seu depoimento, que o bem valia, na época da transação, cerca de cento e cinquenta mil reais, uma vez que, se comprou parte do terreno onde o prédio foi edificado de Eduardo Brandão, e este permutou por área construída, consistente em um apartamento no referido Edifício, e se tal apartamento valia cerca de cento e cinquenta mil reais, foi o valor da venda realizada.*

*Se eram dois lotes, um de Afonso Coelho e outro de Eduardo Brandão, sendo que o de Afonso Coelho possuía quase o dobro do tamanho do de Eduardo Brandão, este valendo cento e cinquenta mil reais, a lógica nos leva à única conclusão: o terreno objeto da procuração pública outorgada ao autor deveria valer, à época, no mínimo, trezentos mil reais.*

*Assim, as avaliações trazidas aos autos (fls. 237/238 e 239) são as que mais se aproximam da realidade da*

*situação havida entre as partes, motivo pelo qual resultou evidente que a transação ocorreu por preço vil.*

*Contudo, em que pese a configurada e evidente má-fé dos adquirentes também, há que se observar que no mundo jurídico, a justiça se faz com direito e bom senso (fls. 504/505).*

Isto é: diante do baixo valor da venda e porque sabedor dos preços praticados na região, Orlando “certamente” saberia da existência da procuração outorgada à Sebastião em 23/12/1998 (ou algum outro negócio igualmente escuso) quando adquiriu o lote, em outubro de 1999 (fl. 144).

Sobre o supracitado art. 896 e o conceito de presunção, leciona Hamid Charaf Bdine Jr.:

*A presunção não é admitida em relação à solidariedade. Presunção é a aplicação a um fato desconhecido de uma verdade conhecida em relação a outros fatos semelhantes. No caso da solidariedade, não se pode reconhecê-la sem que a estabeleça a lei ou o acordo de vontades. E é porque não é o usual que diversos credores ou devedores em uma mesma relação jurídica não estabeleçam exatamente o que lhes cabe em determinada prestação. A lei (ver art. 942, parágrafo único) ou o contrato, exclusivamente poderão estipular a solidariedade. (PELUSO, Cezar (Coordenador). Código Civil Comentado. 9. ed. Barueri: Manole, 2015, p. 183-184, grifou-se).*

Se existe, ou não, o fato é que nenhuma outra prova ou circunstância foi utilizada como razão de decidir para aplicação da responsabilidade solidária aos adquirentes do terreno. Cediço que, em casos desse jaez, a boa-fé do terceiro é presumida e o contrário deve ser cabalmente demonstrado (e objeto de exame pelo Julgador).

Com efeito, “**A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. 1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.**” (REsp 956943/PR, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 20-8-2014). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0303538-10.2018.8.24.0011, de Brusque, rel. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 07-11-2019, grifo acrescido).

Ora, para embasar a responsabilidade solidária, presumiu-se que os adquirentes sabiam do primeiro negócio (procuração) – que, importante acrescentar, precisou de pronunciamento judicial para ser reconhecido como compra e venda –, por conta do preço vil. Ainda, presumiu-se que assumiram deliberadamente o risco de prejudicar Sebastião, de modo que responderiam perante ele pelo prejuízo decorrente do insucesso da compra.

Nada obstante, a venda de imóvel abaixo do valor de mercado, por si só, não está direta e absolutamente correlacionada a um ilícito ou enriquecimento sem causa. É comum que, por vezes, seja por necessidade urgente de capital ou mesmo por razões emocionais ou de conveniência, encontre-se oportunidades imobiliárias destoantes dos preços praticados na região. E, ao passo que



se poderia presumir má-fé de Orlando em decorrência do seu conhecimento no ramo, também se poderia, da mesma forma, presumir que este soube aproveitar a chance de um ótimo negócio. O que se mostra temerário, na espécie, é embasar uma condenação com fulcro na primeira hipótese, sem outras provas acerca da responsabilidade solidária.

**Sob este enfoque, o presente Colegiado julgou procedente a ação rescisória no ponto (juízo rescindente), entendendo por violado o art. 896 do Código Civil de 1916. Prossegue-se, por conseguinte, ao novo julgamento da matéria (juízo rescisório).**

Na espécie, sem adentrar na responsabilidade quanto ao primeiro negócio, perpetrado entre Sebastião e Organizações Afonso Coelho Ltda., verifica-se a seguinte sucessão de acontecimentos: 1) em 23/12/1998, a empresa lavrou uma procuração pública em prol de Sebastião, devidamente registrada no Tabelionato Krobrel de Itajaí, com poderes para “*vender e escriturar a quem se propuser comprar, pelo preço e condições que ajustar, o imóvel consistente em [...], livre e isento de posterior prestação de contas, em caráter irrevogável e irretratável*” (fl. 137); e 2) no dia 1º/10/1999, após negociação entre as partes, sobreveio a compra do mesmo imóvel por Orlando, devidamente registrada na matrícula do bem, no 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Itajaí (fls. 145/146); 3) em 16/10/2000, a empresa enviou notificação informando ao outorgado a venda e “perda de objeto” do documento público; 4) após construção de um edifício no local por Orlando (denominado Dona Benta), Sebastião propôs, em 22/02/2002, a ação anulatória que deu origem ao acórdão rescindendo.

Já daí, extrai-se: (i) inexistente relação entre Sebastião e Orlando; (ii) a procuração não fora anotada na matrícula do imóvel; (iii) a ciência de terceiros somente seria possível acaso informados. É que, por óbvio, não se pode exigir dos pretensos compradores a busca por eventual impedimento/instrumento em todos os cartórios da região, mormente quando apresentados (e regularizados) todos os documentos pertinentes à negociação. Principalmente naquela época (1999), em que a publicidade das relações negociais não alcançava o nível atual, fruto da sociedade moderna e da tecnologia presente nos sistemas operacionais.

Ainda, insuscetível de discussão nos autos a circunstância de que a venda obedeceu todos os trâmites legais e esperados, incluindo-se o fornecimento de certidão negativa pela Prefeitura Municipal, o recolhimento do imposto respectivo e a transferência fornecida pelo Patrimônio da União (terreno de marinha). Aliás, o imóvel fora avaliado pelos órgãos públicos pelo preço avençado na escritura (também questão incontroversa no feito).

Não bastasse, a instrução processual naquela ação revelou, por meio da testemunha Josélia Maria Johannsen Müller, que o imóvel estava visivelmente à venda até o momento em que adquirido por Orlando. Leia-se:

*Que a depoente reside na rua Lauro Müller em frente ao edifício Dona Benta; que é moradora do local há cerca de 49 anos; que conhece praticamente quase todos os moradores da região, inclusive os ex-proprietários das terras onde foi erguido o edifício Dona Benta; que no local onde foi erguido o edifício chegaram a existir*

*diversos estabelecimentos comerciais; que o imóvel inclusive ficou abandonado posteriormente, sendo que moradores da vizinhança solicitaram a intervenção de Afonso Coelho, proprietário do imóvel, para proceder a limpeza do terreno, pois o local estava virando um ponto de drogados; **que chegou a ver a colocação de uma placa da Imobiliária Nascimento informando que o imóvel encontrava-se à venda; que a placa ficou muito tempo no imóvel, no mínimo por um ano, até quando soube que o terreno foi vendida para Orlando Ferreira, ora requerido** (fl. 480, grifou-se).*

Frise-se: aos olhos de um terceiro, inexistia qualquer ônus pendente sobre o terreno e, a despeito disso, ao que parece, o imóvel ainda levou tempo para ser vendido (o que, no mundo fictício das presunções, também poderia justificar a baixa no preço).

Nesse contexto, para caracterizar a responsabilidade solidária, imperiosa a comprovação de um ilícito. Mas, no que tange à Orlando e Anna, qual seria o ilícito? Não há no processo nenhum indício/testemunho/prova/documento que demonstre simulação, dolo ou mesmo conluio com vistas ao prejuízo de Sebastião.

Lembre-se, por oportuno, que o ônus da prova caberia à Sebastião, na qualidade de autor naquela demanda, conforme exegese do art. 333, I, do revogado Código de Processo Civil, *in verbis*: “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; [...]”.

Desta feita, sem maiores delongas, ausente a prova ensejadora de responsabilidade, deve-se seguir a regra geral disposta no ordenamento jurídico em casos desse jaez: boa-fé.

Em caso análogo:

*APELAÇÃO. NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. ADQUIRENTE DE BEM IMÓVEL POR COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NUNCA REGISTRADO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. POSTERIOR VENDA, PELO ALIENANTE, PARA TERCEIRO DE BOA-FÉ, QUE DILIGENTEMENTE REGISTRA A ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. APONTADA SIMULAÇÃO, PELO PRIMEIRO, DO NEGÓCIO FIRMADO ENTRE ESTES DOIS ÚLTIMOS. SIMULAÇÃO (ART. 167 DO CC), ENTRETANTO, NÃO DEMONSTRADA. BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE, ADEMAIS, QUE SE PRESUME EM DECORRÊNCIA DA AUSÊNCIA DE QUALQUER REGISTRO, POR ANOS, NA MATRÍCULA DO BEM, CUJO ÔNUS ERA DO PROMISSÁRIO COMPRADOR ORIGINAL E CUJOS DIREITOS DEVEM SER, AGORA, RESOLVIDOS NO CAMPO DO DIREITO OBRIGACIONAL, JÁ QUE A PROPRIEDADE TRANSMITE-SE COM O REGISTRO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. A simulação é, grosso modo, realizada de comum acordo com a pessoa a que se destina com o objetivo de enganar terceiros ou fraudar a lei. O ato simulado, que é nulo de pleno direito e possui efeitos ex tunc, compõe-se de três elementos, quais sejam, a intencionalidade da divergência entre a vontade interna e a declarada, o intuito de enganar e o acordo simulatório - que nada mais é do que o conluio entre os contratantes. Se, em demanda anulatória, tais elementos não se fazem presentes - em relação a quaisquer das facetas possíveis da simulação (relativa ou absoluta), não procede a pretensão, pois o ônus da prova incumbe àquele que aponta a mácula, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC. A propriedade não se transmite senão com o registro, no Cartório de Registros de Imóveis, do título aquisitivo. Por isso, e à mingua de prova de vício de consentimento ou de simulação ocorrido na segunda negociação de um mesmo bem imóvel, efetivamente registrada na sua matrícula, não procede a pretensão do primeiro compromissário comprador*

*que, desde a sua aquisição, anos atrás, foi negligente ao não tomar tal iniciativa. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2013.069169-8, de São José, rel. Gilberto Gomes de Oliveira, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 14-12-2015).*

Mais uma vez, repete-se: “a presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova” (TJSC, Apelação Cível n. 0300056-85.2014.8.24.0143, de Rio do Campo, rel. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 22-05-2018).

Nesse viés, na segunda fase da presente ação rescisória, julga-se improcedentes os pedidos iniciais de Sebastião no que tange a Orlando Ferreira e Anna Pereira Ferreira (sucedida pelo seu Espólio), mantendo-se as demais conclusões da ação n. 033.02.002178-2, incluindo-se a condenação da Organizações Afonso Coelho Ltda.

#### **4. Ônus sucumbenciais**

Com a procedência do pleito rescisório, os demandados devem arcar com a totalidade das custas processuais e honorários advocatícios, haja vista que ambos resistiram à pretensão inicial. Quanto à verba, 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 atualizado da causa (R\$412.165,22). Por fim, deve ser restituído aos autores o valor do depósito prévio realizado em Juízo.

#### **5. 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

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer da ação rescisória e, por violação ao disposto no art. 896 do Código Civil de 1916, desconstituir o acórdão prolatado nos autos da demanda anulatória n. 033.02.002178-2, no que se refere ao exame da condenação solidária de Orlando Ferreira e Anna Pereira Ferreira ao pagamento de indenização ao autor daquele feito. Cumulativamente, proferir o juízo rescisório, para afastar a responsabilidade do casal e, por fim, condenar os réus a arcar com os ônus sucumbenciais, nos termos da fundamentação.

**Desembargador RAULINO JACO BRUNING**

**Relator**

**PETIÇÃO CÍVEL (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 0119053-10.2015.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR SELSO DE OLIVEIRA

REQUERENTE: ELIZIA CORONETTI CHAVES

ADVOGADO: JULIANO SOUZA (OAB SC019456)

ADVOGADO: MAGALI CRISTINE BISSANI (OAB SC008954)

REQUERENTE: MARCELO RODRIGO CHAVES

ADVOGADO: JULIANO SOUZA (OAB SC019456)

ADVOGADO: MAGALI CRISTINE BISSANI (OAB SC008954)

REQUERIDO: G. PASTEUR LABORATORIO DE ANALISES CLINICAS E PATOLOGIA LTDA

ADVOGADO: GELSON LUIZ SURDI (OAB SC009068)

ADVOGADO: MAIKEL PATRZYKOT (OAB SC024419)

ADVOGADO: MARISTELA MARCHETTI (OAB SC018047)

ADVOGADO: DIEGO ROVER (OAB SC042650)

REQUERIDO: GLAUCIO GRANDO GALLI

ADVOGADO: GELSON LUIZ SURDI (OAB SC009068)

ADVOGADO: MAIKEL PATRZYKOT (OAB SC024419)

ADVOGADO: MARISTELA MARCHETTI (OAB SC018047)

ADVOGADO: DIEGO ROVER (OAB SC042650)

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AFERIÇÃO EQUIVOCADA DO FATOR RH DO TIPO SANGUÍNEO MATERNO POR LABORATÓRIO FARMACÊUTICO E BIOQUÍMICO. EQUÍVOCO QUE ENSEJOU A MORTE DA SEGUNDA FILHA DOS AUTORES APÓS O NASCIMENTO POR COMPLICAÇÕES DECORRENTES DE ERITROBLASTOSE FETAL (ANEMIA HEMOLÍTICA DA RECÉM-NASCIDA). INCOMPATIBILIDADE SANGUÍNEA ENTRE O BEBÊ E A MÃE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM, CONDENANDO OS RÉUS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA DE VOTOS, REFORMOU A SENTENÇA, AO FUNDAMENTO DE QUE O TESTE SANGUÍNEO APRESENTAVA CERTA MARGEM DE FALIBILIDADE A ELE INERENTE E, PORTANTO, A RESPONSABILIDADE DEVE SER ATRIBUÍDA UNICAMENTE AOS MÉDICOS QUE ACOMPANHARAM OS PRÉ-NATAIS DA AUTORA E QUE NÃO SOLICITARAM A REALIZAÇÃO DE NOVO EXAME, CONFORME PREVISTO NA PORTARIA Nº 569 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. VOTO

VENCIDO QUE RATIFICA A SENTENÇA, POR ENTENDER QUE HOUVE FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PELOS RÉUS, QUE DEVE SER CONSIDERADA CAUSA ADEQUADA A ENSEJAR OS DANOS SUPORTADOS PELOS AUTORES.

#### **INSURGÊNCIA DOS AUTORES.**

PRETENSÃO DE PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO. ACOLHIMENTO. LABORATÓRIO E BIOQUÍMICO QUE, DIANTE DA CIÊNCIA DA FALIBILIDADE DO TESTE, DEVERIAM TER ADOTADO MEDIDAS COMPLEMENTARES A FIM DE FORNECER UM RESULTADO CONFIÁVEL À AUTORA, OU, AINDA, INFORMÁ-LA ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ERRO, MORMENTE POR SE TRATAR DE MULHER EM IDADE GESTACIONAL. CONDUTAS NÃO ADOTADAS PELOS RÉUS. FINALIDADE DA REALIZAÇÃO DO EXAME QUE É INDIFERENTE PARA FINS DE AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE DAS RÉS. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS EVIDENCIADA. OMISSÃO DOS MÉDICOS QUE EFETUARAM O PRÉ-NATAL QUE NÃO É CAPAZ DE ROMPER O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA NEGLIGENTE DOS RÉUS (EM ESPECIAL DO BIOQUÍMICO) E OS DANOS OCASIONADOS AOS EMBARGANTES. RESPONSABILIDADE CARACTERIZADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, PARA FAZER PREVALECER O VOTO VENCIDO, RESTABELECENDO-SE A SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA PROFERIDA EM PRIMEIRO GRAU.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por maioria, vencidos o Desembargador LUIZ FELIPE SCHUCH, o Desembargador RICARDO FONTES, a Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, o Desembargador RUBENS SCHULZ, a Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF, o Desembargador HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS e o Desembargador ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE, conhecer e dar provimento aos embargos infringentes para fins de fazer prevalecer o voto vencido e, assim, restabelecer a sentença de primeiro grau que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 10 de março de 2021.

**Desembargador SELSO DE OLIVEIRA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Elizia Coronetti Chaves e Marcelo Rodrigo Chaves (autores) opuseram embargos infringentes ao acórdão de relatoria do ilustre desembargador Sérgio Izidoro Heil, por meio do qual a Quinta Câmara de Direito Civil assim decidiu: *“por maioria de votos, conhecer do recurso dos réus e dar-lhe provimento para julgar improcedentes os pedidos iniciais, impondo aos autores a obrigação de arcar*



*com as custas processuais e com os honorários de sucumbência, estes no importe de 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), ambas as verbas com exigibilidade suspensa nos termos da Lei n.º 1.060/1950, julgando prejudicado o apelo dos demandantes. Vencido, com declaração de voto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, que votou no sentido de conhecer dos recursos, desprover o dos autores e prover parcialmente o dos réus [apenas para alterar o termo inicial de incidência da correção monetária sobre a verba indenizatória fixada em primeiro grau]” (evento 33 - PROCJUDIC12, p. 32-54 e evento 33 - PROCJUDIC13, p. 1-3).*

*Sustentam os embargantes, em síntese, que: “o referido voto [vencedor] joga por terra as previsões do art. 14 do CDC quando ignora o serviço inadequado prestado pelo Laboratório e seu Bioquímico, dando relevância à má prestação de serviços pelo SUS, ou seja, afasta a responsabilidade de um Laboratório e Bioquímicos renomados, para simplesmente atribuir ao estado a responsabilidade. [...] [os réus] deveriam ter repetido o exame inúmeras vezes antes de emitir uma carteira com tipagem sanguínea errada ou com dúvida, como bem destacou o bioquímico e testemunha arrolada pelos próprios réus [...] Portanto, em hipótese alguma poderá ocorrer a exclusão da responsabilidade do Laboratório e Bioquímico, quiçá o voto Vencedor tentar fazer prevalecer a ideia de que mesmo existindo culpa do Réus, isso não decorre para um ilícito ou responsabilidade [...] Quanto ao erro do Laboratório, logicamente é causa inicial para o evento danoso, pois sem ele (erro) o resultado morte não teria ocorrido, uma vez que se não existisse o resultado estampado na carteirinha emitida pelos Réus, certamente o exame seria feito durante o pré-natal. [...] a morte da filha dos Autores teve como causa inicial o erro no resultado constante na Carteirinha, realizada e emitida pelos Réus, sendo que todos os fatos e até erros posteriores dos demais médicos, concorreram e foram consequência do erro inicial praticado pelos Embargados, já que em nenhum momento os mesmos alertaram a Embargante da possibilidade de existência de falso-positivo, correndo o risco do resultado equivocado e as consequências deste [...] a portaria nº 569/2000 do Ministério da Saúde é posterior ao exame de sangue da primeira autora (foi emitida em 1998) e referida portaria nada traz sobre falso-positivo ou falso-negativo, sem esquecer de frisar que nela (portaria), muito embora o exame faça parte do rol como exame necessário no pré-natal, não exige que o exame de tipagem sanguínea seja atual”.*

Por essas razões, objetivam a prevalência integral do voto proferido pelo desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, que divergiu da maioria no sentido de manter a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos morais (evento 33 - PROCJUDIC14, p. 32-46 e evento 33 - PROCJUDIC15, p. 1-9).

Em contrarrazões, às p. 17-29 do evento 33 - PROCJUDIC15, os réus/embargados postularam, preliminarmente, o não conhecimento do recurso, ao argumento de que a peça processual apresentada por fax difere do original do documento juntado posteriormente pelos embargantes, uma vez que as assinaturas estariam apostas em lugares distintos. No mérito, refutaram os argumentos expostos pelos recorrentes, pedindo a manutenção do voto vencedor.

Através da decisão proferida à p. 43 do evento 33 - PROCJUDIC15, o desembargador Sérgio Izidoro Heil admitiu o recurso, afastando a tese preliminar suscitada pelos réus e determinando o processamento dos embargos infringentes.

## VOTO

*Ab initio*, mister salientar que, em se tratando de embargos infringentes, o efeito devolutivo restringe-se à matéria objeto de divergência entre os julgadores. Acerca do tema, colhe-se da doutrina de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery que “o âmbito de devolutividade dos embargos infringentes é restrito à matéria objeto da divergência. A parte unânime do acórdão não enseja embargos infringentes, podendo ser impugnada por RE ou REsp” (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2008, p. 902).

Dito isto, no presente caso, repousa a divergência em saber se há, ou não, responsabilidade dos réus no que diz respeito ao óbito da filha recém-nascida dos autores e, por conseguinte, se deve ser mantida a condenação dos réus ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais, conforme o entendimento defendido no voto vencido.

Antes de adentrar no mérito propriamente dito, far-se-á um breve resumo dos fatos até então ocorridos e que ensejaram a propositura dos presentes embargos.

Do relatório da sentença de primeiro grau, infere-se, verbis (evento 33, PROCJUDIC9, p. 51-52):

*Elízia Coronetti Chaves e Marcelo Rodrigo Chaves ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais em face de Laboratório Pauster de Análises Clínicas e Gláucio Grando Galli sustentando, em síntese, que no dia 01/10/1998 ela teria realizado coleta de sangue para fins de tipagem sanguínea sob a responsabilidade dos réus e constatado que seu sangue seria do tipo “O”, fator Rh “POSITIVO”; que em 26/07/2002, com o objetivo de construir uma família, teriam se casado; que, após anos de planejamento, em 07/03/2005 teria nascido a primeira filha, Natália Chaves; que durante o pré-natal e o pós-parto, quando exigida a tipagem sanguínea, teriam apresentado o cartão expedido pelo laboratório réu; que em 19/08/2007, após novo planejamento familiar, teria nascido a segunda filha, Rafaela Chaves; que após o parto normal a recém-nascida aparentaria estar com a saúde perfeita, mas, horas depois, teriam percebido uma mancha rocha nas costas do infante e contatado o médico pediatra; que 12 horas após o nascimento, mesmo depois de intervenção médica, a filha Rafaela teria falecido em razão de insuficiência respiratória aguda e distúrbio metabólico grave por incompatibilidade de Rh; que ao averiguarem as razões do óbito teriam constatado que o sangue da mãe seria do tipo “O”, mas fator Rh “NEGATIVO”; que a divergência de fatores RhD seria a causa preponderante para o óbito da recém-nascida; que, por possuir sangue com fator Rh negativo, após o parto da primeira filha a mãe deveria ter recebido uma vacina para ocorrer a isoimunização; que além da traumática perda da filha a mãe teria sua capacidade reprodutiva reduzida, pois os riscos de uma nova gravidez seriam altíssimos; que além dos danos morais teriam sofrido danos materiais; que os réus seriam responsáveis pelos danos; enfim, que os pedidos formulados na petição inicial deveriam ser julgados procedentes.*

*Citados, o Laboratório Pauster de Análises Clínicas S/C Ltda e Gláucio Grando Galli apresentaram contestação asseverando, em resumo, que o exame teria sido realizado pela autora para fins de admissão numa agroindústria; que, desde a época da realização do exame de tipagem sanguínea e fator Rh realizado pela parte requerente até o momento da gravidez da primeira filha, novas tecnologias e avanços da medicina teriam ocorrido; que seria possível ocorrer uma diferença de resultados entre o exame realizado no ano de 1998 e o exame realizado em 2007, quando do nascimento da segunda filha; que em razão de resultados falso-positivos o Ministério da Saúde, o Conselho Nacional de Medicina e a Associação Médica Brasileira, teriam*

*determinado que em todo pré-natal seria obrigatório o exame de tipagem sanguínea e fator Rh; que os autores não teriam realizado novo exame de tipagem sanguínea no pré-natal da primeira e da segunda filha; que os danos suportados pelos autores teriam se originado na falta dos exames obrigatórios durante o pré-natal; que além da tipagem sanguínea existiriam outras formas de se descobrir a incompatibilidade de Rh; que todos os problemas poderiam ter sido evitados se houvesse um melhor atendimento pré-natal à paciente, já na primeira gravidez; que a responsabilidade pelo evento danoso seria dos médicos que teriam realizado os exames pré-natais; que os procedimentos médicos pós-parto não teriam sido adequados; que não teriam responsabilidade alguma pela morte do recém-nascido; que seriam partes ilegítimas para figurar no polo passivo da demanda; que o acórdão paradigma juntado pelos autores não se adequaria ao caso dos autos; que os danos morais e materiais seriam indevidos; e, que a demanda deveria ser julgada totalmente improcedente.*

*Em réplica, a parte autora impugnou a contestação apresentada e reiterou os argumentos que constavam da petição inicial.*

*A realização de perícia médico-judicial foi dispensada.*

*Seguiu-se a instrução probatória do feito, nela se destacando a audiência de instrução e julgamento com a oitiva de testemunhas.*

*As partes apresentaram alegações finais.*

O digno juiz Márcio Luiz Cristófoli julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais, extraíndo-se da fundamentação o seguinte excerto (evento 33, PROCJUDIC9, p. 50-56 e evento 33, PROCJUDIC10, p. 1-4):

O dano, consubstanciado na morte da segunda filha do casal, é incontroverso nos autos.

*Em seu petitório inicial relatam as partes demandantes que o laboratório réu constatou a autora como pertencente ao grupo sanguíneo do tipo “O” e fator Rh “positivo”. Relatam que, após o nascimento da segunda filha do casal, ante o quadro de anemia que o infante apresentava, a requerente descobriu após exames realizados que, em verdade, era pertencente ao grupo sanguíneo “O”, mas fator Rh “negativo”. Acrescentam que, em razão do resultado equivocado emitido pelo laboratório, a autora não se submeteu a tratamento para evitar, na segunda gestação, os efeitos decorrentes da isoimunização.*

*Por sua vez, os réus procuram se eximir da responsabilidade indenizatória alegando que o exame fora solicitado para admissão num emprego e não para gravidez; que resultados falso-positivos, segundo literatura médica, podem ocorrer por fatores alheios aos administrados por eles; que houve significativo avanço tecnológico de 1998 até o ano de nascimento das filhas; e, principalmente, que a culpa seria dos médicos responsáveis pelo atendimento pré-natal.*

*Diante dos fatos, analisando o conteúdo probatório reunido nos autos, tem-se que razão não assiste aos demandados.*

*A princípio, deve-se destacar que o erro de diagnóstico de tipagem sanguínea é incontroverso nos autos. Para comprovar o equívoco cometido pelos demandados, as partes autoras juntaram aos autos cópia da carteira de tipagem sanguínea indicando resultado diverso da realidade (fl. 30) e os exames de fls. 60/63 comprovam que o sangue de mãe é do tipo “O”, fator Rh “negativo”.*

*Depois, o fato de o exame ter sido solicitado para fins de admissão em um emprego não afasta a responsabilidade das partes requeridas. É dever do laboratório fornecer serviço de qualidade independentemente da finalidade*

*a que se destina, pois a exatidão do resultado laboratorial não é importante só para o caso de gravidez é importante também para outros fatores da vida.*

*Igualmente, não afasta a responsabilidade dos réus o fato de existir a possibilidade de um resultado falso-positivos, assim como não os isentam a questão da qualidade do material disponível à época. Ciente dessa possibilidade e condição deveriam as partes requeridas se resguardarem de todos os meios possíveis para evitar um diagnóstico equivocado, como a realização de exames complementares ou contraprovas.*

*Aliás, é aqui que se verifica a culpa do Bioquímico (responsável técnico da empresa pelos exames laboratoriais) pelo resultado errôneo do exame de sangue, pois agiu no mínimo com imprudência, para não dizer com falta de perícia.*

*Sobre o exame de tipagem sanguínea, a testemunha Maicon Eduardo Bortoluz disse (fls. 253/254), in verbis: [...]*

*Ora, se há uma margem de erro, ainda que mínima, deveria haver mais cautela por parte do réu na verificação do resultado do exame. Como bem salientou a parte autora, existindo dúvida, deveria ela ser chamada quantas vezes fosse necessária para realização de novos exames ou, ao menos, deveria ela ser informada sobre probabilidade de diagnósticos “falso-positivos” ou “falso-negativos”.*

*No caso dos autos os réus não comprovaram a realização de exames complementares, bem como não demonstraram que o resultado de exame se deu por reação diversa da determinada para o tipo sanguíneo correto.*

***É cediço que cabe aos réus provarem os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito da parte autor (art. 333, II, CPC), mas desse ônus não se desincumbiram.***

*Dessarte, não há como arredar a culpa do bioquímico, e conseqüentemente do laboratório, pelo resultado do exame, pois é inequívoco o defeito na prestação de serviço, onde o resultado restou divorciado da realidade. O vínculo entre a conduta dos requeridos e o dano dos demandantes é evidente, pois se o exame laboratorial tivesse apontado um resultado correto o falecimento do infante certamente poderia ter sido evitado.*

*No caso telado, não se desconhece a responsabilidade do Estado, responsabilidade preponderante, aliás. Ocorre que a culpa aqui não é exclusiva do ente administrativo, muito menos da paciente, pessoa leiga.*

*O resultado do exame de tipagem sanguínea dissociado da realidade interferiu diretamente no evento morte da recém-nascida, mas como o infortúnio poderia ter sido evitado pelo Estado a responsabilidade dos requeridos devem ser diminuídas.*

*[...]*

*Em face do exposto, e nos termos da fundamentação, julgo o processo com resolução de mérito, forte no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, acolhendo parcialmente o pedido formulado na petição inicial para condenar as partes requeridas, solidariamente, a pagar, a cada uma das partes autoras, a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de danos morais, totalizando o montante de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), verba que deverá ser atualizada pelo INPC e acrescida de juros de mora de 1% ao mês desde a data do óbito do infante, isto é, 19/08/2007 (fl. 58), de acordo com a súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça.*

*Com fulcro nos artigos 20, § 4º e 21 do Código de Processo Civil, tendo em vista a sucumbência mínima das partes autoras (somente no que tange aos danos materiais, pois na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca – Súmula nº 326/STJ), condeno as partes requeridas, de forma solidária, ao pagamento das custas processuais, além dos honorários advocatícios que arbitro em 15% sobre o valor da condenação.*

Dessa decisão, os réus apelaram, tendo a Quinta Câmara de Direito Civil, por maioria de votos, conhecido e provido o recurso, em acórdão de relatoria do desembargador Sérgio Izidoro Heil, sob a seguinte ementa (evento 33 - PROCJUDIC12, p. 32-45):

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALECIMENTO DE RECÉM-NASCIDO POR INCOMPATIBILIDADE COM O FATOR RH MATERNO. ANTERIOR EXAME, REALIZADO PELOS RÉUS, INDICANDO RESULTADO POSITIVO. ERRO DE CONCLUSÃO. RH QUE, EM VERDADE, ERA NEGATIVO. FALIBILIDADE, CONTUDO, INERENTE AO TESTE. EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA QUE MESMO AINDA HOJE PERMITE GRAU EXPRESSIVO DE RESULTADOS EQUIVOCADOS. PERDA DA CHANCE DE EVITAR O FALECIMENTO DA CRIANÇA IMPUTÁVEL, ADEMAIS, APENAS AOS MÉDICOS QUE ACOMPANHARAM AS GESTAÇÕES DA AUTORA. INOBSERVÂNCIA, POR ESTES, DA OBRIGAÇÃO DE REALIZAR NOVOS EXAMES SANGUÍNEOS. OBRIGAÇÃO PREVISTA NA PORTARIA N. 569 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, QUE DETERMINA A REALIZAÇÃO DE EXAME DE FATOR RH EM GESTANTES ATENDIDAS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS, NA PRIMEIRA CONSULTA. ERRO DOS DEMANDADOS QUE NÃO PODE SER ALÇADO À CONDIÇÃO DE CAUSA DO EVENTO DANOSO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A Portaria n. 569 do Ministério da Saúde, expedida em 1º.6.2000, preceitua: “Para realização de um adequado acompanhamento pré-natal e assistência à gestante e à puerpera, o município deverá, por meio das unidades integrantes de seu sistema de saúde, desenvolver esta modalidade assistencial em conformidade com os princípios gerais e condições estabelecidas no presente documento, realizando as seguintes atividades: 1 - Realizar a primeira consulta pré-natal até o 4º mês de gestação; 2 - Garantir os seguintes procedimentos: (...)

2.3 - Realização dos seguintes exames laboratoriais: A - ABO-Rh, na primeira consulta (...)” (TJSC, Apelação Cível nº 2013.076088-3, de Joaçaba, rel. Sérgio Izidoro Heil, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 4/12/2014).

Vencido, o desembargador Jairo Fernandes Gonçalves assim ementou a sua declaração de voto (evento 33 - PROCJUDIC12, p. 46-47):

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXAME LABORATORIAL. AFERIÇÃO EQUIVOCADA DO FATOR RH DO TIPO SANGUÍNEO. MORTE DA SEGUNDA FILHA DO CASAL APÓS O NASCIMENTO. INCOMPATIBILIDADE SANGUÍNEA. NECESSIDADE DE VACINA PARA ISOIMUNIZAÇÃO LOGO APÓS O PARTO. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. ALEGAÇÃO DO LABORATÓRIO E DO BIOQUÍMICO RESPONSÁVEL DE QUE O EQUÍVOCO SE DEU EM RAZÃO DE UM “FALSO-POSITIVO”. REAGENTES UTILIZADOS À ÉPOCA NÃO POSSUÍAM A MESMA QUALIDADE DOS HODIERNAMENTE EMPREGADOS. OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE EXAME DE TIPAGEM SANGUÍNEA E FATOR RH NA PRIMEIRA CONSULTA DO PRÉ-NATAL. ORIENTAÇÃO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. TESES REFUTADAS. RESULTADO ERRÔNEO INCONTROVERSO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO LABORATÓRIO COMO PRESTADOR DE SERVIÇOS. FATORES EXTERNOS ALHEIOS À VONTADE NÃO DEMONSTRADOS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

“Nem a concorrência de culpas eventuais dos médicos, por qualquer das modalidades, conduz à



irresponsabilidade do laboratório, a quem não se afigura lícito produzir impunemente resultado de exame em descompasso com a realidade” (Apelação Cível n. 2003.021203-5, rel. Des. Domingos Paludo, julgada em 21-9-2009).

DANO MORAL. PEDIDO DE MAJORAÇÃO PELOS DEMANDANTES. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE ATENDE O OBJETIVO DA MEDIDA E MOSTRA-SE RAZOÁVEL AOS PARÂMETROS DA CÂMARA. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE OUTROS ELEMENTOS QUE JUSTIFICASSEM O AUMENTO DA VERBA. VALOR MANTIDO.

CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA SUMULADA. INCIDÊNCIA DESDE O SEU ARBITRAMENTO. ENUNCIADO 362 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DOS RÉUS PROVIDO NESSE PONTO. PEQUENO REPARO A SER FEITO NA SENTENÇA.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLEITO DE MAJORAÇÃO PELOS AUTORES. DESCABIMENTO. PERCENTUAL DE 15% FIXADO ADEQUADAMENTE NA PRIMEIRA INSTÂNCIA. CRITÉRIOS LEGAIS ATENDIDOS. VERBA HONORÁRIA MANTIDA.

RECURSOS CONHECIDOS, DESPROVIDO O DOS AUTORES E PARCIALMENTE PROVIDO O DOS RÉUS.

Objetivam os autores, por intermédio destes embargos infringentes, a reforma da decisão colegiada, a fim de que prevaleça integralmente o voto vencido proferido pelo eminente desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, o qual manteve a condenação das rés ao pagamento de compensação pecuniária por danos morais, no valor de R\$ 15.000,00 para cada um dos autores, acrescido de correção monetária desde a data do arbitramento e juros moratórios a contar do óbito da filha do casal.

Como já dito, repousa a divergência em saber se houve responsabilidade dos réus no que diz respeito ao óbito da filha recém-nascida dos autores.

Inicialmente, mister consignar que o serviço prestado por laboratórios na realização de exames médicos e laboratoriais caracteriza-se como de consumo e, portanto, está sujeito às disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Nesta toada, responde o laboratório objetivamente pelos danos que venha a causar ao consumidor. Dito de outro modo, para que seja responsabilizado exige-se, tão somente, a comprovação da conduta (comissiva/omissiva), do dano ao consumidor e do nexo de causalidade, independentemente da existência de culpa.

Destaca-se, ainda, que, à luz da legislação consumerista, a responsabilidade pode ser afastada se o fornecedor de serviços comprovar a inexistência de defeito no serviço ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Neste sentido, dispõe o artigo 14 do CDC, in verbis:

*Art. 14 O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de **culpa**, pela reparação dos*



*danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

*§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, 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 inexistiu; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

*§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*

No tocante à responsabilidade do bioquímico que realizou a coleta e a análise dos materiais necessários ao exame de tipagem sanguínea, como bem pontuou o togado a quo, é subjetiva (depende da prova de culpa), culpa essa que pode ser decorrente de imprudência, negligência ou imperícia no exercício de sua atividade profissional (artigos 186 e 927, do CC e artigo 14, § 4º, do CDC).

Pois bem.

Consoante se infere dos autos, tanto o acórdão vencedor quanto o voto vencido reconhecem os **danos** suportados pelos autores, pais da recém-nascida Rafaela, que veio a óbito em virtude das complicações decorrentes de eritroblastose fetal (anemia hemolítica fetal). Por essa razão, dispensável se mostra a análise de tal pressuposto de responsabilidade no presente decisum, o qual se limitará a examinar os pontos divergentes existentes entre os votos, e que dizem respeito à ocorrência de ato ilícito (falha na prestação de serviços) e do nexo de causalidade entre ele e os danos.

No que diz com a qualidade dos serviços prestados pelos réus, o voto vencedor ponderou que, diante do grau de incerteza inerente ao exame de tipagem sanguínea, afigura-se justificada a possibilidade de equívoco, o que, por sua vez, afasta qualquer consideração no tocante à existência de defeito na prestação de serviços pelos réus.

Transcreve-se excerto, in verbis (evento 33 - PROCJUDIC12, p. 39):

*[...] se o serviço não atende as expectativas por uma limitação a ele inerente em razão do estado da arte à época em que prestado, não se pode falar em responsabilidade civil. Neste sentido é que o próprio § 1º, acima mencionado, estabelece que se deve levar em consideração, para avaliação da existência de defeito no serviço, os riscos que razoavelmente dele se esperam (inciso II) e, em especial, a época em que foi fornecido (inciso III), o que é corroborado pelo § 2º ao dizer que “o serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas”.*

*Penso que seja este o caso dos autos. Embora inegavelmente o resultado do exame estivesse errado, os autos revelam com clareza a dificuldade que se tem na compreensão das reações observadas para que se obtenha a conclusão acerca do fator Rh no exame. A respeito, assim afirmou o testigo Maicon Eduardo Bortoluz:*

*[...]*

*De fato, havia uma margem de erro bastante significativa na averiguação dos resultados do exame, decorrente dos limites da técnica disponível. A meu sentir, tal situação justifica a possibilidade de equívoco e afasta a consideração quanto à existência de defeito no serviço, situação que impede a configuração dos pressupostos indenizatórios.*

De seu turno, o voto vencido consignou que, a despeito da falibilidade do exame, houve, sim, falha na prestação do serviço, pois, compete aos réus se utilizar de todos os meios disponíveis para evitar diagnósticos equivocados.

Colaciona-se trecho da fundamentação, in verbis (evento 33 - PROCJUDIC12, p. 48-50):

*[...] embora não se negue ter sido referido exame realizado há quase uma década antes do lamentável e triste evento que culminou no falecimento da filha recém-nascida do casal, tampouco que, com a evolução significativa nos métodos laboratoriais utilizados, aliados às novas tecnologias, principalmente na área médica, hodiernamente a ocorrência de “falso-positivo” ocorra em menor número, como bem considerado pela testemunha Maicon Eduardo Bortoluz (bioquímico - fls. 253-254), é incontroverso nos autos o resultado incorreto, notadamente no que diz respeito ao fator Rh do sangue da autora, cuja inscrição constante na carteira da paciente fornecida pelo próprio laboratório réu é: Grupo sanguíneo ‘O’ – Fator Rh ‘POSITIVO’ (fl. 30), não tendo sido contestado pelos réus.*

*[...] não há como arredar a culpa dos demandados pelos danos experimentados pelos autores, porquanto o laboratório réu, como fornecedor de serviços que é, além de responder, “independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços” (CDC, art. 14), deveria se resguardar de todos os meios possíveis para evitar diagnósticos equivocados, “como a realização de exames complementares ou contraprovas” (fl. 400).*

Com o máximo respeito, penso deva prevalecer o voto vencido.

Primeiramente, insta frisar que na situação em análise não se está a falar de um exame complexo, recém-descoberto ou desenvolvido pela medicina e cuja possibilidade de erro ou falha é/era ainda desconhecida pela área médico-farmacêutica, mas, sim, de simples exame de tipagem sanguínea e fator Rh, já existente há muitas décadas e cuja falibilidade é de amplo conhecimento dos profissionais da área da saúde.

Assim, se já era de conhecimento dos réus a possibilidade de o exame em questão apresentar resultado equivocado quanto ao fator Rh sanguíneo -- em virtude da dificuldade existente para se compreender as reações observadas no sangue do paciente testado --, evidentemente, conforme asseverado na sentença e no voto vencido, que tanto o laboratório quanto o bioquímico por ele responsável deveriam ter adotado medidas adicionais (exames complementares e contraprovas), a fim de, senão aniquilar, ao menos reduzir ao mínimo possível a ocorrência de erro e, por conseguinte, conferir à paciente maior grau de segurança e certeza. Se, mesmo diante dessas medidas de precaução, ainda assim se revelasse impossível o oferecimento de um resultado 100% confiável, deveriam os réus/embargados ter esclarecido pormenorizadamente à autora/embargante acerca da falibilidade

do teste realizado (o que também não ocorreu), deixando-a a par das consequências que poderiam advir de um equívoco quanto à constatação do seu Rh sanguíneo, mormente em se tratando de mulher em idade gestacional -- perfil que está sujeito a consequências gravíssimas, como é o caso da eritroblastose fetal.

Omitindo-se os réus em proceder dessa maneira, assumiram o risco de fornecer à autora um laudo equivocado -- como efetivamente ocorreu.

Tal conduta, negligente, do bioquímico, aliada ao equívoco do resultado fornecido pelo laboratório, revela a existência de falha na prestação dos serviços, a qual, com a máxima vênia ao posicionamento adotado nos votos vencedores, penso que não pode ser suplantada pelo mero fato de existir uma margem de erro para exames dessa natureza, uma vez que, ressalta-se novamente, aludida margem poderia ser drasticamente reduzida por meio da adoção das medidas de precaução antes mencionadas.

Sublinha-se, ainda, ser indiferente para fins de constatação de defeito na prestação de serviços, a finalidade para qual o exame foi realizado (acompanhamento do pré-natal ou admissão em emprego na agroindústria). Isso porque, é inconcebível admitir que a qualidade dos serviços prestados pelos réus venha a ser atrelada a fatores externos e a eles absolutamente independentes. Ou seja, os réus devem prestar um bom serviço independentemente de “para quem” ou “para que” o exame esteja sendo realizado.

Diante de tais fundamentos, reconhece-se a existência de falha na prestação dos serviços.

Superada essa questão, o outro ponto de discordância a ser examinado refere-se a existência de **nexo causal** entre os serviços (falhos) prestados pelos réus e os danos experimentados pelos autores.

A esse respeito, os votos vencedores entenderam pela ausência de nexo de causalidade, ao fundamento de que os danos decorreram única e exclusivamente da inércia dos médicos que fizeram os pré-natais da autora, os quais deixaram de realizar o exame de verificação de tipagem sanguínea e fator Rh, conduta essa que, além de ser praxe médica, era obrigatória por força do disposto na Portaria nº 569/2000, do Ministério da Saúde.

Transcreve-se o excerto que abordou o assunto, in verbis (evento 33 - PROCJUDIC12, p. 40-43):

*Tenho que também o nexo de causalidade entre o erro do exame e o resultado danoso não se configurou. Explico.*

*A respeito do requisito em questão, entendo prudente transcrever as palavras do insigne Professor Fernando Noronha ao tratar sobre condições e causas do dano:*

*As teorias da causalidade procuram saber, dentre todos os fatores sem os quais um determinado dano não teria ocorrido, quais devem ser selecionados como dele determinantes. Os fatores determinantes serão causas, os demais serão meras condições. Condições, assim, são todos os fatores que estão na origem de um dano, são todos os elementos sem os quais ele não teria sido produzido, são todas as circunstâncias de que não se pode*

*abstrair, sem mudar o resultado danoso. Causa do dano são apenas aquelas condições consideradas como efetivamente determinantes desse resultado.*

*Como se vê, as causas, em sua essência, não têm natureza diversa das condições.*

*Mas que condições devem ser consideradas causas do dano? As tentativas de resposta a esta indagação estão na origem de diversas teorias que foram formuladas para resolver o problema do nexo de causalidade (...) (in: NERY Jr., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (org.) Responsabilidade Civil: teoria geral. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 541/542).*

*Condição e causa, portanto, guardam certa relação de gênero e espécie, respectivamente. Toda causa é uma condição, mas nem toda condição é uma causa.*

*A diferenciação é válida e pertinente pois, evidentemente, alguma conexão entre o resultado do exame ora questionado e o evento falecimento pode ter ocorrido. Todavia, essa conexão, penso, não pode ser alçada à condição de causa; no máximo, de mera condição – e, ainda assim, segundo entendo, muito discutivelmente.*

*No ponto, importante lembrar a formulação da teoria da causalidade adequada, atualmente a mais aceita para aferição do nexo etiológico. Uma vez mais, recorro à lição do Professor Noronha:*

*Como se vê, também a teoria da causalidade adequada parte de uma relação de pura condicionalidade: o fato a ser tido como determinante do dano há de ter sido uma das condiciones sine quibus non do resultado final. Mas a essa condicionalidade faz-se acrescer uma relação que se chama de adequação: esta existirá quando se puder dizer que o dano verificado é a consequência normalmente previsível do fato que estiver em causa (op. cit. p. 552).*

*Sob este prisma, tenho que seja necessário lembrar o fato de que nem o exame de Rh, nem a inércia dos médicos que fizeram o pré-natal de Rafaela, estão ligados diretamente ao evento, no sentido de que o tenham deflagrado. Assim o é pois a causa do pericínio foi a incompatibilidade de Rh de mãe e filha, o que, evidentemente, não foi causado pelos fatos antes aludidos.*

*Longe de se tratar de mero sofisma, o argumento serve para lembrar que a discussão em questão diz com a relevância de uma omissão (desobediência à regra da Portaria n. 569 do Ministério da Saúde), ou seja, com a falta de atuação que permitiu que o resultado, já traçado pela natureza, viesse a se consumir. E, mais a fundo, com eventual modificação do estado inercial caso a apuração do fator Rh efetivada pelos réus tivesse apresentado resposta adequada.*

*Meditando sobre a questão, conluo que as peculiaridades da situação narrada nos autos quebram completamente a relação da causa e efeito entre o erro de resultado do exame e a perda da chance de impedir o infeliz resultado da incompatibilidade sanguínea existente entre mãe e filha. Ora, conforme já visto, a averiguação mencionada era absolutamente indispensável, por se tratar de dever imposto aos médicos por força de Portaria do Ministério da Saúde; mais que isso, era costume fortemente arraigado na prática médica, consoante depoimentos dos médicos Rodrigo Baretta e Sérgio Torrico (fls. 250/251), ainda que o teste já houvesse sido realizado anteriormente pela gestante.*

*Além disso, também conforme já apurado, havia um grau bastante significativo de possibilidade de erro de conclusão do exame, dado este de conhecimento dos profissionais da saúde. Sabedores disto, os médicos que fizeram as consultas de pré-natal – ou, ao menos, as primeiras consultas de cada uma das gestações – não poderiam negligenciar a realização de novo exame, mormente depois de decorridos sete e nove anos desde o teste ora questionado (lapso contado até cada uma das gestações).*

[...]

*Diante da possibilidade de ocorrência de lesões tão graves, cabia aos médicos em questão determinar a*

*realização de novo exame, independentemente do resultado obtido anteriormente.*

*Frente a esta situação, penso que a perda da chance de evitar o resultado danoso decorreu única e exclusivamente da incúria dos médicos que cuidaram das gestações da autora, os quais deixaram de realizar exames que, por força de norma que os obrigava, sabiam ser devidos, ainda que o resultado do primeiro exame fosse favorável.*

*Não entendo, portanto, que entre o erro laboratorial e o evento danoso haja relação de adequação. Não vejo como natural e esperável, ainda que remotamente possível, o resultado falecimento ocorrido. Este poderia e deveria ter sido evitado pela atuação diligente dos médicos, os quais ignoraram o dever legal e o costume profissional de repetir o exame do fator Rh, ainda que diante de um resultado prévio do teste bioquímico.*

*Neste sentido, transcrevo excerto da sentença proferida no feito criminal movida em desfavor do ora réu Gláucio Grandó Galli, pelo fato aqui debatido.*

[...]

Por outro lado, extrai-se do voto vencido (evento 33 - PROCJUDIC12, p. 51-54):

*[...] como bem ponderado pelo Togado singular, “o vínculo entre a conduta dos requeridos e o dano dos demandantes é evidente, pois se o exame laboratorial tivesse apontado um resultado correto o falecimento do infante certamente poderia ter sido evitado” (fl. 401).*

*Pode-se dizer portanto que, embora não se negue não ter tido a autora o correto acompanhamento durante as gestações, o “falso-positivo” realizado pelos réus induziu a erro os profissionais de saúde que a atenderam, desde a primeira gravidez, porquanto tomaram como verdadeiras as informações constantes na carteira de fl. 30, conforme relatado pelos médicos Rodrigo Otávio Pedroso Baretta e Sérgio Rodrigues Torrico em juízo, durante o inquérito e em juízo, respectivamente:*

[...]

*Ou seja, restou mais do que demonstrada a responsabilidade tanto do laboratório (objetiva) quanto do médico responsável pelo exame, não lhes socorrendo a afirmação nem de que se tratava de exame admissional, nem o tempo decorrido, pois que houve o liame, ainda que não exclusivo e direto, e este foi por demais evidenciado e forte no sentido do induzimento dos médicos que atenderam a autora tanto no primeiro parto, quanto no segundo. Explica-se.*

*Se já no primeiro parto não existisse a informação errada no tocante à tipagem sanguínea da autora (fator Rh positivo), com o nascimento do primeiro filho com fator Rh positivo, à autora teria sido providenciada a vacina para isoimunização logo após o nascimento, evitando-se, por conseguinte, qualquer tipo de problema sanguíneo ao segundo filho.*

*Assim, mesmo que os médicos obstetras não tenham observado as normas de atendimento à parturiente, tem-se que suas condutas foram ditadas também em face das informações errôneas, repita-se, prestadas pelos réus decorrente da tipagem sanguínea atestada por eles.*

*Atualmente, é de se indagar (apenas hipoteticamente em face das cautelas inerentes a saúde), ainda, acerca da vinculação entre a tipagem errônea, tempo transcorrido e finalidade do pretérito exame. Se a autora sofresse grave acidente e necessitasse de urgentíssima transfusão de sangue, estando disponível apenas o resultado equivocado “O+”, receberia esse tipo de sangue com flagrante risco de morte e não se poderia vincular os resultados errôneos?*

*Tem-se, portanto, que tanto na situação hipotética quanto no caso dos autos a contribuição/vinculação /responsabilização do laboratório e seu responsável técnico é inconteste.*

*No mais, no que concerne à alegação dos réus de que a sentença do processo criminal (n. 037.07.005810-1, fls. 382-386) não deixou qualquer margem de dúvidas quanto à ausência de responsabilidade diante da morte do nascituro, cabe ressaltar que, embora não se negue que em muitos casos há uma intercomunicação entre o juízo criminal e o cível, justamente porque há casos em que o julgamento criminal interfere no plano da responsabilidade civil, a regra geral é que se dê a independência entre as duas jurisdições. E, no caso dos autos, tendo a absolvição dos indiciados/réus sido fulcrada no inciso V do artigo 386 do Código de Processo Penal (“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”), não há falar em coisa julgada no cível, porquanto referido dispositivo não diz respeito às excludentes de ilicitude constantes no artigo 65, do mesmo diploma legal.*

[...]

*Neste contexto, frente aos fundamentos acima invocados, forçoso concluir que evidenciado está que a conduta dos réus (resultado errôneo do exame) interferiu diretamente no evento morte da filha recém-nascida dos autores, ainda que não de forma exclusiva, já que, como visto, o infausto acontecimento, realmente, poderia ter sido evitado se os médicos que atenderam a demandante durante o pré-natal, lá na primeira gestação (2005), tivessem seguido as orientações do Ministério da Saúde quanto à obrigatoriedade do exame de tipagem sanguínea e fator Rh, inegável o dever do bioquímico e, conseqüentemente, do laboratório de indenizar os danos sofridos pelos demandantes, cujo montante não restou impugnado pelos réus.*

Aqui também, penso, há de subsistir o voto vencido.

Não se discorda de que houve falha dos médicos que acompanharam os pré-natais da autora, os quais, mesmo diante da existência de normativa exigindo que a gestante realizasse exame “ABO-Rh, na primeira consulta” (Portaria nº 559/2000 - Ministério da Saúde), deixaram de solicitar novo teste de tipagem sanguínea.

Todavia, se é certo que um novo exame no pré-natal poderia, efetivamente, evitar a morte da recém-nascida, ou então, ensejar o rompimento do nexo de causalidade entre a conduta negligente dos réus e os danos suportados pelos autores, não se afigura correto afastar a responsabilidade dos embargados com base exclusivamente em comportamentos que terceiros (no caso, os médicos que acompanharam a gestante no pré- natal) deveriam ter adotado e não o fizeram.

Dito de outra forma, o equívoco perpetrado pelos médicos que atenderam a embargante nos seus pré-natais não é argumento apto a justificar o erro anteriormente cometido pelos réus, que forneceram resultado de exame em descompasso com a realidade. Se o laboratório réu tivesse fornecido um resultado correto, sequer se estaria cogitando da atitude dos médicos que acompanharam as gestações da autora, de modo que não há como negar que a causa primeira a ensejar o evento foi a conduta dos réus. Sublinhe-se: a conduta equivocada dos médicos não rompe o nexo de causalidade entre a conduta negligente dos embargados, que prestaram um mau serviço, e os danos suportados pelos embargantes, que tiveram a vida de sua filha ceifada.

Além disso, como bem pontuou o desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, é razoável



considerar -- embora também não sirva como justificativa para eximi-los de eventual responsabilidade que venha a ser apurada em outra demanda -- que a conduta dos médicos foi induzida pela informação errônea resultante daquele exame de tipagem sanguínea da autora. De posse de um resultado fornecido por um laboratório e bioquímico renomados, os médicos, quiçá em lamentável excesso de confiança, utilizaram os dados constantes na carteirinha apresentada pela autora, o que acabou por ensejar o triste acontecimento aqui analisado.

Portanto, à outra conclusão não se chega se não a de que houve, sim, nexos de causalidade entre a má prestação de serviços pelos réus e os danos suportados pelos autores.

Diante de tais conclusões, há que prevalecer o voto vencido proferido pelo ilustre desembargador Jairo Fernandes Gonçalves, o qual manteve a condenação dos réus ao pagamento da quantia de R\$ 15.000,00 para cada um dos autores (totalizando R\$ 30.000,00), a título de danos morais, acrescido de juros de mora a contar da morte da criança (19/8/2007) e correção monetária a partir do arbitramento.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento aos embargos infringentes, para fins de fazer prevalecer o voto vencido e, assim, restabelecer a sentença de primeiro grau que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

**Desembargador SELSO DE OLIVEIRA**

**Relator**

**AÇÃO RESCISÓRIA (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 4028896-31.2018.8.24.0900/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR RUBENS SCHULZ

AUTOR: CUSTODIA BERGUES DA SILVA

RÉU: EMPREITEIRA DE MAO DE OBRA SEM NOME LTDA

AÇÃO RESCISÓRIA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DO DEPÓSITO DE QUE TRATA O ARTIGO 968, II, DO CPC. DECISÃO MANTIDA EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO PELO STJ, PARA QUE SEJA ANALISADO O PEDIDO DE DILAÇÃO DE PRAZO FORMULADO PELA PARTE AUTORA.

PLEITO DA PARTE AUTORA QUE SE REFERE À DILAÇÃO DE PRAZO PARA JUNTADA DE DOCUMENTOS RELATIVOS A NOVO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA JÁ INDEFERIDA EM DECISÃO QUE NÃO FOI OBJETO DE RECURSO. MATÉRIA PRECLUSA. ADEMAIS, DOCUMENTOS JUNTADOS NO PRAZO SOLICITADO E QUE NÃO APRESENTAM SITUAÇÃO NOVA, JUSTIFICADORA DE EVENTUAL ACOLHIMENTO DO PEDIDO.

DEPÓSITO DO ART. 968, II, DO CPC NÃO EFETUADO E INDEFERIMENTO DA INICIAL LASTREADO NO ARTIGO 968, § 3º, DO CPC.

AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM EXPRESSA MANIFESTAÇÃO DO TEMA ELENCADADO PELO STJ.

SE A PARTE SOLICITANTE NÃO ESTIVER DE ACORDO COM O INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, DEVE MANEJAR O RECURSO PRÓPRIO, SOB PENA DE, NÃO O FAZENDO, OCORRER A PRECLUSÃO.

NOVO PEDIDO QUE DEVE BASEAR-SE EM MUDANÇA DA SITUAÇÃO FÁTICA, QUE EMBASOU O INDEFERIMENTO ANTERIOR (STJ, AI 1.011.867, MINISTRO JORGE MUSSI).

PLEITO DE AMPLIAÇÃO DE PRAZO PARA JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS, COM OBJETIVO DE FORMULAR NOVO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, IMPLICITAMENTE DEFERIDO, EIS QUE UTILIZADO PELA PARTE INTERESSADA E DOCUMENTAÇÃO MANTIDA NOS AUTOS.

SITUAÇÃO, ENTRETANTO, QUE NÃO ALTERA ANTERIOR INDEFERIMENTO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA, EIS QUE NÃO ATACADO PELO RECURSO PRÓPRIO.

SEGUNDO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, ADEMAIS, MESMO QUE DEFERIDO, NÃO PRODUZIRIA EFEITOS EX TUNC, OU SEJA, RETROATIVOS (STJ, EDCL NO AGINT NO ARESP 1.379.278/SC, REL. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO).

PRAZO SOLICITADO UTILIZADO. DOCUMENTAÇÃO JUNTADA E MANTIDA NOS AUTOS, SEM AFETAÇÃO DO PRAZO CONCEDIDO PARA O DEPÓSITO DE QUE FALA O ARTIGO 968, II DO CPC.

INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL MANTIDO. ART. 968, § 3º, DO CPC. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, manter o indeferimento da petição inicial com a extinção do feito sem resolução de mérito com o conseqüente desprovemento do agravo interno e aplicação de multa à agravante, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 09 de junho de 2021.

**Desembargador RUBENS SCHULZ**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

1 Cuida-se de “ação rescisória” proposta por Custódia Bergues da Silva contra o acórdão proferido pela eg. Sexta Câmara de Direito Civil desta Corte de Justiça (AC n. 2014.077296-0), em recurso interposto contra a sentença proferida na “*ação ordinária de rescisão de contrato com pedido de tutela antecipada*” (autos n. 0018750-51.2007.8.24.0005), ajuizada pela Empreiteira de Mão de Obra Sem Nome Ltda. em desfavor da aqui autora.

Em decisão interlocutória, mais precisamente em juízo de admissibilidade, indeferiu-se a gratuidade da justiça pretendida e determinou-se o recolhimento das custas e do depósito exigido no art. 968, II, do Código de Processo Civil, no prazo de 5 (cinco) dias (fls. 1.762 a 1.764).

Após, a autora atravessou petição para informar que estava “*diligenciando a juntada dos documentos comprobatórios de sua renda e situação patrimonial para, assim, reiterar o pedido de gratuidade da justiça, motivo pelo qual, faz necessário a dilação do prazo processual supracitado*” (fls. 1.767 e 1.768).

Devido ao transcurso do prazo do agravo interno contra a decisão que indeferiu a gratuidade e exigiu o pagamento, **não obstante a juntada de novos documentos**, julgou-se extinta a demanda (fls. 1.770 e 1.797).

Os embargos de declaração foram rejeitados (incidente n. 50000).

Interposto agravo interno contra essa decisão extintiva, **no qual a autora alegou nulidade por cerceamento de defesa e falta de manifestação quanto à gratuidade da justiça, violação ao art. 99, §2º, do Código de Processo Civil e requereu a concessão de novo prazo para o pagamento em razão de fato superveniente**, este eg. Grupo de Câmaras de Direito Civil negou provimento e aplicou multa à agravante, oportunidade em que foram afastadas as teses de nulidade e se manteve o indeferimento da petição inicial (incidente n. 50001).

Em agravo interno interposto contra a inadmissão de recurso especial pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, o Exmo. Ministro Antônio Carlos Ferreira, em decisão monocrática,

decidiu: “*dou provimento ao agravo interno para reconsiderar a decisão da Presidência desta Corte de fls. 1.968/1.969 (e-STJ), conhecer do agravo nos próprios autos e dar provimento ao recurso especial a fim de cassar o acórdão recorrido e determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para apreciação do pedido de fls. 1.768/1.769 (e-STJ)*” (incidente n. 50003).

Depois do trânsito em julgado (17 de agosto de 2020), retornaram os autos conclusos.

Houve a migração para o sistema ESAJ (23 de novembro de 2020).

Por último, a autora compareceu espontaneamente aos autos para declarar que “*em razão de fato superveniente*” “*passou a dispor de valores suficientes para arcar com as custas do processo e do depósito estabelecido pelo art. 968, inciso II, do CPC*”, e juntar comprovantes de pagamento e requerer a “*urgente apreciação da tutela provisória de urgência formulada no item V da petição inicial (evento 2 - INIC2)*” (evento n. 150).

**É o relato do necessário.**

## VOTO

2 A presente demanda deve ser extinta.

### 2.1 PEDIDO DE DILAÇÃO DO PRAZO - RETORNO DOS AUTOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tenho, com o máximo respeito, que o pleito não merece acolhimento.

Explico.

A decisão do ilustre Ministro Relator, dispôs que “*A Corte local não apreciou o pedido de dilação do prazo (e-STJ fls. 1.768/1.769) e afirmou a preclusão para a interposição do agravo interno, em evidente prejuízo ao exercício do direito da recorrente. Desse modo, a omissão da instância de origem implicou a perda do prazo para a parte, sem que lhe fosse oferecida resposta ao pedido de sua prorrogação*”.

Ao final, determinou: “*Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo interno para RECONSIDERAR a decisão da Presidência desta Corte de fls. 1.968/1.969 (e-STJ), CONHECER do agravo nos próprios autos e DAR PROVIMENTO ao recurso especial a fim de cassar o acórdão recorrido e determinar a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para apreciação do pedido de fls. 1.768/1.769 (e-STJ)*”.

Pois bem.

Diante desta realidade e cassado o acórdão do Grupo de Câmaras de Direito Civil, sob o argumento de que o pedido de fls. 1.768/1.769 não fora apreciado, cabe igualmente ao referido órgão colegiado a reapreciação do agravo interno e do tema em questão.

O fato de ter havido determinação por parte do STJ, especialmente para apreciação do requerimento de fls. 1.768/1.769, não significa que foi reaberto o prazo para efetuar-se o depósito de que fala o artigo 968, inciso II, do CPC, após 2 (dois) anos da extinção do feito.

Ajuizada a rescisória, houve pedido de assistência judiciária, indeferido, fixando-se o prazo de 5 (cinco) dias para recolhimento do depósito mencionado no artigo 968, inciso, II, do CPC.

Dentro do prazo de 5 (cinco) dias antes mencionado, aportou petição da autora da rescisória, fls. 1.768/1.769, de que fala a decisão do STJ, nos seguintes termos:

*“Ocorre Excelência, que a Requerente reitera não dispor de recursos financeiros caso eventualmente tenha que custear as despesas processuais e depósito recursal, as quais atingem a importância aproximada de R\$25.000,00, sem prejuízo de seu próprio sustento.*

*Diante disso, a Requerente informa que está diligenciando a juntada dos documentos comprobatórios de sua renda e situação patrimonial para, assim, reiterar o pedido de gratuidade da justiça, motivo pelo qual, faz necessário a dilação do prazo processual supra citado”.*

Ao final, reitera o pedido:

*“É a presente para, respeitosamente, requerer digne-se Vossa Excelência deferir a dilação do prazo processual, a fim de comprovar a hipossuficiência da Requerente, por mais 15 (quinze) dias, pelas razões expostas em epígrafe”.*

Portanto, o objetivo da dilação do prazo, por mais 15 (quinze) dias, era para juntar documentação da sua real situação patrimonial e comprovar sua hipossuficiência.

Tal prazo, novamente, com o máximo respeito, foi concedido à autora da rescisória, tanto é que não houve extinção do feito, sem antes decorrer prazo suficiente para a juntada de tal documentação, o que ocorreu, exatamente no prazo solicitado.

**Diante de tal circunstância, haveria necessidade de manifestação expressa e concessão de novo prazo quando aquele requerido já havia sido utilizado pela parte que o pleiteara? Penso que não há sentido em se conceder prazo para a prática de ato quando o mesmo já fora praticado.**

Diferente seria a hipótese se a decisão extintiva fosse proferida antes de decorrido o prazo solicitado.

Ainda assim, não se pode esquecer que em relação à decisão que indeferiu o benefício da assistência judiciária, não houve a interposição de qualquer recurso, o que resta incontroverso e não houve, respeitosamente, diminuição do prazo para recorrer, de quinze para cinco dias, pois esta tese apenas se tornaria viável, repito, se a parte autora tivesse interposto recurso da decisão que

indeferiu a assistência judiciária, no prazo legal, e a decisão extintiva tivesse ocorrido antes do seu esgotamento.

**Ressalto, ainda, que não houve pedido de dilação de prazo para pagamento, mas sim, para juntada de documentos para formulação de novo pedido de assistência judiciária.**

E isto se confirma com o novo pedido de assistência judiciária, formulado juntamente com os documentos anexados.

Ora, conforme pacífica orientação jurisprudencial: *“Registre-se que o pedido pode ser formulado a qualquer tempo e fase processual, não ocorrendo a preclusão se não requerido o benefício na inicial. Contudo, negado uma vez o pleito por não preenchimento dos requisitos legais necessários, somente a alteração da situação fática autoriza sua reanálise”* (AgRg no AgRg no AResp 666731-SP, RE. Min. Herman Benjamin - grifou-se).

No mesmo sentido: *“O Tribunal a quo recusou o pedido de assistência judiciária gratuita, porque a matéria, indeferida na sentença, não foi objeto de debate no recurso de apelação interposto pelo agravante, tendo sido alcançado pelo instituto da preclusão. Ademais, ainda que se considere a possibilidade de renovação do pedido de gratuidade, o agravante, no caso concreto, nem sequer procurou demonstrar alteração da situação financeira”* (AgRg no AResp 1082341/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

Dito isto, cumpre verificar quais foram os elementos considerados para o indeferimento do benefício da assistência judiciária:

*“No caso em apreço, depreende-se que a autora instruiu o caderno processual com mais de 1700 páginas de documentos, dentre ele, as cópias do divórcio consensual, de ações judiciais em que litigou com seu ex-cônjuge, e comprovantes da condição financeira de sua filha.*

*Em que pese o amplo conjunto probatório amealhado com a peça inaugural, em nome da autora, há somente a juntada da declaração de hipossuficiência financeira e do pró-labore do mês de maio de 2018, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) (fls. 31-32).*

*A propósito, extrai-se da prefacial que “Tanto é assim, que na divisão dos bens, a autora ficou com a maior parte do patrimônio e, mesmo com a extinção do contrato matrimonial, - que ocorreu ao menos no aspecto formal -, os cônjuges continuaram a manter uma relação próxima, tanto que o senhor Elói Sessim ajuizou ação objetivando o reconhecimento dessa relação continuativa como se casados fossem.” (fl. 6 – grifou-se). Adiante, aduz que seu ex- cônjuge ajuizou “Ação de reconhecimento de união estável com partilha de bens” (autos n. 0004514-65.2005.8.24.0005) “compostos pelos apartamentos 201A e 202A e respectivas garagens 35 e 36, mais a sala 03, todos do EDIFÍCIO SOLAR DOS RAMOS, adquiridos em 24/7/1995, e apartamentos 501 e 502 e garagens, do EDIFÍCIO RHOMANUS, adquiridos em 10/2/1995, os quais ficaram à margem da partilha.” (fl. 7 – grifou-se).*

*Dessa feita, os elementos fático-probatórios corroboram a suficiência de recursos, ressaltando-se que a autora não apresentou documentos pessoais atualizados para amparar o deferimento da gratuidade.*

*Além do mais, verifica-se que a penhora eletrônica da importância de R\$15.589,28 (quinze mil e quinhentos e oitenta e nove reais e vinte e oito centavos) foi realizada em 14-03-2018 (autos n.0018750-51.2007.8.24.0005/002*



– fls. 91/92). Na data de 8-5-2018, restou penhorado o montante de R\$ 3.708,12 (três mil e setecentos e oito reais e doze centavos) (0018750-51.2007.8.24.0005/001 – fls. 25-26). Estes fatos denotam que a autora detém patrimônio suficiente para arcar com o adimplemento das custas processuais”.

A documentação juntada, no prazo de 15 (quinze) dias requeridos, e ainda antes do julgamento de extinção, - uma vez que se aguardou o decurso do prazo para a interposição de eventual recurso, não vingando a tese, respeitosamente, de que foi reduzido o prazo para recorrer de 15 (quinze) para 5 (cinco) dias e já estando, portanto, preclusa a decisão que indeferiu a assistência judiciária, - aponta fatos que não comprovam a modificação da situação financeira da requerente.

Assim é que, tal petição, que trata de **novo pedido de assistência judiciária**, portanto, desvinculado do pedido anterior e já indeferido, em relação ao qual não houve interposição de recurso – repito -, sustenta que recebe de pró-labore R\$8.000,00 e fruto do aluguel de seu apartamento, em Porto Alegre, mais R\$3.000,00, confirmando ser proprietária de uma casa em Tramandaí e um apartamento em Porto Alegre.

Os documentos juntados apenas comprovam tal situação e não há qualquer argumentação em relação à situação específica da autora que demande gastos extraordinários com situação de saúde, por exemplo, ou que dê indícios da insuficiência de recursos para pagamento das custas.

Observe-se que da situação inicialmente mencionada para o indeferimento da assistência judiciária, houve apenas alteração em relação a 1 (um) apartamento, mas também houve acréscimo do valor do aluguel, de R\$ 3.000,00 (três mil reais) ao mês.

Assim, caso não estivesse preclusa a decisão que inicialmente indeferiu a assistência judiciária, mesmo com tais documentos, e mesmo considerando-se que se trata de novo pedido de assistência judiciária, portanto, sem efeitos retroativos, em caso de deferimento, a situação fática apresentada, continuaria não autorizando o deferimento do benefício pretendido.

Também não se justifica a alegação de afronta ao disposto no artigo 99, § 2º, do CPC, pois não apenas se permitiu e se manteve a documentação juntada, relativa ao *novo pedido de assistência judiciária*, o que induz a conclusão de preclusão não só temporal mas também lógica, pois quem faz novo pedido, obviamente considerou a matéria relativa ao primeiro pedido, ou pedido anterior, superada, não havendo qualquer prejuízo à parte requerente.

Da mesma forma, importante ressaltar, novamente, que **não houve qualquer pedido de prorrogação de prazo para pagamento** da importância mencionada no artigo 968, II do CPC, apenas prorrogação de prazo para juntada de documentos, sendo que tais foram juntados, mantidos nos autos e se constituíram em novo pedido de gratuidade e, somente após, houve o indeferimento da inicial.

Assim, com o objetivo de atender à expressa determinação da Corte Superior, de análise do pedido de fls. 1.768/1.769, ratifico que se considera deferido o pedido de dilação de prazo para juntada da documentação, que aliás se encontra nos autos e foi juntada - repito -, exatamente no

**prazo solicitado, mas que não demonstrou alteração da situação fática da autora, a justificar o deferimento da assistência judiciária, não importando o deferimento de tal prazo em ampliação do prazo para depósito do valor de que fala o artigo 968, II do CPC.**

**Quanto à pretensa dilação de prazo para efetuar o depósito, sequer requerida, a mesma é inviável e resta indeferida, pois a parte autora dispunha de recurso próprio para atacar a decisão questionada, e dele não fez uso, tornando preclusa a matéria.**

De qualquer sorte, como o pagamento das custas e do depósito não se deu no prazo concedido - decisão essa irrecorrida, e portanto preclusa -, o qual não pode(ria) ser ampliado, deve efetivamente ocorrer a extinção da demanda.

Superada essa questão (dilação do prazo), mesmo que examinada a demanda de forma ampla nos termos acima, em vista do retorno dos autos da Instância Superior com a cassação da íntegra do acórdão, cumpre (re)examinar, de forma específica, os demais pontos do agravo interno.

## 2.2 NULIDADE - JUSTIÇA GRATUITA

Quanto à tese de violação ao art. 489, §1º, I, do Código de Processo Civil e de nulidade por cerceamento de defesa, tem-se que não houve omissão relativamente ao pedido de gratuidade da justiça.

Com efeito, após o ajuizamento, indeferiu-se a benesse, porque constatada de plano a capacidade contributiva (fls. 1.796 e 1.797).

Aliás, como se verá novamente adiante, a juntada de documentos após o indeferimento em nada altera tal conclusão, dado que eventual concessão em pedido posterior e apartado não teria efeitos *ex tunc*, de modo que a única forma de reverter a situação teria sido a interposição de agravo interno contra tal pronunciamento, o que deliberadamente não fez a agravante/autora.

Sem embargo, uma vez indeferida a gratuidade da justiça, a despeito do equivocado e inócuo pedido de dilação de prazo para juntada de documentação, que, quando trazida, apenas confirmou a possibilidade de arcar com os ônus do processo, a teoricamente possível concessão não alteraria em nada tal conjuntura, visto que: “*os efeitos da concessão da referida benesse são “ex nunc”, ou seja, não possuem efeito retroativo*” (AgInt no AREsp 1532602/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma)” (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1379278/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 6-10-2020).

A respeito desses documentos, como dito na decisão proferida em juízo de retratação (evento n. 154):

*A documentação juntada apenas comprova tal situação e não há qualquer argumentação em relação a situação específica da autora que demande gastos extraordinários com situação de saúde, por exemplo, ou que dê indícios da insuficiência de recursos para pagamento das custas.*

*Observe-se que da situação inicialmente mencionada para o indeferimento da assistência judiciária, houve apenas alteração em relação a um apartamento, mas também houve acréscimo do valor do aluguel, R\$ 3.000,00 ao mês.*

*Assim, caso não estivesse preclusa a decisão que inicialmente indeferiu a assistência judiciária, mesmo com tais documentos, e mesmo considerando-se que se trata de novo pedido de assistência judiciária, portanto, sem efeitos retroativos, em caso de deferimento, a situação fática apresentada, continua não autorizando o deferimento do benefício pretendido.*

Isso também redundava noutra conclusão: o indeferimento da petição inicial sem referência expressa à documentação juntada equivocadamente no prazo que dispunha a parte para o pagamento, não lhe trouxe qualquer prejuízo, o qual seria indispensável para o acolhimento de qualquer nulidade, na medida em que, ainda que comprovasse a alegada hipossuficiência, o que não o fez, não a isentaria da exigência legal do depósito na hipótese em apreço.

**É que:** “a anulação de ato processual exige a demonstração do prejuízo, mesmo em se tratando de nulidade absoluta, em respeito ao princípio da economia processual» (STJ, AgInt no AREsp 1155868/GO, rel. Min Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 30-3-2020).

**Nesse cenário, ademais, ao contrário do que se argumenta erroneamente no agravo interno, os princípios da instrumentalidade do processo e primazia do julgamento do mérito (art. 4º do CPC) não justificam o desprezo absoluto aos prazos processuais, aos pressupostos de admissão e à segurança jurídica decorrente do instituto da preclusão, sobretudo para suprir a negligência da parte em juízo, que tinha condições de efetuar o pagamento tempestivamente, mas escolheu não fazê-lo,**

### 2.3 VIOLAÇÃO AO ART. 99, § 2º, DO CPC

Outrossim, ao contrário do que se sustenta, a tese de violação ao art. 99, §2º, do CPC está preclusa e, por isso, sequer pode ser examinada.

De fato, está-se aqui diante do agravo interno da decisão que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo sem resolução de mérito.

Ou seja, a decisão anterior, que indeferiu a gratuidade sem supostamente ter sido oportunizada a intimação da agravante, que a reputava necessária, não fora recorrida, o que implica preclusão temporal.

Se não bastasse, para além do não efeito retroativo, como decidido no evento n. 154, “*Também não se justifica a alegação de afronta ao disposto no artigo 99, § 2º, do CPC, pois não apenas se permitiu e se manteve a documentação juntada, relativa ao novo pedido de assistência judiciária, o que induz a conclusão de preclusão não só temporal mas também lógica, pois quem faz novo pedido, obviamente considerou a matéria relativa ao primeiro pedido, ou pedido anterior, superada, não havendo qualquer prejuízo à parte requerente*”.

## 2.4. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

Isso posto, reafirma-se que, mesmo com a vinda dos autos da Instância Superior, rechaçado o pedido de dilação de prazo, até porque preclusa a decisão que indeferiu a gratuidade da justiça, não se admite, por qualquer ótica, a concessão de mais prazo o pagamento ou até mesmo o recolhimento efetuado no evento n. 150 para fins de processamento da demanda.

Sem embargo, por todos os motivos acima elencados, na ausência de efeito suspensivo do agravo interno, que deveria ter sido interposto da decisão indeferiu a gratuidade, o processo fora extinto de maneira escorreita.

Aliás, a alegada capacidade financeira superveniente não tem o condão de reabrir os prazos legais, retroceder na marcha processual e justificar a reativação da demanda, sob pena de desvirtuar-se completamente as regras processuais.

Ademais, como dito, a documentação trazida posteriormente confirmou a capacidade contributiva, de modo que o alegado vício processual não lhe prejudicou, o que importaria manutenção dos atos praticados.

Em relação ao assunto, vejam-se os seguintes precedentes:

*AGRAVO INTERNO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DA APELAÇÃO POR DESERÇÃO - PREPARO INTEMPESTIVO - INDEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA E CONCESSÃO DE PRAZO PARA RECOLHIMENTO DAS CUSTAS RECURSAIS - INTERPOSIÇÃO DE RECURSO SEM EFEITO SUSPENSIVO - PRECLUSÃO.* É deserta a apelação quando, indeferida a justiça gratuita e concedido prazo para recolhimento do preparo, é interposto recurso sem efeito suspensivo, ao qual se negou provimento, tornando preclusa a oportunidade de pagamento das custas recursais (TJMG, Agravo Interno n. 1.0024.14.169373-9/003, rel. Des. Carlos Henrique Perpétuo Braga, 15ª Câmara Cível, j. 25-10-2018 – grifou-se).

*APELAÇÃO. JUSTIÇA GRATUITA. Indeferimento, com determinação de prazo para o recolhimento do preparo. Interposição de Agravo Interno. Mantida a decisão monocrática de indeferimento da benesse. Apelante que não procedeu ao recolhimento do preparo recursal, interpondo Recurso Especial que, contudo, não é dotado de efeito suspensivo. Deserção Inteligência do art. 1.007, do Código de Processo Civil. Recurso não conhecido (TJSP, Apelação Cível n. 1003038-92.2016.8.26.0664, rel. Des. Jairo Brazil Fontes Oliveira, 15ª Câmara de Direito Privado, j. 19-12-2017 – grifou-se).*

*AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. CANCELAMENTO POR AUSÊNCIA DE PREPARO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR.*

*CABIMENTO. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. Se o embargante teve indeferido o pedido de assistência judiciária gratuita, sendo-lhe assinalado prazo para recolher as custas, e interpôs recurso, que não teve efeito suspensivo, e a decisão desta Corte confirmou o indeferimento, então estava obrigado a atender o que fora determinado pelo julgador a quo, tendo fluído in albis - e com sobras - o prazo assinalado para fazer o recolhimento das custas e se manteve indiligente, motivo pelo qual não merece qualquer reparo a decisão que determinou o cancelamento da distribuição. Recurso desprovido (TJRS, Agravo n. 70059494419, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, j. 7-5-2014 – grifou-se).*

Outrossim, manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça: “Devidamente intimada a efetuar o pagamento em dobro do preparo do recurso especial, a parte agravante assim o fez somente depois de esgotado o prazo indicado no despacho da presidência do STJ, atraindo, com isso, a pena de deserção. ***Não tendo a parte recorrente postulado efeito suspensivo aos embargos de declaração que opôs contra o provimento que determinou o recolhimento em dobro do preparo, o pagamento de tal encargo pecuniário somente após o julgamento dos aclaratórios, quando já transcorrido o prazo a tanto consignado, não tem o condão de afastar a deserção***” (AgInt nos EDcl no REsp 1690933/PR, rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 22-5-2018 – grifou-se)

## 2.5 MULTA

Por fim, como imposto no acórdão cassado, sobretudo com o retorno dos autos para análise de pedido absolutamente infundado, qual seja, dilação de prazo legal/peremptório, impõe-se multa equivalente ao percentual de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, observado o considerável quantum atribuído, nos termos do art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil.

## 2.6 DO DEPÓSITO

A fim de evitar a interposição de mais recursos manifestamente protelatórios, infundados ou inadmissíveis, faz-se oportuno consignar que a conversão em multa do depósito a que alude o art. 968, II, do Código de Processo Civil, pressupõe “*a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível [naturalmente por outro motivo] ou improcedente*”, porque, obviamente, o recolhimento deveria ser feito previamente à extinção, no prazo concedido, o que, a todo custo, ignora a autora/agravante.

Sem embargo, se o indeferimento da petição inicial se dá justamente pela falta de depósito prévio, como autoriza o art. 968, inciso II, e § 3º, do Código de Processo Civil, não se justifica a conversão.

## 3 CONCLUSÃO

**Extinta a demanda sem honorários.**

**As eventuais custas remanescentes a cargo da autora, que não possui gratuidade da justiça. Libere-se o depósito efetuado nestes autos a destempo.**

**Diante do exposto, voto por manter o indeferimento da petição inicial com a extinção do feito sem resolução de mérito com o consequente desprovimento do agravo interno e aplicação de multa à agravante.**

**Desembargador RUBENS SCHULZ**

**Relator**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5037988-29.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR GERSON CHEREM II

AGRAVANTE: UNIMED GRANDE FLORIANÓPOLIS - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

AGRAVADO: AGUEDO ARAGONES

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO. PLANO DE SAÚDE. RECURSO DA RÉ.

1) DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA. DEMANDANTE PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA DE PRÓSTATA. INDICAÇÃO MÉDICA PARA REALIZAÇÃO DE PROSTATECTOMIA RADICAL ROBÓTICA. NEGATIVA ADMINISTRATIVA DE COBERTURA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE COBERTURA DO PROCEDIMENTO PARA A HIPÓTESE. ALEGADA LIMITAÇÃO AOS EVENTOS CONTIDOS NAS DIRETRIZES DE UTILIZAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. IRRAZOABILIDADE. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CONSUMERISTA AOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE. SÚMULA 608, DO STJ. LISTAGEM DE COBERTURAS MÍNIMAS A SEREM OFERECIDAS PELAS OPERADORAS. PRECEITO RESTRITIVO GENÉRICO, CUJA INTERPRETAÇÃO DEVE SER FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. EXEGESE DO ART. 47, DO CDC. PREVISÃO EM CLÁUSULA CONTRATUAL DE COBERTURA PARA TRATAMENTO DA ENFERMIDADE. PRECEDENTES.

*“2. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Turma, o rol de procedimentos mínimos da ANS é meramente exemplificativo, não obstante a que o médico assistente prescreva, fundamentadamente, procedimento ali não previsto, desde que seja necessário ao tratamento de doença coberta pelo plano de saúde. Aplicação do princípio da função social do contrato. (...) 5. Existência de precedente recente da QUARTA TURMA no sentido de que seria legítima a recusa de cobertura com base no rol de procedimentos mínimos da ANS. 6. Reafirmação da jurisprudência desta TURMA no sentido do caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos.” (AgInt no REsp n. 1.829.583/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 22.06.2020).*

PERIGO NA DEMORA E AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO DEMONSTRADOS. PROBABILIDADE DO DIREITO EVIDENCIADA. DECISÃO MANTIDA.

2) LIMITAÇÃO DOS CUSTOS DO PROCEDIMENTO À TABELA DE REFERÊNCIA DA OPERADORA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA INTERLOCUTÓRIA. INVIABILIDADE DE EXAME PELO TRIBUNAL, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO.

*“O princípio do duplo grau de jurisdição estabelece que configura supressão de instância, porquanto proceder contrário à natureza da sistemática recursal, à proibição do ius novorum recursal e à boa-fé processual, em flagrante violação aos princípios dispositivo e da cooperação, salvo exceções legais, o exame, pelo juízo ad quem, de causa de pedir ou de pedido não formulado anteriormente no juízo a quo, ensejando o não conhecimento de pretensões caracterizadas pela inovação recursal” (TJSC, AI n. 4003291-67.2018.8.24.0000, de Brusque, rel. Des. Rosane Portella Wolff, Quarta Câmara de Direito Civil, j. em 28-6-2018). (AI n. 4025600-19.2017.8.24.0000, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 10.07.2018).*



3) HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO NA HIPÓTESE. RECLAMO DERIVADO DE INTERLOCUTÓRIA SEM FIXAÇÃO DA VERBA.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas pela recorrente, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 04 de fevereiro de 2021.

**Desembargador GERSON CHEREM II**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Unimed Grande Florianópolis – Cooperativa de Trabalho Médico contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca da Capital que, nos autos da ação cominatória n. 5005089-23.200.8.24.0082 proposta por Aguedo Aragones, deferiu a tutela provisória de urgência, nos seguintes termos (evento 9):

*A probabilidade do direito está consubstanciada nas prescrições médicas e no art. 12, da Resolução Normativa n. 428 da ANS, que prevê a cobertura dos procedimentos realizados por robótica quando especificados no Anexo I, entre os quais “adenoma - ressecção” e biópsia prostática”, sendo esta a hipótese dos autos.*

*Operigo de dano é evidente, pois a demora na realização do tratamento indicado, pode causar o comprometimento do estado de saúde do autor, na medida em que é portador de “neoplasia maligna da próstata”.*

*Caracterizada a relação de consumo, aplico as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Presentes a hipossuficiência técnica, defiro a inversão do ônus da prova (art. 6º, inc. VIII do CDC).*

*Diante do exposto, DEFIRO a tutela provisória de urgência, para determinar que a ré autorize/custeie imediata e integralmente o procedimento prescrito para o autor, consistente na realização de “prostatectomia radical robótica”, sob pena de ser fixada multa para o caso de descumprimento.*

Houve pleito de reconsideração pelo recorrido (evento 12) para fixar-se uma multa cominatória em caso de descumprimento, cuja decisão denegatória compõe integrativamente o julgado (evento 15):

*Não consta da inicial ou dos documentos a ela anexados, o pré-agendamento de data para o procedimento denominado “prostatectomia radical robótica”, e na decisão que deferiu os efeitos da tutela provisória de*

*urgência determinou-se à ré que autorizasse/custeasse “imediata e integralmente o procedimento prescrito para o autor”.*

*Portanto, agendado o procedimento pelo médico, a ré deverá autorizá-lo imediatamente.*

*Eventual descumprimento da medida deverá ser noticiado pelo autor, quando então será fixada a multa cominatória.*

Irresignada, a recorrente sustentou, em suma, que o tratamento deferido liminarmente estaria fora do rol de eventos e procedimentos da Agência Nacional de Saúde (ANS). Assim, alegou que o agravado não gozaria da cobertura contratual obrigatória. Enfatizou que o procedimento seria mera opção médica, havendo técnica eficaz coberta pelo plano. Apresentou ainda elementos sobre desequilíbrio contratual, com a onerosidade excessiva da medida. Alternativamente, buscou a limitação da cobertura à tabela de referência. Por fim, pleiteou a concessão de efeito suspensivo, com a reforma do decisum ao cabo (evento 1).

A carga suspensiva foi indeferida pelo signatário (evento 8). Sem contraminuta (evento 13), os autos vieram conclusos. É o relatório.

## VOTO

Considerando ter sido o agravo manejado em face de decisão sobre a tutela provisória, hipótese elencada expressamente no inciso I, do art. 1.015, do CPC/2015, constata-se o cabimento do reclamo.

Preenchidos os demais requisitos legais, conhece-se do recurso.

Tocante ao mérito, a recorrente afirma que merece reparo a interlocutória, porquanto não há dever contratual de cobertura do tratamento pretendido, não existindo previsão no rol de procedimentos mínimos da ANS.

Todavia, neste juízo sumário, há de reconhecer-se que melhor sorte não socorre a insurgente.

Convém salientar que a tutela de urgência, como as demais medidas correlatas que exigem presteza e imediatidade, caracteriza-se pela cognição sumária para preservar a própria eficácia.

Nessa fase, o esquadramento resume-se às provas documentais acostadas ao instrumento. Consequentemente, sem exaurir por completo o conhecimento da questão e timbrada pela provisoriedade, a tutela de urgência poderá ser modificada no provimento final, ou com a superveniência de robustos elementos infirmativos.

Logo, o exame da matéria impugnada restringe-se ao acerto ou desacerto da interlocutória.

Dessarte, torna-se necessária a comprovação do relevante fundamento do recurso, que advém

da provável existência de um direito a ser resguardado. Além da ocorrência de eventual lesão grave ou de difícil reparação decorrente da concessão da tutela provisória.

Entretanto, malogrou a agravante em demonstrar os pressupostos autorizadores do intento almejado.

O pleito vem embasado no laudo médico da lavra do urologista, Dr. Alberto Ambrogini (CRM/SC n. 9.665; CRM/SP n. 85.154; e RQE n. 4.224), conforme abaixo (evento 1, atestado médico 28, da origem):

*Informe, com consentimento do paciente - o Sr Aguedo Aragonés - que o mesmo foi diagnosticado como portador de neoplasia maligna de próstata - CID: C61, em específico, adenocarcinoma de próstata Gleason 4+4 em biópsia prostática realizada em 11/09/2020.*

*Diante da possibilidade de cura através do tratamento cirúrgico, foi optado pela realização da prostatectomia radical robótica ao invés da técnica aberta considerando superior ou, no mínimo, mesma eficácia oncológica associado ao benefício de menor sangramento intra-operatório, mais rápida recuperação pós-operatória, menor tempo de sondagem vesical, melhores índices de preservação de ereção e de continência urinária.*

*A superioridade da cirurgia robótica tem sido sustentada por inúmeros trabalhos científicos, incluindo o recente editorial publicado no respeitado Journal of Urology: "End of Controversy: Robótica Prostatectomy is Winner" da edição de junho de 2016.*

*Paciente acometido de neoplasia maligna nos termos da Lei n. 8.922/94.*

De pronto, salienta-se ser indubitável a incidência do Código de Defesa do Consumidor à relação em tela, consoante a Súmula 608, do STJ: "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão."

Fixada tal premissa, firma-se por consequência a interpretação favorável ao consumidor das cláusulas do contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares, a teor do disposto no art. 47, do CDC, de sorte a coibir os desequilíbrios que naturalmente adviriam da disparidade existente entre as partes.

Observa-se do caderno processual que o agravado, beneficiário do plano de saúde, encontra-se acometido de neoplasia maligna de próstata (CID C61), consoante destacado acima, necessitando de procedimento cirúrgico de urgência, cuja cobertura fora recusada pela operadora.

No caso, a negativa do plano de saúde vem embasada na justificativa de que o tratamento não está coberto, pois existe previsão contratual expressa para obrigá-la apenas à cobertura de eventos e procedimentos taxativamente contemplados no rol instituído pela ANS. In verbis (evento 1, documentação 35):

*Nesse sentido, é necessário enfatizar que o seu plano de saúde é posterior e regulamentado pela Lei nº 9.656/98*

*e segue as determinações da Resolução Normativa - RN nº 428, de 7 de novembro de 2017 instituída pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que estabelece o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde (lista de procedimentos) de cobertura obrigatória nos planos privados de assistência à saúde.*

*Desta forma, o procedimento Prostatectomia Radical Robótica não possui cobertura contratual visto que não consta no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde definido pela Resolução Normativa - RN nº 428 da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).*

*Em complemento, destacamos que o seu plano é vinculado ao contrato da AGUEDO ARAGONES e é regido pelos termos contratuais celebrados entre a Unimed Grande Florianópolis e a empresa contratante, estendendo seus direitos e deveres aos usuários vinculados. Assim, a cláusula de CLÁUSULA 4ª - COBERTURAS E PROCEDIMENTOS GARANTIDOS prevê cobertura com base no Rol de Procedimentos da ANS vigente o que, neste caso, não ocorre.*

*Compreendemos suas colocações e as necessidades apresentadas, ao modo que solicitamos vossa compreensão diante das limitações previstas em contrato e acatadas na adesão ao plano, plenamente honradas pela Unimed Grande Florianópolis.*

Entrementes, o art. 4º, da Lei n. 9.961/00, confere à Agência Nacional de Saúde Suplementar competência para elaborar o elenco de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/98, ou seja, determinam quais as obrigações mínimas dos planos de saúde, relativas à prestação de serviços contratados. A ausência do tratamento médico pleiteado no rol da ANS não representa – bem percebe-se – sua exclusão tácita da cobertura contratual.

Além disso, há diversos precedentes deste Sodalício no sentido de que o rol de procedimentos da ANS serve apenas como referência de cobertura mínima obrigatória para cada segmentação de planos de saúde, sem o condão de estear a negativa de cobertura, notadamente nos casos em que a patologia estiver prevista no contrato. Vejam-se os seguintes arestos: AC n. 2010.052328-6, rel. Des. Ronei Danielli, j. em 09.06.2011; AC n. 2009.067580-4, relª. Desª. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 25.01.2011; AC n. 2010.063190-9, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 11.11.2010; AC n. 0300705-34.2017.8.24.0082, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 28.11.2017; AC n. 0006458-32.2011.8.24.0025, relª. Desª. Cláudia Lambert de Faria, j. em 25.04.2017; AC n. 0024907-73.2013.8.24.0023, relª. Desª. Denise Volpato, j. em 10.04.2018.

*Mutatis mutandis, o signatário decidiu:*

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. RECURSODARÉ. NEGATIVA DE COBERTURA. TRANSPLANTE DE CÉLULAS TRONCO HEMATOPOIÉTICAS NA MODALIDADE AUTÓLOGO. BENEFICIÁRIA PORTADORA DA DOENÇA DE CROHN. ALEGADA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE COBERTURA DO PROCEDIMENTO PARA A ENFERMIDADE. LIMITAÇÃO ÀS HIPÓTESES CONTIDAS NO ANEXO II, ITEM 71, DA RESOLUÇÃO NORMATIVA N. 387/2015 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. IRRAZOABILIDADE. APLICAÇÃO DO CÓDIGO CONSUMERISTA AOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE. SÚMULA 608, DO STJ. LISTAGEM DE COBERTURAS MÍNIMAS A SEREM OFERECIDAS*

PELAS OPERADORAS. PRECEITO RESTRITIVO GENÉRICO, CUJA INTERPRETAÇÃO DEVE SER FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. EXEGESE DO ART. 47, DO CDC. RELATÓRIO MÉDICO ATESTANDO O ESGOTAMENTO DAS TERAPIAS FARMACOLÓGICAS DISPONÍVEIS. AUTORA PORTADORA DA MOLÉSTIA HÁ DOZE ANOS. PREVISÃO EM CLÁUSULA CONTRATUAL DE COBERTURA PARA TRATAMENTO DA ENFERMIDADE. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PELO PROFISSIONAL ASSISTENTE. NEGATIVA INDEVIDA. OBRIGAÇÃO

RECONHECIDA. “Negativa de cobertura de transplante de medula óssea autólogo. Alegação de exclusão contratual por não constar do rol de procedimentos da ANS. Contrato que prevê a cobertura do tratamento da enfermidade que padece o autor - Doença de Crohn. Procedimento prescrito por médico responsável pelo tratamento. Abusividade de cláusula excludente (art. 51, IV, do CDC. Súmulas 96 e 102 deste TJSP). Não cabe à operadora do plano de saúde a discussão acerca da terapêutica mais indicada ao paciente. Encargo próprio do profissional da saúde que o acompanha. Aplicação do art. 47 CDC.” (TJSP. AC n. 1005741-28.2018.8.26.0566, rel. Des. José Rubens Queiroz Gomes, j. em 17.12.2018). HONORÁRIOS RECURSAIS. FIXAÇÃO NO IMPORTE DE 5% (CINCO POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CÓDIGO DO PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (AC n. 0302457-63.2017.8.24.0010, rel. Des. Gerson Cherem II, j. em 04.04.2019).

Imperioso ponderar que, apesar do entendimento externado pela Quarta Turma do STJ no REsp n. 1733013/PR, julgado em 10.12.2019 e publicado em 20.02.2020 (informativo n. 0665, de 13 de março de 2020), no sentido de que “O rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS não é meramente exemplificativo”, a Terceira Turma daquela mesma Corte mantém o entendimento consolidado do Tribunal Superior, no qual “o fato de o procedimento não constar no rol da ANS não significa que não possa ser exigido pelo usuário, uma vez que se trata de rol exemplificativo”, conforme sobressai do AgInt no AREsp n. 1442296/SP, rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 23.03.2020 e publicado em 25.03.2020.

Ademais, a Terceira Turma do STJ, no AInt no REsp n. 1.829.583/SP, datado de 22.06.2020, ratificou expressamente a inteligência sedimentada naquele Colegiado:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CIVIL (CPC/2015). CIVIL. PLANO DE SAÚDE NA MODALIDADE AUTOGESTÃO. RECUSA DE COBERTURA DE CIRURGIA PARA TRATAMENTO DE DEGENERAÇÃO DA ARTICULAÇÃO TEMPOROMANDIBULAR (ATM). **DIVERGÊNCIA QUANTO A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO. NA RELAÇÃO CIRURGIÃO-PACIENTE. DESCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA TURMA. APLICABILIDADE ÀS OPERADORAS DE AUTOGESTÃO. PRECEDENTE EM SENTIDO CONTRÁRIO NA QUARTA TURMA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA TURMA.** 1. Controvérsia acerca da recusa de cobertura de cirurgia para tratamento de degeneração da articulação temporomandibular (ATM), pelo método proposto pelo cirurgião assistente, em paciente que já se submeteu a cirurgia anteriormente, por outro método, sem obter êxito definitivo. 2. **Nos termos da jurisprudência pacífica desta Turma, o rol de procedimentos mínimos da ANS é meramente exemplificativo, não obstante a que o médico assistente prescreva, fundamentadamente, procedimento ali não previsto, desde que seja necessário ao tratamento de doença coberta pelo plano de saúde. Aplicação do princípio da função social do contrato.** 3. Caso concreto em que a necessidade de se adotar procedimento não previsto no rol da ANS encontra-se justificada, devido ao fato de o paciente já ter se submetido a tratamento por outro método e não ter alcançado êxito. 4. Aplicação do entendimento descrito

*no item 2, supra, às entidades de autogestão, uma vez que estas, embora não sujeitas ao Código de Defesa do Consumidor, não escapam ao dever de atender à função social do contrato. 5. Existência de precedente recente da QUARTA TURMA no sentido de que seria legítima a recusa de cobertura com base no rol de procedimentos mínimos da ANS. 6. Reafirmação da jurisprudência desta TURMA no sentido do caráter exemplificativo do referido rol de procedimentos. 7. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (AgInt no REsp n. 1.829.583/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 22.06.2020, grifou-se).*

Apesar de haver julgados acolhendo o posicionamento da Quarta Turma do STJ neste Sodalício (por todos, vide AC n. 0306965-67.2017.8.24.0005, rel. Des. Luiz Felipe Schuch, j. em 09.07.2020), à luz do quadro institucional, por ora, fica preservado o posicionamento do subscritor, de acordo com a jurisprudência majoritária do TJSC e da Terceira Turma do STJ.

Dessa maneira, em análise perfunctória, resultam imprósperos os fundamentos da negativa de cobertura, em virtude de não estarem os procedimentos solicitados previstos nas listas da ANS.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor considera abusiva, portanto nula de pleno direito, a disposição contratual que abrange a assistência médica e hospitalar a determinada patologia (oncológica) e especialidade, se não forem concedidos ao contratante os procedimentos clínicos necessários para o estabelecimento da sua higidez, impedindo a progressão da doença por meio do controle adequado dos sintomas.

Tal conduta revela-se, sem dúvida, prejudicial ao tratamento prescrito pelo médico especialista, hialino ao referir que o paciente foi diagnosticado com moléstia capaz de acarretar-lhe danos irreversíveis e, inclusive, ceifar-lhe a vida. Destaca-se a contundência do profissional assistente ao indicar que o tratamento (evento 12, atestado médico 2, da origem):

*A nota 8, obtida na escala de Gleason, está relacionada a tumores de maior agressividade e, neste caso, caracterizada urgência médica, demandando procedimento cirúrgico em curto espaço de tempo.*

Deveras, aos planos de saúde é dada a prerrogativa de elegerem as doenças acobertadas, porém não lhes é facultada a escolha do tipo de tratamento adequado para a cura da moléstia, sendo esta incumbência do médico assistente.

Nesse pensar

*Não é função da empresa administradora do plano de saúde perquirir sobre a eficácia ou não do medicamento que fora indicado para o tratamento da paciente. A ela compete apenas dar cumprimento ao estabelecido no contrato, sem contudo interferir na linha de abordagem da doença estabelecida pelo médico atendente e sua paciente (AC n. 0325641-77.2015.8.24.0023, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. em 13.03.2018).*



Havendo indicação técnica para a realização do tratamento pelo médico assistente, e considerando cuidar-se de procedimento primordial ao restabelecimento da saúde do beneficiário, a decisão acertadamente atendeu ao pleito liminar.

Em situação análoga, julgou o TJSC:

*AGRAVODEINSTRUMENTO. “AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/ PEDIDO DE TUTELA URGÊNCIA”. DECISÃO QUE DEFERIU A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA DETERMINAR QUE A RÉ PROVIDENCIE O PROCEDIMENTO INTEGRAL DE NEFRECTOMIA PARCIAL VIA ROBÓTICA, A SER REALIZADO EM NOSOCOMIO ESPECÍFICO. RECURSO DA DEMENDADA. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO SOB A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL PREVISTO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. INSUBSISTÊNCIA. LISTAGEM DE COBERTURAS MÍNIMAS A SEREM OFERTADAS PELAS OPERADORAS. AVENTADA A EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA CONTRATUAL PREVENDO A EXCLUSÃO DA COBERTURA DE PROCEDIMENTOS NÃO PREVISTOS NO ROL DA ANS. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE PARA, NO MOMENTO, JUSTIFICAR A DENEGAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA. ENTENDIMENTO ASSENTE NESTE SODALÍCIO E CORTE DA CIDADANIA SOBE A POSSIBILIDADE DE A OPERADORA DELIMITAR DOENÇAS, MAS NÃO TRATAMENTOS. PREVISÃO, ADEMAIS, DE TRATAMENTO ONCOLÓGICO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO HOSTILIZADA NO TOCANTE À CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA. PROPALADA VALIDADE DA NEGATIVA ANTE A ESCOLHA DE NOSOCÔMIO NÃO PERTENCENTE À REDE CREDENCIADA PELO PLANO DE SAÚDE. DESCABIMENTO. PARTE RÉ QUE AFIRMA EXISTIR HOSPITAIS NO ESTADO DE SÃO PAULO QUE REALIZAM O PROCEDIMENTO VIA ROBOTICA. OPERADORA QUE DEVE GARANTIR O ATENDIMENTO DO BENEFICIÁRIO QUANDO INEXISTENTE REDE ASSISTENCIAL EM MUNICÍPIO LIMÍTROFE. EXEGESE DO ARTIGO 4º, DA RESOLUÇÃO NORMATIVA 259/2011, DA ANS. PLEITO DE LIMITAÇÃO DOS CUSTOS DO PROCEDIMENTO À TABELA DE REFERÊNCIA. TEMA NÃO EXAMINADO NO DECISUM. ANÁLISE DIRETA VEDADA PELO TRIBUNAL AD QUEM. SUPRESSÃO INDEVIDA DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTÍCULA, DESPROVIDO. (AI n. 5002201-70.2019.8.24.0000, rel. Des. André Carvalho, j. em 09.06.2020, grifou-se).*

Nesse contexto, entende-se que o autor logrou êxito em preencher os requisitos da tutela de urgência, preconizados no art. 300, do CPC/15, em face do perigo da demora no tratamento, sendo provável, em tese, a concessão da medida quando da análise de mérito. Ou seja, está presente também a probabilidade do direito invocado.

Ainda, não se verifica a irreversibilidade dos efeitos da decisão guerreada, tendo-se em conta que, na hipótese de improcedência da demanda principal, fica viabilizada a cobrança dos valores despendidos pela operadora.

Nesse sentido, não há falar em dano irreparável à agravante no caso. Com efeito, eventual conflito entre o interesse puramente econômico da Unimed e aquele sustentado pelo recorrido – que se vincula à própria preservação da vida do beneficiário – deve resolver-se em prol do segundo, ao menos no presente estágio processual.

*Mutatis mutandis:*

É justificado o receio de ineficácia do provimento final, porquanto está evidente na indicação médica o risco de perda definitiva da visão [...]. Assim, haja vista a referida aplicação consumerista, bem assim, a prevalência do direito à saúde sobre qualquer outro relativo ao patrimônio [...]. (AI n. 0140673-78.2015.8.24.0000, rel. Des. Rubens Schulz, j. em 19.07.2016).

Referente ao nosocômio escolhido pelo médico assistente, indicado na solicitação de cirurgia -- Hospital Israelita Albert Einstein -- (evento 1, atestado médico 26), veja-se exatamente o que consta na exordial (evento 1, petição inicial 1, fl. 10):

*O procedimento deverá ser prestado pelo Hospital Israelita Albert Einstein ou, subsidiariamente, outro da rede própria ou credenciada, devendo, nesse caso, apresentar uma alternativa regional, sob pena de sequestro dos valores para custeio da cirurgia no Hospital indicado pelo profissional que assiste o autor (CDC, art. 84, § 1º).*

A decisão vergastada, por sua vez, determinou à ré que “*autorize/custeie imediata e integralmente o procedimento prescrito para o autor, consistente na realização de ‘prosectomia radical robótica’*”. Ou seja, cabe ao plano indicar e autorizar a realização do procedimento na rede credenciada, ou suportar o custo do hospital escolhido pelo profissional assistente.

Aliás, o recorrido compareceu espontaneamente aos presentes autos (evento 3) para informar que tomou conhecimento da existência de aparato técnico suficiente para a realização do procedimento no Hospital Santa Isabel, em Blumenau (SC); bem como no Hospital Unimed Bauru (SP); ambos credenciados à rede Unimed.

Portanto, caberá à recorrente cumprir a decisão, de maneira mais célere possível, seja na rede credenciada ou não.

*Ad finem*, inviável conhecer do pleito de limitação da cobertura à tabela de referência da Unimed, pois a matéria não foi analisada em primeira instância. Deveras, o recurso de agravo serve para a análise do acerto ou desacerto da decisão proferida na origem, como dito alhures, e não para esquadriñar outras alegações ainda sem exame no juízo da Comarca.

Nessa toada, os pontos não apreciados pelo magistrado trazido nas razões recursais constituem circunstâncias que obstam o conhecimento do reclamo nestes aspectos, pois implicaria em supressão de instância.

Decidiu-se:

“O princípio do duplo grau de jurisdição estabelece que configura supressão de instância, porquanto proceder

*contrário à natureza da sistemática recursal, à proibição do ius novorum recursal e à boa-fé processual, em flagrante violação aos princípios dispositivo e da cooperação, salvo exceções legais, o exame, pelo juízo ad quem, de causa de pedir ou de pedido não formulado anteriormente no juízo a quo, ensejando o não conhecimento de pretensões caracterizadas pela inovação recursal” (TJSC, AI n. 4003291-67.2018.8.24.0000, de Brusque, rel. Des. Rosane Portella Wolff, Quarta Câmara de Direito Civil, j. em 28-6-2018). (AI n. 4025600-19.2017.8.24.0000, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 10.07.2018).*

Sem prejuízo, o tema poderá ser levantado na primeira instância para posterior análise no julgamento do mérito da causa.

Por conseguinte, o intento desmerece guarida.

Acerca dos honorários advocatícios recursais, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam: “a sucumbência só ocorrerá nos casos de recursos provenientes de decisão em que tenha sido fixada verba honorária (o que, ao que parece, se deduz do texto do § 11), de forma de que as decisões interlocutórias não ensejariam acréscimo no valor dos honorários.” (in Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. p. 437).

No caso em exame, a decisão de primeiro grau evidentemente não fixou honorários advocatícios, tornando impossível o acréscimo desta verba que nunca fora estabelecida. Com efeito, emerge incogitável falar-se em arbitramento de honorários recursais de sucumbência, se o inconformismo deriva de uma interlocutória.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas pela recorrente.

**Desembargador GERSON CHEREM II**

**Relator**

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5001541-76.2019.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR RAULINO JACÓ BRUNING

AGRAVANTE: EMERSON NATANAEL COSTA

AGRAVADO: SAUL NATANAEL COSTA JUNIOR

AGRAVADO: ARTHUR DA SILVEIRA RIBEIRO

AGRAVADO: DONA FULANA CONFEITARIA LTDA EPP

AGRAVADO: SERGIO LOPES RIBEIRO

AGRAVADO: THIAGO SILVEIRA RIBEIRO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA. DECISÃO DE PARCIAL CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA, DETERMINANDO A ANOTAÇÃO DA EXISTÊNCIA DA AÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. RECURSO DO AUTOR. **1. PRELIMINAR EM CONTRARRAZÕES.** ALEGADA ILEGITIMIDADE PASSIVA DE DOIS RECORRIDOS. QUESTÃO NÃO ENFRENTADA NO JUÍZO A QUO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **2 FATOS.** **2.1** CONTRATO DE COMPRA E VENDAPREVENDO QUE O AGRAVANTE RECEBERIA 50% DO VALOR DO BEM. TODAVIA, RECORRENTE QUE NÃO ERA PROPRIETÁRIO DESTE. **2.2.** POSTERIOR OUTORGA DE ESCRITURA PÚBLICA PELO PROPRIETÁRIO DA COISA. **3. MÉRITO.** **3.1** ALEGAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA DOS ADQUIRENTES. REQUERIDA INDISPONIBILIDADE DO IMÓVEL, SOB O FUNDAMENTO DE SER PRORRIETÁRIO DE 50% DO BEM. NÃO ACOLHIMENTO. CONTRATO DE GAVETA. NÃO REGISTRADO. ADEMAIS, TRANSAÇÃO QUE NÃO LHE OUTORGARA A PROPRIEDADE, MAS A QUALIDADE DE CREDOR SOBRE METADE DA VENDA. **3.2.** IMÓVEL DADO EM GARANTIA, PELOS ADQUIRENTES, À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TERCEIRO DE BOA FÉ. INTELIGÊNCIA DO ART. 221 DO CÓDIGO CIVIL. ÓBICE À INDISPONIBILIDADE. **3.3.** RECORRENTE QUE AJUIZARA FEITO EXECUTIVO ANTERIOR À PRESENTE LIDE. SUSTENTADA FRAUDE À EXECUÇÃO, A JUSTIFICAR A INDISPONIBILIDADE DO IMÓVEL. INSUBSISTÊNCIA. TRASFERÊNCIA DE DOMÍNIO ANTERIOR AO EFEITO EXECUTIVO. AINDA, FRAUDE À EXECUÇÃOQUE NÃO É OBJETO DOS AUTOS PRINCIPAIS. **4.** ESCRITURA PÚBLICAQUE DEU TOTAL QUITAÇÃO À NEGOCIAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROBABILIDADE DO DIREITO NÃO DEMOSTRADA. REQUISITOS INSCULPIDOS NO ART. 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSATISFEITOS. **5.** DECISUM MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, a) não conhecer da preliminar em contrarrazões; e b) conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 29 de abril de 2021.

**Desembargador RAULINO JACO BRUNING**

**Relator**

## RELATÓRIO

Na Comarca da Capital - Continente, Emerson Natanael Costa ajuizou **ação declaratória de nulidade de escritura pública** em face de Sérgio Lopes Ribeiro, Arthur da Silveira Ribeiro, Dona Fulana Confeitaria Ltda. EPP, representada pelo sócio Thiago Silva Ribeiro, e Saul Natanael Costa Júnior (autos n. 5000096-68.2019.8.24.0082).

Na inicial, em suma, o autor requereu a declaração de nulidade do ato de transferência do imóvel matriculado sob o n. 9.305, no 3º Ofício de Registro de Imóveis com circunscrição no Continente de Florianópolis/SC. Para tanto, alegou que 50% do bem lhe pertencia, muito embora o terreno estivesse registrado em nome do seu irmão Saul (quarto requerido).

Todavia, segundo contou, os compradores do imóvel (Sérgio e Arthur) não lhe pagaram a sua parte do preço, de modo que a escritura pública de compra e venda em nome da empresa destes (Dona Fulana Confeitaria Ltda.) não poderia ter se perfectibilizado, assim como não poderiam ter gravado o imóvel com uma alienação fiduciária junto ao SICOOB.

Narrou, ainda, que tais fatos se deram a despeito de ter movido ação de execução de título extrajudicial para cobrança dos valores devidos, o que só denota a fraude perpetrada pelos réus. Assim, defendeu a nulidade do referido registro, bem como de todos os subsequentes.

Em sede de tutela de urgência, requereu “*seja oficiado ao 3º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca da Capital para que registre a presente demanda anulatória, bem como seja tornado público que o percentual de 50% do imóvel registrado sob o n. 9.305 pertence ao Autor e, sem a sua anuência não poderá mais ser negociado ou retido pelo banco por dívida de terceiros*” (EVENTO 1, fl. 10, do processo originário).

Isso porque, conforme provas acostadas à exordial, o credor fiduciário já estaria negociando o bem com terceiros, o que dificultará/impedirá, no futuro, a satisfação do seu crédito.

O Juiz *a quo* proferiu decisão deferindo a antecipação dos efeitos da tutela apenas parcialmente, nos seguintes termos (EVENTO 3 do feito de origem):

*No caso em exame, conforme acordo homologado na ação n. 0302507-72.2014.8.24.0082, que tramitou na 2ª Vara Cível deste Foro (documento n. 11), verifica-se que ficou convencionado que os valores obtidos com a alienação do imóvel objeto dos autos (matrícula n. 9.305) serão divididos entre o requerente e o demandado Saul Natanael Costa Júnior, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada, além da possibilidade de ambos formalizarem a venda do referido bem.*

*Ainda, vê-se que o autor acostou “Instrumento particular de compra e venda de bem imóvel à prazo”, firmado em 16 de novembro de 2016, em que figura como promitente vendedor o réu Saul, segundo anuente o autor Emerson e compradores os réus Sérgio e Arthur (documento n. 12).*

*O requerente informou que ajuizou nesta Vara a ação de execução n. 0300703-30.2018.8.24.0082 em face de*

SÉRGIO LOPES RIBEIRO e ARTHUR DA SILVEIRA RIBEIRO, também réus na presente ação, em razão do não pagamento das parcelas do contrato firmado em 2016.

Já na matrícula juntada (documento n. 13), constata-se que o registro de alienação fiduciária realizada em 18 de outubro de 2017, figurando como transmitente DONA FULANA CONFEITARIA Ltda. e credor fiduciário a Cooperativa de Crédito SICCOB MAXICRÉDITO, isto após formalização de compra e venda em realizada pelo requerido Saul Natanael Costa Júnior.

Entretanto, em face do narrado, bem como da documentação acostada, ao menos em sede de cognição sumária, entendo que a probabilidade do direito invocado pelo autor não restou clara, de modo que a questão deve ser melhor esclarecida durante a instrução processual.

De igual modo, quanto ao perigo de dano, entendo que este não se faz presente, vez que o imóvel já conta em nome de terceiro desde o ano de 2017, sendo que o demandado já dever ter recebido os valores com a venda do bem.

Outrossim, não há evidência de risco de vir a ser frustrada eventual execução ou de que a parte ré não dispõe de bens suficientes para a satisfação de futura condenação.

Assim, viável apenas a providência da averbação da existência da lide junto ao cartório de imóveis respectivo.

Além disso, inexistente perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º do CPC), vez que a tutela é provisória e precária, passível de modificação ou revogação.

Feitas tais considerações:

1. **CONCEDO** parcialmente a tutela provisória de urgência apenas para determinar a averbação da existência da ação no registro público do bem imóvel objeto do litígio. Oficie-se o respectivo Cartório de Imóveis (evento 3).

Inconformado, Emerson Natanael Costa interpõe **agravo de instrumento**, repisando os argumentos que aportara na inicial e sustentando, em síntese, que: a) a insolvência dos agravados é evidente, sendo que a venda do bem a terceiros é capaz de prejudicar ainda mais a sua situação financeira; b) os agravados são devedores contumazes e corre-se o risco de inexistirem outros bens para quitação da dívida; c) sobre a probabilidade do direito, alega que os recorridos ajustaram a transferência do imóvel mesmo sem o pagamento integral da venda, o que era proibido no contrato entabulado entre eles e o recorrente. Por esses motivos, entende como satisfeitos os requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil.

O efeito ativo foi indeferido em decisão monocrática de minha lavra (EVENTO 2).

Os agravados Dona Fulana Ltda., Thiago Ribeiro e Arthur da Silva Ribeiro apresentaram contrarrazões (EVENTO 52), argumentando a ilegitimidade passiva dos dois primeiros, por não terem participado do negócio jurídico sub judice.

O recorrido Sérgio Lopes Ribeiro, embora intimado para ofertar contraminuta, permaneceu inerte (EVENTO 50).



## VOTO

### 1. Preliminar em contrarrazões - ilegitimidade passiva

Em antemão ao mérito, pretendem os recorridos o reconhecimento da ilegitimidade passiva dos réus /agravados Dona Fulana Ltda. e Thiago Ribeiro, sob o fundamento de que não participaram da compra e venda impugnada.

Todavia, “*em sede de agravo de instrumento cabe ao juízo ad quem apenas a análise acerca do acerto ou desacerto da decisão guerreada, sendo vedada a apreciação da matéria ainda não discutida no juízo de primeiro grau, sob pena de suprimir-se grau de jurisdição*” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2004.037121-7, da Capital, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 28-7-2005).

Desta feita, considerando que a temática não fora posta à apreciação do Juízo a quo, tal pedido não merece ser conhecido, ainda que se trate de matéria de ordem pública, sob pena de supressão de instância.

A propósito, deste Órgão Fracionário:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO PROVISÓRIO DE SENTENÇA. RECURSO DA EXECUTADA. 1) NULIDADE DO CUMPRIMENTO PROVISÓRIO E ILEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO JUÍZO PRIMEVO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO TRIBUNAL, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITOS NÃO CONHECIDOS. “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.» (AI n. 4008076-43.2016.8.24.0000, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 18.04.2017) [...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4015814-48.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 2-7-2020, grifos acrescidos).*

Deixa-se, portanto, de conhecer da alegação de ilegitimidade passiva.

### 2. Mérito

O recurso é próprio, tempestivo e está dispensado de preparo, por litigar o agravante sob o pálio da gratuidade judiciária.

O recorrente objetiva a reforma da decisão interlocutória em que o Togado singular concedeu a antecipação da tutela almejada apenas de forma parcial, autorizando a anotação da existência da ação de piso à margem da matrícula do imóvel *sub judice* – todavia, **sem acolher o pedido de indisponibilidade do bem.**

Alega o recorrente, em suma, que: a) os compradores-réus estão insolventes, frente às inúmeras dívidas por eles contraídas; b) seu irmão Saul não poderia ter efetuado a Escritura Pública em favor dos demais requeridos sem sua anuência, por expressa previsão contratual; c) caso o imóvel não seja indisponibilizado, é possível que jamais veja seu crédito satisfeito; d) “é incontroverso que 50% do imóvel referido é de propriedade do Agravante, devendo sua parte ser salvaguardada até que seja adimplida a execução em trâmite» (EVENTO 1, fl. 9).

Assim, sustenta que é necessário **tornar aludido imóvel indisponível**, pois além do acima disposto, também há perigo de alienação do bem a terceiros, frente às notícias de que a cooperativa SICOOB (credor fiduciário da coisa) está buscando interessados na aquisição deste.

O pleito recursal em exame sujeita-se aos requisitos da tutela de urgência de natureza antecipada.

Sobre isso, dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil:

*Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Acerca os requisitos para a antecipação de tutela, colhe-se o seguinte esclarecimento doutrinário:

*Probabilidade do direito. No direito anterior, a antecipação da tutela estava condicionada à existência de “prova inequívoca” capaz de convencer o juiz a respeito da “verossimilhança da alegação”, expressões que sempre foram alvo de acirrado debate na doutrina. O legislador resolveu, contudo, abandoná-las, dando preferência ao conceito de probabilidade do direito. Com isso, o legislador procurou autorizar o juiz a conceder tutelas provisórias com base em cognição sumária, isto é, ouvindo apenas uma das partes ou então fundado em quadros probatórios incompletos (vale dizer, sem que tenham sido colhidas todas as provas disponíveis para o esclarecimento das alegações de fato). A probabilidade que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica*

*- que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória.*

*Perigo na demora. [...]. A tutela provisória é necessária simplesmente porque não é possível esperar, sob pena de o ilícito ocorrer, continuar ocorrendo, ocorrer novamente, não ser removido ou de dano não ser reparado ou reparável no futuro. Assim, é preciso ler as expressões “perigo de dano” e “risco ao resultado útil do processo” como alusões ao perigo na demora. Vale dizer: há urgência quando a demora pode comprometer a realização imediata ou futura do dinheiro (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Curz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 312/313).*

*In casu*, todavia, não se vislumbra probabilidade do direito com força suficiente para a medida buscada.

A fim de melhor elucidar a questão, ilustra-se o contexto fático:

1- O autor/agravante Emerson Natanael Costa e o requerido Saul Natanael Costa Júnior são irmãos e, em decorrência de negócios familiares e dívidas contraídas em conjunto, convencionaram nos autos n. 0302507-72.2014.8.24.0082 que “os valores obtidos da alienação do imóvel situado na Rua Narbal Matias Ferreira, n. 60, Jardim Atlântico, Florianópolis/SC (CEP 88095-630), com matrícula de n. 9.305 registrada no terceiro Ofício de Registro de Imóveis da Capital/SC, serão divididos igualmente entre o Sr. Saul Natanael Costa Júnior e o Sr. Emerson Natanael Costa” (EVENTO, 1, Anexo 11, fl. 1).

**Assim, embora o imóvel sempre estivesse apenas em nome de Saul, os irmãos acordaram que 50% dos valores advindos da venda da coisa seria de Emerson.**

2- O acordo restou homologado em 11/3/2015 (fl. 3 do Anexo 11 do EVENTO 1, processo de origem).

3- Em novembro de 2016, o réu Saul – na condição de proprietário registral do bem – entabulou com Sérgio Lopes Ribeiro e Arthur da Silveira Ribeiro a compra e venda do imóvel, figurando o demandante Emerson como anuente.

Isto é, os dois irmãos, de comum acordo, “venderam” o imóvel a Sérgio e Arthur.

No instrumento contratual, consta como preço o valor de R\$700.000,00, dos quais metade seria pago ao vendedor-proprietário (Saul), por meio do estabelecimento comercial “Dona Fulana”, e a outra parte a Emerson, através de prestações mensais em dinheiro.

Assim, Saul recebera uma franquia da confeitaria Dona Fulana (representada pelo sócio Thiago, dos quais também são sócios os demais réus) e Emerson ainda receberia 144 prestações, no valor total de R\$320.000,00.

**Este contrato, ao que parece, não restou averbado na matrícula imobiliária.**

4 - Todavia, Emerson (autor/agravante) sustenta que não recebera totalmente sua cota, razão pela qual ajuizara **ação de execução de título extrajudicial**, que tramita, desde abril de 2018, na Comarca da Capital - Continente sob o n. 0300703-30.2018.8.24.0082.

5 - No decorrer da referida demanda, antes mesmo da citação dos dois executados, o autor disse ter sido surpreendido com a informação de que o imóvel “foi posto à venda por terceiros (SICOOB MAXICRÉDITO) através de imobiliária, sem que sua parte no negócio celebrado através do Contrato de Promessa de Compra e Venda de Imóvel em 16/11/2016 (fls. 6 a 13) tivesse sido paga. Ao se deparar com a situação o Exequente se dirigiu até o 3º Ofício de Registro de Imóveis da Capital/SC a fim de retirar Certidão atualizada da matrícula do imóvel, juntada em anexo, quando descobriu que o Sr. Saul Natanael Costa Junior, em 09/10/2017, realizou a transferência do imóvel diretamente para

*empresa dos Executados (DONA FULANA CONFEITARIA LTDA - CNPJ nº 24.375.076/0001-60) por meio de escritura pública” (fl. 80 daquele processo, conforme consulta ao SAJ-PG).*

Ou seja: em 2017, Saul outorgou Escritura Pública para perfectibilizar a alienação do imóvel – sem, a princípio, que Emerson tenha sido avisado, anuído, ou recebido sua cota-parte. E, embora isso tenha ocorrido antes do ajuizamento da execução, Emerson alega que somente ficou sabendo da transmissão do bem depois que já a havia ajuizado.

O imóvel, então, fora passado para o nome da pessoa jurídica Dona Fulana Confeitaria Ltda. (que é de propriedade dos réus-adquirentes).

**6 - Diante disso, Emerson ajuizou a presente ação, com o fim de desconstituir a transferência de domínio ali impugnada.**

7 - Após a transmissão da propriedade, no dia 18/10/2017, a Confeitaria Dona Fulana Ltda., nova proprietária, deu o imóvel em garantia à Cooperativa de Crédito SICOOB Maxicrédito, em negociação a um empréstimo.

Pois bem.

Primeiramente, observa-se, em análise perfunctória, que não está bem claro qual o fundamento para nulidade da escritura.

Isso porque, a um só tempo o autor pincela, na inicial, que houve fraude contra credores e, neste instrumento, sustenta haver fraude à execução, sob o fundamento de que o indeferimento da indisponibilidade do bem poderia fazer com que sua execução restasse frustrada.

Conquanto, observa-se que a causa de pedir da ação de piso, na verdade, tenciona anular o negócio jurídico em voga sob a precípua alegação de que o autor/agravante **não anuiu com a transferência do imóvel, justamente por não ter recebido o valor da venda. No seu entender, o negócio jurídico fora inexistente e/ou nulo de pleno direito, por ausência de manifestação de sua vontade.**

Nesse contexto, embora haja fortes indícios de deslealdade na conduta dos agravados, o fato é que o imóvel fora dado em garantia a terceiro de boa-fé (SICOOB), **quando o contrato firmado entre as partes não estava registrado na matrícula do imóvel.**

A par disso, é certo que o “contrato de gaveta” possui plena validade entre as partes que dele participaram. Todavia, em situações assim, estima-se que a presunção de conhecimento erga omnes da transação não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé (SICOOB), **mormente quando a Escritura Pública efetuada dá quitação à negociação por aquele que era o proprietário da coisa (Saul).**

Em outras palavras, a alegada detenção de 50% do imóvel pelo requerente não era de conhecimento público.

Pelo contrário, aos olhos de terceiros, o negócio aparentava regularidade, haja vista que era

Saul quem detinha o domínio sobre o bem, transferindo-o para o estabelecimento dos compradores que, por sua vez, negociaram com a instituição financeira para contrair empréstimo.

Sobre isso, dispõe o Código Civil:

*Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público (grifos acrescidos).*

*Parágrafo único. A prova do instrumento particular pode suprir-se pelas outras de caráter legal.*

Ademais, convém notar que justamente por se tratar de terceiro de boa-fé, não é demais presumir que a instituição financeira já despendera os valores negociados com a empresa requerida, **sendo evidente que a indisponibilidade do bem que lhe fora dado em garantia é capaz de lhe encerrar prejuízos**. Ainda, observa-se que o banco nem sequer está no polo passivo da lide.

Não fosse apenas isso, o acordo judicial entre Saul e Emerson era apenas de que 50% do valor da venda deste imóvel seria devido a ele – e não de que ele seria proprietário em condomínio da coisa.

Outrossim, o ajuste de compra e venda firmado entre os litigantes também garantiu a Emerson apenas o valor de metade da venda, mas não lhe concedeu o exercício da propriedade (e todos seus corolários, como a perseguição da coisa, possibilidade de transferência, domínio, etc).

Isto é, o contrato que o agravante pretende executar/garantir/anular versa tão somente sobre os valores da venda, o que, importa salientar, não se confunde com a propriedade do bem.

Assim é que, por ora, em sede de cognição perfunctória, entende-se **ausente a probabilidade do direito do que tange à indisponibilidade do imóvel pretendida**.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

*APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA EMBARGANTE. INDISPONIBILIDADE DO IMÓVEL DETERMINADA EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA ARBITRAL. EMBARGOS DE TERCEIRO AMPARADOS EM CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE APARTAMENTO NÃO REGISTRADO. PROPRIEDADE NÃO TRANSFERIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.245 DO CC. **CONTRATO FIRMADO POR QUEM NÃO ERA PROPRIETÁRIO DA COISA. VENDA A NON DOMINO. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO DO DOMÍNIO E DA POSSE DELE DECORRENTE. SENTENÇA MANTIDA. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** (TJSC, Apelação Cível n. 0300183-70.2019.8.24.0103, de Araquari, rel. Haidée Denise Grin, Sétima Câmara de Direito Civil, j. 28-5-2020, grifos acrescidos).*

Quanto ao argumento de haver fraude à execução, ainda que este, aparentemente, nem sequer seja o objeto da lide principal, estima-se que o *fumus boni iuris* também não está presente.

É que o contexto probatório revela que toda essa movimentação aconteceu no ano de 2017, consoante se extrai da escritura pública colacionada no EVENTO 1, Anexo 13 (processo de origem).

Assim, a transferência de titularidade dera-se antes da propositura da lide executiva, que somente ocorreu em 2018. Assim, a princípio, não haveria falar no instituto da fraude à execução.

Ao que tudo indica, por enquanto, é que o autor intenta assegurar a satisfação do seu crédito perseguido na lide executiva; contudo, os réus sequer haviam sido citados e não se sabe ao certo todos os contornos fáticos do imbróglio.

Rememora-se, lado outro, que na ação que tramita na origem, mister a demonstração de alguma nulidade ou vício. Porém, como bem disse o Togado a quo no *decisum* agravado, “a probabilidade do direito invocado pelo autor não restou clara, de modo que a questão deve ser melhor esclarecida durante a instrução processual” (EVENTO 3 do processo originário).

Até mesmo porque, ressalta-se, o proprietário do imóvel (era Saul) outorgou a escritura pública dando quitação ao negócio, o que deve ser melhor averiguado.

No mais, anota-se que a averbação do litígio na matrícula do imóvel, concedida pelo Magistrado na primeira instância, é circunstância hábil a afastar a boa-fé de terceiros adquirentes, protegendo os interesses do agravante (ainda que em menor grau).

Por ora, no entanto, esta parece ser realmente a solução mais adequada para o momento embrionário em que o processo se encontra.

A par disso, conclui-se que o *decisum* recorrido não carece de reforma, justo que não preenchido o requisito da probabilidade do direito do insurgente no que tange ao pleito de indisponibilidade do bem.

### **3. 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, voto no sentido de: a) não conhecer da preliminar em contrarrazões; e b) conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

**Desembargador RAULINO JACO BRUNING**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0308273-10.2015.8.24.0038/SC**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0308273-10.2015.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR STANLEY DA SILVA BRAGA

APELANTE: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A.

ADVOGADO: JOSE QUAGLIOTTI SALAMONE (OAB SP103587)

APELADO: MARCELO MAURICIO

ADVOGADO: JONATHAN ZAGO APPI (OAB RS069868)

APELADO: DEISE CRISTINA EUFRASIO MAURICIO

ADVOGADO: JONATHAN ZAGO APPI (OAB RS069868)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA MODIFICADA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. APELO DO BANCO REQUERIDO PROVIDO EM PARTE PARA MINORAR O QUANTUM INDENIZATÓRIO POR ABALO ANÍMICO. RECURSO ADESIVO DOS AUTORES PARCIALMENTE PROVIDO PARA MOJORAR OS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. INSURGÊNCIA DOS DEMANDANTES.

ALEGADA OMISSÃO DA DECISÃO COLEGIADA, QUANTO À PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, AO ARGUMENTO DE QUE ESTA OPÔS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTEMPESTIVOS NA PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE NÃO TERIAM INTERROMPIDO O PRAZO PARA O RECURSO DE APELAÇÃO. SUBSISTÊNCIA. ACLARATÓRIOS QUE FORAM APRESENTADOS EXTEMPORANEAMENTE E QUE NÃO IMPEDIRAM O DECURSO DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DE APELO SUBSEQUENTE. PRECEDENTES DO STF, STJ E DESTE TRIBUNAL. OMISSÃO SANADA COM EFEITOS INFRINGENTES, NO SENTIDO DE NÃO CONHECIMENTO DO RECLAMO DA CASA BANCÁRIA, COM ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS, ENÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ADESIVO ACESSÓRIO, EM ATENÇÃO À REGRA DO ART. 977, § 2º, INCISO III, DO CPC.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, acolher os embargos de declaração, com atribuição de efeitos infringentes, a fim de reformar in totum a decisão embargada para: a) não conhecer do recurso de apelação interposto pelo Banco réu, com a fixação de honorários recursais de 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, em favor dos advogados da parte autora, e; b) não conhecer do recurso adesivo interposto pelos autores, ora embargantes, nos moldes do art. 997, § 2º, inciso III, do CPC, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 12 de agosto de 2021.

**Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Marcelo Maurício e outro opuseram embargos de declaração (evento 38) ao acórdão de relatoria deste Subscritor (Evento 16), que, por votação unânime, deu parcial provimento aos recursos dos autores, ora embargantes, e da ré, ora embargada, cuja ementa ficou assim vazada:

*APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ATRASO NO REPASSE DE PARCELA DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO PARA AQUISIÇÃO DE IMÓVEL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA E RECONHECIMENTO DE SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DOS AUTORES. CONDENAÇÃO DO BANCO RÉU AO PAGAMENTO DE JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE O VALOR DA PARCELA INADIMPLIDA E COMPENSAÇÃO POR ABALO ANÍMICO ARBITRADA EM R\$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS). INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.*

*APELO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO E DE QUE O PAGAMENTO DA PRIMEIRA PARCELA DO CONTRATO EM VALOR MAIOR QUE O DEVIDO IMPEDIA O DESENROLAR DA TRANSAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. ATRASO INCONTROVERSO DE 9 (NOVE) MESES NA LIBERAÇÃO DE PARCELA DE PAGAMENTO DO PREÇO AO VENDEDOR DO IMÓVEL. INSISTENTES RECLAMAÇÕES PELOS DEMANDANTES. PROVAS DOCUMENTAIS QUE CONFIRMAM A FALHA INTERNA E EXCLUSIVA DA CASA BANCÁRIA. ART. 6, V, DO CDC. DEMORA QUE PRIVOU OS AUTORES DE SE IMITIREM NA POSSE E USUFRUÍREM DO BEM POR TEMPO CONSIDERÁVEL, CAUSANDO-LHES ABALO ANÍMICO INDENIZÁVEL, SOBRETUDO EM RAZÃO DA PERDA DE UM VERANEIO. MINORAÇÃO, CONTUDO, DO QUANTUM INDENIZATÓRIO DE DANOS MORAIS PARA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), EM ATENÇÃO AOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE, RAZOABILIDADE E ADEQUAÇÃO AO CASO.*

*RECURSO ADESIVO. PRETENDIDA INDENIZAÇÃO DE EMOLUMENTOS CARTORÁRIOS QUE NÃO SERIAM NECESSÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DAS DESPESAS EXTRAORDINÁRIAS. ADEMAIS, FALTA DE PROVAS DE QUE NECESSARIAMENTE DECORRERAM DO ATRASO. PLEITO DE ACRÉSCIMO DE JUROS REMUNERATÓRIOS DE 0,74% (ZERO VÍRGULA SETENTA E QUATRO POR CENTO) MENSAIS A TÍTULO DE CLÁUSULA PENAL INDENIZATÓRIA. REJEIÇÃO. JUÍZO DE EQUIDADE. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA QUE SE MOSTRAM SUFICIENTES PARA COMPENSAÇÃO DA MORA DO BANCO.*

*HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA, PLEITO DE MAJORAÇÃO PARA 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CONDENAÇÃO. ACOLHIMENTO. ELEVAÇÃO PARA 15% (QUINZE POR CENTO). PERCENTUAL QUE REFLETE A COMPLEXIDADE DA CAUSA.*

*HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.*

Os embargantes alegam, de forma sucinta, que a decisão colegiada incorreu em omissão por não haver se manifestado sobre preliminar de “não conhecimento da apelação interposta pela Embargada já que os embargos declaratórios ingressados pela casa bancária na origem e após a sentença, foram intempestivos, conforme certidão de fl. 04 no incidente (Autos e-saj nº. 0007395-90.2017.8.24.0038).” (Evento 45 - fl. 2)

Assim, requerem o acolhimento dos aclaratórios, com o posterior provimento com efeitos infringentes, a fim de que o recurso de apelação da embargada não seja conhecido.

Devidamente intimada, a embargada deixou de oferecer contrarrazões (Evento 50)

É o relatório.

## VOTO

### Admissibilidade:

Preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço dos embargos de declaração.

### Mérito:

Como cediço, o recurso de embargos de declaração é a via processual cabível para o saneamento dos vícios elencados no art. 1.022 do Código de Processo Civil, prestando-se, em síntese, ao esclarecimento da obscuridade, ao afastamento de contradição, ao suprimento da omissão e, de igual modo, ao saneamento de erro material.

A respeito, ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

*Os incisos do art. 1.022 do Novo CPC consagram quatro espécies de vícios passíveis de correção por meio dos embargos de declaração: obscuridade e contradição (art. 1.022, I, do Novo CPC), omissão (art. 1.022, II, do Novo CPC) e erro material (art. 1.022, III, do Novo CPC). A dúvida não faz parte dos vícios descritos pelo diploma processual, o que deve ser elogiado, visto que não é propriamente um vício da decisão, mas um estado subjetivo de incerteza de quem não consegue compreendê-la. Caso a incompreensão seja derivada de uma obscuridade ou contradição, é natural o cabimento dos embargos de declaração, mas em razão desses vícios, e não do estado subjetivo de incerteza do leitor da decisão (Manual de direito processual civil. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 1590).*

O intuito, portanto, é o esclarecimento ou a complementação, com nítido, caráter integrativo ou aclaratório, como bem esclarece Nelson Nery Júnior:

*Os embargos de declaração têm a finalidade de completar a decisão omissa, ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Prestam-se também à correção de erro material. Como regra, não têm caráter substitutivo ou infringente do julgado (Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.120).*

Logo, a concessão de efeitos infringentes dar-se-á unicamente quando o saneamento da mácula implicar a inevitável modificação da decisão.

Ultrapassadas tais considerações, passa-se à análise do mérito da insurgência.

Adianta-se que os aclaratórios comportam acolhimento, com atribuição de efeitos modificativos ao julgado.

*In casu*, os requerentes sustentam que houve omissão na decisão colegiada, por não haver manifestação acerca da arguida impossibilidade de se conhecer do recurso de apelação interposto pela casa bancária.

Nas razões recursais, os embargantes aduziram que a instituição financeira embargada opôs embargos de declaração contra sentença de mérito, os quais foram intempestivos, conforme certidão de fl. 4 (sistema Saj) dos autos n. 0007395-90.2017.8.24.0038.

Dessa forma, alega que os embargos de declaração no processo de origem não têm o condão de interromper o prazo recursal, por consequência, operou-se o trânsito em julgado da sentença de primeiro grau, o que impede o conhecimento da apelação interposta pela embargada.

Pois bem.

Nos termos do disposto no artigo do 1.026 do Código de Processo Civil os embargos declaratórios não possuem efeito suspensivo, porém interrompem o prazo para a interposição de recursos subsequentes e não aclaratórios.

No caso em apreço, verifica-se que a sentença de mérito foi publicada em 25-4-2017, com início da contagem do prazo recursal em 26-4-2017 (Evento 23 - Certidão 70, autos de origem)

Considerando o feriado do dia do trabalho, o prazo final para interposição dos aclaratórios face a sentença de primeiro grau seria 3-5-2017.

Contudo, conforme se depreende da certidão da fl. 4 (sistema Saj) dos autos dos embargos de declaração n. 0007395-90.2017.8.24.0038, os aclaratórios opostos pela casa bancária, de fato, foram intempestivos, eis que protocolados em 4-5-2017.

É assente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a oposição de embargos de declaração intempestivos ou incabíveis não têm o condão de interromper o prazo para a interposição de outro recurso.

## A propósito:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTEMPESTIVOS.

NÃO CONHECIMENTO. NÃO INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS SUBSEQUENTES. AGRAVO INTERPOSTO APÓS O PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS PREVISTO NA LEI N. 8.038/1990. RECURSO INTEMPESTIVO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que os embargos de declaração intempestivos não interrompem o prazo recursal para eventual interposição de recurso subsequente.

*Precedentes.*

2. Na espécie, a decisão monocrática da lavra do Ministro Presidente desta Corte Superior, que não conheceu do agravo em recurso especial, foi disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico/STJ em 7/2/2020 (sexta-feira), considerando-se publicada em 10/2/2020 (segunda-feira), conforme certidão de e-STJ fl. 516. Irresignado, o recorrente opôs embargos de declaração em 13/2/2020 (quinta-feira), os quais não foram conhecidos em razão de sua manifesta intempestividade, porquanto opostos fora do prazo legal de 2 (dois) dias, previsto no art. 619, do Código de Processo Penal.

3. Como consequência, o prazo para a interposição do agravo regimental deve ser contado da data da publicação da decisão monocrática que não conheceu do agravo em recurso especial, o que ocorreu em 10/2/2020 (e-STJ fl. 516), e não da data da publicação do decisum que não conheceu dos embargos de declaração que a sucederam.

Desse modo, revela-se manifestamente intempestivo o agravo regimental interposto somente em 4/3/2020 (e-STJ fl. 532/563), quando já ultrapassado o prazo de 5 (cinco) dias corridos, previsto no art. 39, da Lei n. 8.038/1990 e no art. 258, caput, do RISTJ, contado de forma contínua e peremptória, conforme dispõe o art. 798, caput, do CPP.

4. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg nos Edcl no AREsp 1636790/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9-6-2020, DJe 18-6-2020) (Grifo meu)

Sobre o tema, também se manifesta o Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTEMPESTIVOS. INTERRUPTÃO DO PRAZO.

NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRECLUSÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO.

Os embargos de declaração intempestivos não suspendem nem interrompem o prazo para a interposição do recurso extraordinário. Diante de tal circunstância, cumpre reconhecer que a interposição do recurso extraordinário ocorreu fora do prazo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme em exigir o regular prequestionamento das questões constitucionais suscitadas no recurso extraordinário, ainda que se trate de matéria de ordem pública. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, Primeira Turma, ARE 822344 AgR, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJe de 9-3-2015).

Não é outro o entendimento deste Sodalício:



**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. RECURSO DOS RÉUS. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO A DESTEMPO. INTELIGÊNCIA DO ART. 538, DO CPC/73. PRAZO DO APELO NÃO INTERROMPIDO PELOS ACLARATÓRIOS EXTEMPORÂNEOS. INTEMPESTIVIDADE DA APELAÇÃO. RECLAMO NÃO CONHECIDO.** “Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, exceto se intempestivos.” (TJSC, Des. Jânio Machado).” (AC n. 2014.045262-8, rel. Des. Domingos Paludo, j. em 09.10.2014). (Apelação n. 0001227-32.2013.8.24.0032, de Itaiópolis, rel. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 14-7-2016). (Grifo meu)

Nesse panorama, considerando que os embargos de declaração da sentença foram opostos intempestivamente no dia 4-5-2017, sem o condão de interromper o prazo da apelação que findava em 17-5-2017 (evento 23, certidão 70), e que o Banco demandado interpôs apelação somente no dia 26-2-2018 (evento 34), há que se reconhecer, inevitavelmente, a intempestividade do apelo.

Destarte, verifica-se que a decisão colegiada não somente deixou de analisar a matéria em debate como também, por consequência, incorreu em equívoco ao conhecer do recurso de apelação interposto pela embargada.

Impõe-se, desse modo, o acolhimento dos presentes embargos de declaração, com efeitos infringentes, no sentido de sanar omissão e, em decorrência, não conhecer do recurso de apelação interposto pelo Banco réu.

*Mutatis mutandis*, , colhe-se da jurisprudência deste Colegiado:

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CONDENATÓRIA À INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECLAMO DA RÉ PROVIDO EM PARTE. VALOR INDENITÁRIO MINORADO NESTA INSTÂNCIA. ACLARATÓRIOS MANEJADOS POR AMBAS AS PARTES. RECURSO DA PARTE AUTORA. INTEMPESTIVIDADE DO APELO DA RÉ AVENTADA EM CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DA MATÉRIA PELO COLEGIADO. DECISUM OMISSO NO PONTO. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA CORREÇÃO DO VÍCIO. EXAME DA OMISSÃO. AUTOS RETIRADOS EM CARGA POR PREPOSTO DA RÉ APÓS A JUNTADA DA SENTENÇA. FINALIDADE DE EXTRAÇÃO DE CÓPIAS. CARGA ANTERIOR A PUBLICAÇÃO DA DECISÃO NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO TEOR DECISÓRIO. PRAZO RECURSAL INAUGURADO ÀQUELA OPORTUNIDADE. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. APELO MANEJADO APÓS O TERMO FINAL DO PRAZO. RECURSO INTEMPESTIVO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES AOS EMBARGOS. ACÓRDÃO ANULADO. NÃO CONHECIMENTO DO APELO QUE SE IMPÕE.** “O prazo recursal tem início a partir do dia útil seguinte à ciência inequívoca do advogado, a qual igualmente se configura pela retirada dos autos do cartório por pessoa autorizada pelo patrono da parte.” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.038702-9, de Joinville, rel. Des. Monteiro Rocha, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 10-04-2014). RECURSO DA RÉ. NULIDADE DO DECISUM EMBARGADO. INSURGÊNCIA PREJUDICADA. (Embargos de Declaração n. 0028639-38.2008.8.24.0023, da Capital, rel. André Carvalho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 26-4-2018). (Grifo meu)

Por força da inadmissibilidade do apelo, resta prejudicada a análise do recurso adesivo

interposto pelos embargantes, que por isto não deve ser conhecido, em observância à regra do art. 997, § 2º, inciso III, do CPC, *in verbis*:

*Art. 997. Cada parte interporá o recurso independentemente, no prazo e com observância das exigências legais.*

§ 1º Sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro.

§ 2º O recurso adesivo fica subordinado ao recurso independente, sendo-lhe aplicáveis as mesmas regras deste quanto aos requisitos de admissibilidade e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado, ainda, o seguinte:

[...]

*III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele considerado inadmissível.*

Nesse sentido, entende este Subscritor:

**APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INAUGURAIS, AO ENTENDIMENTO DE QUE A RELAÇÃO NEGOCIAL ENTRE AS PARTES NÃO FICOU COMPROVADA. INSURGÊNCIA DA RÉ. IMPOSSIBILIDADE DE SEU CONHECIMENTO. RAZÕES DEDUZIDAS NO ARTICULADO MARCADAS PELA GENERALIDADE, SEM IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA, AFORA QUE ALGUMAS DELAS ESTÃO TOTALMENTE DISSOCIADAS DO QUE FICOU DECIDIDO NO PRIMEIRO GRAU. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.010, INC. II, DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO ADESIVO. JULGAMENTO PREJUDICADO, NOS TERMOS DO ART. 997, INC. III, DO CPC. HONORÁRIOS RECURSAIS. CABIMENTO. APELAÇÃO E ADESIVO NÃO CONHECIDOS.** (*Apelação Cível n. 0320225-65.2014.8.24.0023, da Capital, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 14-5-2019*).

Por tais razões, acolhem-se os aclaratórios para sanar a omissão com efeitos infringentes ao acórdão vergastado, no sentido de não se conhecer do recurso de apelação interposto pelo Banco Santander S.A. e do recurso adesivo interposto pelos autores, ora embargantes.

#### 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 1.539.725/DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Segunda Seção, j. 9-8-2017).

*In casu*, diante do não conhecimento do apelo da embargada/demandada, somada à sucumbência desta na Primeira Instância, impõe-se o arbitramento de honorários recursais, em favor do procurador dos autores, nos termos do artigo 85, § 11º do CPC.

Portanto, à luz do referido dispositivo e do art. 85, §2º, I a IV, do CPC, o estipêndio é fixado em 2% (dois por cento), passando os honorários sucumbenciais a 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação.

Conclusão:

Ante o exposto, voto por acolher os embargos de declaração, com atribuição de efeitos infringentes, a fim de reformar in totum a decisão embargada para: a) não conhecer do recurso de apelação interposto pelo Banco réu, com a fixação de honorários recursais de 2% (dois por cento) sobre o valor da condenação, em favor dos advogados da parte autora, e; b) não conhecer do recurso adesivo interposto pelos autores, ora embargantes, nos moldes do art. 997, § 2º, inciso III, do CPC.

**Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA**

**Relator**

## SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5013888-10.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR RUBENS SCHULZ

AGRAVANTE: CLAUDIO JOSE CALGARO

AGRAVANTE: CLAIR FONTANA CALGARO

AGRAVADO: JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PALMITOS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. PEDIDO DE ALVARÁ PARA TRANSMISSÃO DE BEM IMÓVEL. INTERLOCUTÓRIO NA ORIGEM QUE DETERMINA A LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS E PRÉVIO RECOLHIMENTO DE IMPOSTO CAUSA MORTIS. INSURGÊNCIA DOS ADQUIRENTES HABILITADOS NO INVENTÁRIO. NEGÓCIO JURÍDICO DE COMPRA E VENDA PERFECTIBILIZADO ENTRE OS COMPRADORES, A CÔNJUGE MEEIRA E O DE CUJUS QUANDO ESTE AINDA VIVIA. QUITAÇÃO DO VALOR DA COMPRA. AQUISIÇÃO CELEBRADA E SACRAMENTADA APENAS ENTRE PARTICULARES, SEM AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. OBRIGAÇÃO DE TRANSMISSÃO DO TERRENO QUE SE TRANSMITE AOS HERDEIROS. INEXISTÊNCIA DE PARTILHA NEM SUCESSÃO ABERTA. DESNECESSIDADE DE LAVRATURA DE ESCRITURA PÚBLICA DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. EXEGESE DO ART. 1.793 DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS. NEGÓCIO JURÍDICO ENTRE VIVOS. HIPÓTESE TRIBUTÁRIA NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES.

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO (ART. 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). JULGAMENTO DE MÉRITO DO RECURSO PRINCIPAL. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.- “OS HERDEIROS ASSUMEM A POSIÇÃO JURÍDICA DO FALECIDO NO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA FIRMADO E QUITADO EM VIDA E RECEBEM DE “HERANÇA” TÃO SOMENTE A OBRIGAÇÃO DE TRANSMITIR A PROPRIEDADE OUTRORA ALIENADA PELO PROPRIETÁRIO REGISTRAL, NÃO SENDO LÓGICO E RAZOÁVEL SUBMETTER OBRIGATORIAMENTE AO JUÍZO DO INVENTÁRIO A PERFECTIBILIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO IMOBILIÁRIA, MORMENTE PORQUE INEXISTE QUALQUER INTERESSE DIRETO DO FISCO A SER RESGUARDADO NAS HIPÓTESES DE PAGAMENTO INTEGRAL DO PREÇO ANTES DO FALECIMENTO (NÃO INCIDE ITCM)” (APELAÇÃO CÍVEL N. 0300279-55.2015.8.24.0126, REL. MONTEIRO ROCHA).

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e dar provimento para autorizar a transmissão do imóvel objeto deste agravo, perante o ofício registral, aos recorrentes, desde que fique documentalmente demonstrado perante o Oficial Registrador de Imóveis que o imóvel do Contrato 8 do evento 1 deste instrumento é o mesmo da matrícula imobiliária que foi juntada na Informação 68 do evento

50 do Inventário. Caberá aos recorrentes a comprovação documental da coincidência de matrículas perante o registrador imobiliário. Ainda, voto por não conhecer do agravo interno, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 21 de janeiro de 2021.

**Desembargador RUBENS SCHULZ**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Claudio José Calgaro e Clair Fontana Calgaro interpuseram agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida nos autos do Inventário n. 0301184-72.2016.8.24.0046 que condicionou a expedição de alvará de autorização de venda de bem imóvel, ao recolhimento do imposto de transmissão causa mortis.

Argumentaram que adquiriram do de cujus e seu cônjuge um imóvel rural situado em Lucas do Rio Verde/MT, ainda nos idos de 2002, celebrando o negócio por meio de contrato de promessa de compra e venda. Alegaram que, tratando-se de negócio entre vivos, não é hipótese de incidência do referido tributo, razão por que o alvará para autorização da transmissão da propriedade não pode ser condicionado ao recolhimento do dito imposto. Disseram ainda que quitaram o total do débito. Sustentaram, no ponto, que a transmissão imobiliária carece da lavratura de escritura pública de cessão de direitos hereditários. Pugnaram pela concessão de tutela antecipada recursal para que fossem autorizados a anotar na margem da matrícula a sua propriedade, com a confirmação da medida ao tempo do julgamento do mérito deste recurso.

Por decisão indeferi a tutela antecipada recursal e determinei o regular processamento do feito (**Despacho/decisão 1** do evento 10).

Cientes da decisão, os agravantes interpuseram agravo interno reiterando as razões recursais da peça que inaugura este instrumento e repisando que a tutela antecipada recursal deve ser deferida deste já, pois entendem que há perigo de dano de difícil ou incerta reparação (evento 15).

Vieram conclusos.

## **VOTO**

### **1 AGRAVO DE INSTRUMENTO**

Presentes os requisitos legais de admissibilidade recursal, conforme a exegese dos arts. 1.015, inciso I, a 1.017 do Código de Processo Civil, conhece-se deste agravo de instrumento.

Pretendem os recorrentes a reforma do interlocutório proferido no Inventário na origem, a fim de proceder à averbação da transmissão da propriedade que advém da aquisição do imóvel matriculado sob n. 6.548 do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de Lucas do Rio Verde/MT.

Sobre o tema, é ponto incontrovertido entre as partes que o de cujus Neo e a cônjuge sobrevivente Iva venderam aos ora agravantes o referido imóvel. Não há controvérsia, também, que os proprietários registrais venderam o imóvel aos recorrentes, ainda no ano de 2002, por meio de contrato de compra e venda, sem terem procedido à averbação da compra na matrícula de registro (**Contrato 8** do evento 1 deste instrumento).

Segundo alegaram as partes, o referido imóvel objeto do contrato é o mesmo que, atualmente, constitui a matrícula imobiliária que foi juntada na **Informação 68** do evento 50 do Inventário.

Embora sejam fatos sobre os quais não haja controvérsia, cumpre destacar que há discrepância entre os números registrais do imóvel e a sequência de registros imobiliários.

Isto porque o contrato de compra e venda do imóvel ora estudado afirma que os vendedores eram proprietários de uma área de 1.000ha (mil hectares) matriculado sob n. 25.354 no escritório registral da Comarca de Diamantino/MT. Já a matrícula imobiliária do terreno juntada pelas partes nos autos do Inventário (atualmente a de n. 6.548 do escritório registral de Lucas do Rio Verde/MT), por sua vez, atesta que o imóvel ali tombado constitui-se de um terreno rural com mesma área e cuja origem é a matrícula R-1/35.123, do RGI de Diamantino/MT.

A par da dúvida, a matrícula também atesta que certa parte do imóvel constitui reserva florestal, conforme consta na Av.2/25.354 (este número coincide com o número de matrícula que está no contrato de compra e venda).

Diante de tal quadro, embora não haja certeza documental e registral, parece ser incontrovertido entre as partes que o imóvel do **Contrato 8** do evento 1 deste instrumento é o mesmo da matrícula imobiliária que foi juntada na **Informação 68** do evento 50 do Inventário.

Sobre o negócio jurídico que fora firmado ainda nos idos de 2002, observo também que há confluência dos argumentos das partes acerca da quitação total do preço do pagamento entre vendedores e compradores. Ficou bem demonstrado que o negócio jurídico restou perfectibilizado, estando pendente apenas a transmissão por meio do registro imobiliário.

Partindo da premissa, então, que houve quitação do preço da compra, e que o imóvel do **Contrato 8** do evento 1 deste instrumento é o mesmo da matrícula imobiliária que foi juntada na **Informação 68** do evento 50 do Inventário, aprecio o mérito recursal.

A insurgência comporta provimento.

Com efeito, no que diz respeito à configuração de fato gerador de ITCMD e o prévio recolhimento do tributo como condição para a concessão do almejado alvará, estando bem



demonstrado nos autos que os compradores quitaram o preço de paga do imóvel em questão a tempo e modo, nada mais devendo pela compra, não subsiste outra diligência aos herdeiros senão outorgar a escritura pública de compra e venda para fins de transmissão da propriedade junto à matrícula registral.

É dizer: não há transmissão de imóvel *causa mortis*, pois o negócio restou efetivado e bem concretizado “entre vivos”.

O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) constitui-se tributo da competência do Estado, cujo fato gerador é a transmissão causa mortis de imóveis e a doação de quaisquer bens ou direitos, na forma do artigo 155, I e § 1º, da Constituição Federal, e dos artigos 35 a 42 do Código Tributário Nacional.

Então, tenho que inexistente transmissão de bem imóvel em razão da morte.

Ora, estando perfeitamente quitada a obrigação que coube aos compradores, não há fato gerador, tampouco base de cálculo hábil para a exação determinada por Sua Excelência.

No ponto, relembro a já consolidada Súmula 590 do STF: “*calcula-se o imposto de transmissão ‘causa mortis’ sobre o saldo credor da promessa de compra e venda de imóvel, no momento da abertura da sucessão do promitente vendedor*”.

Com efeito, “*imóvel vendido por compromisso de compra e venda não registrado, com pagamento do preço fixado pelo de cujus, não gera imposto de transmissão mortis causa*” (STJ, 2ª Turma, rela. Mina. Eliana Calmon, REsp 177.453/MG, j. 3-4-2001).

Então, com o respeito que se tem pelo posicionamento do Juízo de origem, inexistente imposto causa mortis que constitua diligência prévia à expedição do alvará para a transmissão do bem.

Ademais, no dito negócio jurídico que ora se estuda, “*os herdeiros assumem a posição jurídica do falecido no compromisso de compra e venda firmado e quitado em vida e recebem de “herança” tão somente a obrigação de transmitir a propriedade outrora alienada pelo proprietário registral, não sendo lógico e razoável submeter obrigatoriamente ao juízo do inventário a perfectibilização da transmissão imobiliária, mormente porque inexistente qualquer interesse direto do Fisco a ser resguardado nas hipóteses de pagamento integral do preço antes do falecimento (não incide ITCM)*” (TJSC, Apelação Cível n. 0011615-32.2014.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Monteiro Rocha, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 28-3-2017).

No mesmo norte:

*DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - OBRIGAÇÕES - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA QUITADO - FALECIMENTO DO VENDEDOR E PROPRIETÁRIO REGISTRAL - ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA MOVIDA CONTRA O HERDEIRO - SENTENÇA QUE RECONHECEU A FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - EXTINÇÃO TERMINATIVA DO FEITO EM 1º GRAU - INCONFORMISMO DOS AUTORES - ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - INVENTÁRIO INEXIGÍVEL - HERDEIROS QUE*

*ASSUMEM A POSIÇÃO JURÍDICA DO FALECIDO - MERA OBRIGAÇÃO DE OUTORGA DA ESCRITURA - AUSÊNCIA DE INTERESSE DIRETO DO FISCO - NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS - AÇÃO ADJUDCATÓRIA ADEQUADA - SENTENÇA ANULADA - APELO PROVIDO. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0300279-55.2015.8.24.0126, de Itapoá, rel. Des. Monteiro Rocha, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 24-09-2020).*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ PARA OUTORGA DE ESCRITURA PÚBLICA. IMÓVEIS ALIENADOS EM VIDA PELA AUTORA DA HERANÇA. NEGÓCIO FORMALIZADO MEDIANTE INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA. NÃO INCIDÊNCIA DE IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO - ITCMD. REGISTRO TRANSLATIVO DA PROPRIEDADE QUE NÃO DECORRE DA SUCESSÃO, MAS SIM, DA REALIZAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*

*“O registro do título translativo da propriedade após a morte da autora da herança, promissária vendedora, não se mostra causa adequada à geração da obrigação de pagamento de ITCMD, se a transmissão não tem como causa a morte (não ocorre a título sucessório), mas sim exsurge da mera formalização de ato realizado em vida pela falecida.” (AI n. 2009.039820-1, de Timbó, rel. Des. Denise Volpato, j. 30.4.2013) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4006962-35.2017.8.24.0000, de Camboriú, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 21-3-2019).*

Igualmente, tenho que não se faz necessária a lavratura de “escritura pública de cessão de direitos hereditários”.

Com efeito, está disposto no art. 1.793 do Código Civil: “o direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública”.

Como se viu acima, não trata o presente caso de sucessão “aberta”, tampouco constituía o bem imóvel patrimônio do de cujus que necessariamente tenha transmitido aos herdeiros e à meeira pela saisine, pois já ao tempo do falecimento do autor da herança o imóvel em questão já não compunha mais seu patrimônio.

Não se aplica, pois, a norma do art. 1.793 acima colacionado.

Então, e a partir da premissa de que os imóveis do contrato de compra e venda e da matrícula imobiliária são o mesmo (a despeito da divergência de matrícula imobiliária), o voto é pelo provimento do agravo para autorizar a transmissão do imóvel perante o ofício registral aos recorrentes.

## 2 AGRAVO INTERNO

Consta do evento 15 deste instrumento que os recorrentes, insatisfeitos com a decisão que monocraticamente indeferiu a tutela antecipada recursal, interpuseram agravo interno reiterando as razões recursais da peça que inaugura este instrumento e repisando que a tutela antecipada recursal deve ser deferida deste já, pois entendem que há perigo de dano de difícil ou incerta reparação

Este recurso não deve ser conhecido.

Com efeito, a matéria em debate neste agravo interno restou exhaustivamente apreciada no julgamento do agravo de instrumento ao qual se vincula, de modo que está esvaziado o interesse no exame do presente agravo interno.

Isso porque, por força do art. 17 do Código de Processo Civil, como o interesse recursal é condição de admissibilidade da insurgência, não se conhece do agravo interno devido à perda superveniente de objeto.

### 3 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto por conhecer do agravo de instrumento e dar provimento para autorizar a transmissão do imóvel objeto deste agravo, perante o ofício registral, aos recorrentes, desde que fique documentalmente demonstrado perante o Oficial Registrador de Imóveis que o imóvel do **Contrato 8** do evento 1 deste instrumento é o mesmo da matrícula imobiliária que foi juntada na **Informação 68** do evento 50 do Inventário. Caberá aos recorrentes a comprovação documental da coincidência de matrículas perante o registrador imobiliário. Ainda, voto por não conhecer do agravo interno.

**Desembargador RUBENS SCHULZ**

**Relator**

# AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5013709-76.2020.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR MONTEIRO ROCHA

AGRAVANTE: BRASILSEG COMPANHIA DE SEGUROS

AGRAVADO: OSEIAS DE AVILA SOUZA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA - PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E DE PRESCRIÇÃO AFASTADAS EM 1º GRAU - INSURGÊNCIA DA SEGURADORA RÉ - 1. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR - INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO - DIREITO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA - IMPUGNAÇÃO PELA SEGURADORA - PRETENSÃO RESISTIDA - INTERESSE DE AGIR CARACTERIZADO - PRECEDENTES - PRELIMINAR AFASTADA - 2. PRESCRIÇÃO ANUA - INOCORRÊNCIA - TERMO INICIAL A CONTAR DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA CONSOLIDAÇÃO DA DOENÇA INCAPACITANTE - NECESSIDADE DE PERÍCIA MÉDICA - PRESCRIÇÃO AFASTADA - DECISÃO MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Se a pretendida indenização securitária foi contestada pela seguradora - que se opôs ao direito perseguido pelo autor -, não há se falar em ausência de interesse de agir.

2. A pretensão à cobrança de indenização fundada em seguro de vida em grupo somente prescreve em um ano, a partir da ciência da lesão pelo segurado, mediante perícia médica para detalhar data da consolidação da doença incapacitante, afastando-se a prescrição.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 22 de abril de 2021.

**Desembargador MONTEIRO ROCHA**

**Relator**

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por BRASILSEG COMPANHIA DE SEGUROS contra decisão interlocutória que, em ação de cobrança de seguro de vida em grupo ajuizada contra si por OSEIAS DE AVILA SOUZA, acolheu as preliminares de ausência de interesse de agir e de prescrição.

É o *decisum*:

“Trata-se de “Ação de Cobrança Secutiária” ajuizada por OSEIAS DE AVILA SOUZA em face de COMPANHIA DE SEGUROS ALIANCA DO BRASIL.

Devidamente citado, o réu apresentou contestação, a respeito da qual a parte autora se manifestou. Relatado, DECIDO.

### **Preliminar**

De início, diante da nova denominação social (evento 23 - proc. 2) RETIFIQUE-SE o polo passivo para BRASILSEG COMPANHIA DE SEGUROS.

### **Interesse de Agir**

*Arguiu a parte ré a ausência de interesse de agir, sob argumento de ausência de pedido administrativo, com aviso de sinistro à seguradora, bem como ausência de pretensão resistida.*

*Sem razão.*

*Isso porque, a apresentação da contestação pela ré, por si só, já presume a resistência à pretensão e possível negativa a eventual pedido administrativo.*

*No mais, não é necessário o acionamento ou esgotamento da via administrativa para que a parte interessada procure o que entender ser seus direitos por meio de ação judicial, consoante o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal:*

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

*Rechaça-se, portanto, a preliminar.*

### **Impugnação ao valor da causa**

*A ré impugnou o valor da causa, já que não corresponde ao conteúdo patrimonial da apólice.*

*Prevê o art. 291 do Código de Processo Civil que: “A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível” e complementa o art. 292 do ordenamento processual civil que “O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:” “na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido” (V).*

*No caso, cuida-se de pretensão indenizatória, na qual se busca o recebimento da apólice de seguro no valor de R\$ 135.903,00 e mais dano moral no importe de R\$ 5.000,00.*

*Assim, valorada a causa na quantia correspondente a soma dos valores pretendidos, não há razão para ajustes na valoração da causa.*

*Indefiro, pois, a presente impugnação.*

*Afastadas as preliminares, o processo está em ordem; as partes são legítimas, estão bem representadas e há interesse processual válido. Dou o feito por saneado.*

*Sem afastar a possibilidade de julgamento do processo no estado em que se encontra, especifiquem as partes, de forma concreta, as provas que ainda pretendam produzir, no prazo de quinze dias.*

*Caso haja interesse em prova oral, as partes devem apresentar, no mesmo prazo, rol de testemunhas, nos termos do artigo 357, § 4º, do Código de Processo Civil, sob pena de preclusão. Cientes as partes, ainda, de que a intimação das testemunhas para audiência eventualmente designada lhes compete, nos moldes do artigo 455 do CPC. Intimem-se”*

Opostos aclaratórios pela seguradora ré, o magistrado de primeiro grau consignou o seguinte (evento 27 da origem):

*“Há, no entanto, omissão, já que não apreciado pedido de prescrição.*

*De qualquer modo, por se tratar de matéria de ordem pública, pode ser apreciada a qualquer tempo.*

*Aduz a ré ocorrência de prescrição já que ajuizada a ação decorridos mais de cinco anos da ciência inequívoca da invalidez.*

*Por se tratar de pretensão do segurado contra a seguradora, o prazo prescricional é de um ano, na forma do art. 206, § 1º, II, “b”, do Código Civil e súmula 101 do Superior Tribunal de Justiça.*

*Nos termos da súmula 278 do Superior Tribunal de Justiça, na ação que busca a cobrança de indenização securitária o termo inicial do prazo prescricional é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral, sendo que o pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo prescricional até que o segurado tenha ciência da decisão (STJ, súmula 229).*

*No caso, muito embora o acidente de trabalho tenha ocorrido em 08/03/2015, não há data exata da ciência inequívoca da incapacidade laboral, o que se dará por meio de perícia médica, por essa razão não restou configurada a prescrição.*

*Afasta-se, então, a presente preliminar.*

*À vista do exposto, com base no art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, ACOLHO, em parte, os presentes EMBARGOS DE DECLARAÇÃO para suprir a omissão e, nos termos da decisão, afastar a preliminar da prescrição.*

*Sem custas.*

*Intimem-se»*

Discorreu sobre a ausência de interesse de agir do autor por ausência de requerimento administrativo.

Asseverou que “não houve qualquer pronunciamento administrativo da seguradora sobre o pagamento ou indeferimento da indenização pleiteada, bem como esta restou impossibilitada de mensurar a real condição do autor/agravado, tendo em vista que o segurado sequer comunicou a ora agravante”

Defendeu que o pedido administrativo é condição da ação de cobrança de seguro de vida, razão pela qual o feito deve ser extinto por ausência de interesse de agir.

Aduziu que, no caso em comento, aplica-se o prazo prescricional anual, com fulcro no art. 206, §1º, II, alínea “a”, do Código Civil, contado da ciência inequívoca acerca da invalidez, ocorrida em 28/02/2013, ou alternativamente, em 08/03/2015, consoante diagnóstico inequívoco das alterações degenerativas.

Requeru efeito suspensivo ao agravo e, ao final, seu provimento para reconhecer a ausência de interesse de agir e a prescrição da pretensão autoral.



O efeito suspensivo foi indeferido (evento 6).

Intimado, o agravado não apresentou contraminuta (evento 12). É o relatório.

## VOTO

Insurge-se a agravante contra decisão interlocutória que, em ação de cobrança securitária ajuizada pelo agravado, inacolheu as preliminares de ausência de interesse de agir e de prescrição.

Argui a recorrente, ausência de interesse de agir do autor e ocorrência da prescrição ânua, consoante art. 206, §1º, II, alínea “a”, do CC/02.

### *1. Da preliminar de ausência de interesse de agir*

Alega a seguradora que não negou a pleiteada indenização securitária, incorrendo violação ao direito subjetivo do agravado.

Sustenta que o autor/agravado não a cientificou quanto ao sinistro ocorrido.

Discorre que “o prazo máximo para liberação do seguro aqui pretendido, qual seja, 30 dias, conforme determina a SUSEP, no entanto, é de se ressaltar que o prazo das seguradoras é de 30 dias a partir da entrega completa da documentação necessária, assim, restando latente a ausência de interesse de agir do agravado”.

Assevera que “não houve qualquer pronunciamento administrativo da seguradora sobre o pagamento ou indeferimento da indenização pleiteada, bem como esta restou impossibilitada de mensurar a real condição do autor/agravado, tendo em vista que o segurado sequer comunicou a ora agravante”.

Defende que o pedido administrativo é condição da ação de cobrança de seguro de vida, razão pela qual o feito deve ser extinto por ausência de interesse de agir.

A tese da recorrente não prospera.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento delineado no Tema 350, no sentido de ser necessário o requerimento administrativo de benefícios previdenciários, que após negados, poderão ser pleiteados na via judicial, senão vejamos:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.*

*A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.*

*A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.*

*Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.*

*Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.*

*Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. [...] (STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 03/09/2014).*

Posteriormente, o STF aplicou o mesmo entendimento aos seguros obrigatórios - DPVAT -, sendo exigido o requerimento administrativo prévio para postular a indenização securitária, exceto quando o caso está inserido na regra de transição, a qual apresentada contestação entende-se o legítimo interesse de agir pela resistência à pretensão (STF, 2ª T., rel.ª Min.ª Cármen Lúcia, RE n. 824.712 AgR, j. em 19/05/2015).

Seguindo o mesmo caminho, o Grupo de Câmaras de Direito Civil deste E. Tribunal, em julgamento de IAC, fixou a seguinte tese:

*“Em analogia ao que ficou definido pela Suprema Corte no RE n. 631.240, nas ações de seguro de vida em grupo propostas após o respectivo julgamento (03-09-2014) faz-se necessário demonstrar o prévio requerimento administrativo. Ausente o pedido extrajudicial, não há falar em interesse de agir, salvo se na contestação, ou no recurso, a seguradora impugna a pretensão deduzida com termos reveladores de que seria rejeitada caso formulada administrativamente”. (TJSC, Incidente de Assunção de Competência n. 0319778-61.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 09-12-2020, grifou-se).*

Conforme entendimento acima esposado, não há falta de interesse de agir quando a pretensão de indenização objetivada pelo autor é resistida pela seguradora.

Na hipótese vertente, extrai-se da peça de defesa: “impugna-se a pretensão autoral em

recebimento tanto da cobertura por invalidez permanente total ou parcial por acidente, bem como da cobertura invalidez funcional permanente por doença, ainda que o pedido esteja limitado ao implemento da cobertura de invalidez permanente total ou parcial por acidente [...] Conforme se depreende dos autos, as enfermidades que acometem a autora não preenchem os requisitos da cobertura contratual de invalidez permanente total ou parcial por acidente, visto que se tratam de doenças crônicas/degenerativas e não acidente, bem como não acarretam invalidez total” (evento 23 - cont1 - ps. 14-15).

Embora o autor não tenha formulado requerimento administrativo prévio ao ajuizamento da ação de cobrança de seguro de vida em grupo, a pretensão de indenização securitária foi contestada pela seguradora, que se opôs ao direito perseguido, o que evidencia o interesse de agir do autor/ agravado.

Nesse sentido, traz-se aos autos entendimento jurisprudencial aplicável ao caso vertente:

*“APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, EM RAZÃO DA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. SUPOSTA AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO QUE, IN CASU, NÃO OBSTA O PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA, TENDO EM VISTA QUE A SEGURADORA RÉ CONTESTOU O FEITO E DEMONSTROU, SEM SOMBRA DE DÚVIDA, QUE A PRETENSÃO SERIA REJEITADA NA ESFERA EXTRAJUDICIAL. OBSERVÂNCIA AO ENTENDIMENTO FIRMADO EM INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA JULGADO PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL DESTA AREÓPAGO. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO (TJSC, Apelação n. 0308937-41.2015.8.24.0038, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Rosane Portella Wolff, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 18-03-2021, grifou-se).*

Em decorrência, é afastada a preliminar de ausência de interesse de agir suscitada pela agravante.

## 2. Da prescrição

Alega a recorrente que o laudo de ressonância da coluna lombo-sacra (evento 1 - out8), datado de 28/02/2013, científica o segurado sobre o diagnóstico inequívoco de suas alterações degenerativas que fundamentam o pleito autoral.

Diz ser evidente que o diagnóstico das alterações degenerativas de Coluna Lombo-Sacra, para as quais não houve sequer indicação de tratamento cirúrgico, fora realizado, no mínimo, 6 anos, 4 meses e 9 dias antes do ajuizamento da ação.

Objetiva a recorrente o reconhecimento da prescrição da pretensão autoral, consoante art. 206, §1º, II, alínea “a”, do CC/02.

Razão não lhe assiste.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou que “a ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano” (Súmula 101 do STJ).

O respectivo entendimento encontra amparo na Lei Civil, especificamente, em seu art. 206, §1º, II, b:

“Prescreve: Em um ano: II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão”.

A outro giro, tem-se do Enunciado da Súmula 278 do STJ, que “o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral”.

O prazo prescricional inicia-se com a ciência inequívoca do segurado quanto à invalidez permanente.

Segundo a narrativa inicial, o autor busca indenização securitária, decorrente de acidente de trabalho, que lhe causou invalidez permanente.

O laudo médico juntado na inicial afirma que o autor/agravado está acometido de “lesões degenerativas da Coluna Lombo-Sacra”, porém não atesta a sua incapacidade laboral permanente (evento 1 - out 8).

Logo, não havendo provas de que a suposta invalidez do autor/agravado seja notória, torna-se imprescindível a realização da prova pericial para detalhar data da consolidação doença incapacitante.

Nesse sentido, traz-se aos autos entendimentos jurisprudenciais que reputo aplicáveis ao caso vertente:

- “A ação do segurado em grupo contra a seguradora, nos termos do art. 206, § 1º, II, do Código Civil e das Súmulas 101 e 278 do STJ, prescreve em um ano, contado da data em que tiver conhecimento inequívoco da sua incapacidade laboral, que, em regra, dá-se com a aposentadoria por invalidez ou por meio de perícia médica, prova indispensável para atestar a existência de invalidez.

Se os exames que instruem na inicial não induzem o conhecimento inequívoco de eventual incapacidade, sendo imprescindível a realização de perícia para atestar a existência de invalidez, não se tem sequer o início do prazo prescricional. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4028034-44.2018.8.24.0000, de Chapecó, rel. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 17-04-2019).

Portanto, afastado a alegação de prescrição da pretensão do autor.

*Resultado do julgamento*

Por tais razões, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Sem honorários recursais, porquanto ausente fixação de verba honorária na origem.

*Dispositivo*

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

**Desembargador MONTEIRO ROCHA**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0300415-19.2017.8.24.0082/SC**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0300415-19.2017.8.24.0082/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA ROSANE PORTELLA WOLFF

APELANTE: AGENCIA 90 MINUTOS EMPREENDIMENTOS & PARTICIPACOES LTDA (AUTOR)

ADVOGADO: LUCIANO RAMOS DE FAVERE (OAB SC015226)

ADVOGADO: EDUARDO BEIL (OAB SC015184)

APELADO: FIGUEIRENSE FUTEBOL CLUBE (RÉU)

ADVOGADO: FRANCINE ERDMANN GONCALVES CORDEIRO (OAB SC036316)

ADVOGADO: RICARDO GRACIOLLI CORDEIRO (OAB SC031971)

ADVOGADO: ROBERTA CARDOSO FARIAS (OAB SC039073)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. TERMO DE AJUSTE DE PAGAMENTO DE COMISSÃO E OUTRAS AVENÇAS. SENTENÇA DE EXTINÇÃO FUNDADA NO ART. 485, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

PRETENDIDA A REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE O OBJETO DA DEMANDA NÃO SE INSERE NA CLÁUSULA ARBITRAL. INSUBSISTÊNCIA. PARTES QUE LIVREMENTE FIRMARAM EM RELAÇÃO CONTRATUAL COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NA FORMA ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.307/1996. QUANTIAS OBJETO DA DEMANDA DECORRENTES DO PACTO DE PAGAMENTO DE COMISSÃO. DISCUSSÃO RELATIVA À OBRIGAÇÃO DE PAGAR DURANTE PERÍODO DE SUSPENSÃO CONTRATUAL. ARGUIDA, EM SEDE DE PRELIMINAR DE CONTESTAÇÃO, A EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. ART. 337, INCISO X, DO CPC. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA DA CONTENDA AO JUÍZO ARBITRAL, PORQUANTO VALIDAMENTE ELEITO PELAS PARTES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. DIREITO DE AÇÃO QUE SE AFIGURA COMO DISPONÍVEL. SENTENÇA EXTINTIVA MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. EXEGESE DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CABIMENTO IN CASU. MAJORAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DEVIDA AO PATRONO DO APELADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso e, no mérito, negar-lhe provimento e fixar honorários recursais, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 24 de junho de 2021.

**Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF**

**Relator**



## RELATÓRIO

Agência 90 Minutos Empreendimentos & Participações Ltda - EPP ajuizou Ação de Cobrança em face de Figueirense Futebol Clube, perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Florianópolis - Continente.

A lide restou assim delimitada, consoante exposto no relatório da sentença do magistrado Marcelo Elias Naschenweng (Evento 38):

*AGENCIA 90 MINUTOS EMPREENDEMENTOS & PARTICIPACOES LTDA - EPP ingressou com a presente AÇÃO DE COBRANÇA em desfavor de FIGUEIRENSE FUTEBOL CLUBE, alegando, em síntese, ser credor da quantia não adimplida pelo ré no valor de R\$ 30.676,44 (trinta mil seiscentos e setenta e seis reais e quarenta e quatro centavos), montante originado de contrato de intermediação de atleta. Com a exordial acostou procuração e documentos.*

*Devidamente citada, a parte requerida ofertou contestação por meio de procurador constituído, sustentando, preliminarmente, que há cláusula arbitral. Também alegou que a petição é inépta. Com a defesa juntou procuração e documentos.*

*Houve manifestação sobre a contestação.*

É o que importa relatar. Fundamento e decido.

Na parte dispositiva da decisão constou:

*Ante o exposto, nos termos do artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil, ACOLHO a preliminar para EXTINGUIR o feito, sem resolução de mérito.*

*Condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, com apoio no art. 85 § 2º do CPC.*

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

*Passada em julgado, arquivem-se os autos.*

Irresignada a Autora interpôs Recurso de Apelação (Evento 43), alegando em suma que: a) a presente ação visa cobrar valores devidos pelo Réu; b) a obrigatoriedade de instituição de juízo arbitral só se dá, em casos de dúvida, divergência ou controvérsia a respeito do contrato; c) a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito; d) o próprio contrato admite interferência judicial; e e) jamais houve a estipulação de cláusula compromissória arbitral.

Pugnou, ao final, pela reforma da sentença, a fim de reconhecer a competência do foro para julgar a presente demanda, razão pela qual requer o julgamento imediato, por se tratar de causa madura.

Intimado, o Réu, ora Apelado, apresentou contrarrazões (Evento 50), requerendo a manutenção da sentença.

Após, os autos ascenderam a esta Corte.

O feito foi distribuído à Segunda Câmara de Direito Comercial, sob a relatoria do Des. Altamiro de Oliveira, que reconheceu a incompetência do Colegiado a que integra e ordenou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Civil (Evento 5 da pasta recursal).

É o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Recurso.

Trata-se de Recurso de Apelação Cível manejado em face da sentença que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, acolhendo a preliminar suscitada pelo Requerido, no sentido de que houve a estipulação contratual de convenção de arbitragem.

Sustentou a Autora/Apelante, primeiramente, que o contrato prevê a instituição de Câmara Arbitral somente em caso de dúvida, divergência ou controvérsia em relação ao próprio instrumento, e não para a hipótese de cobrança de valores devidos em decorrência deste. Ademais, argumentou que a sentença de extinção viola o seu direito constitucional de acesso à justiça, pois a avença não exclui a possibilidade de apreciação da causa pelo Poder Judiciário, e inexistente obrigatoriedade de submeter a causa à apreciação do juízo arbitral.

Pois bem.

A Lei nº 9.307/96 autoriza que as pessoas capazes de contratar possam valer-se da faculdade de utilizar o instituto da arbitragem para a dirimir conflitos atinentes aos direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). A referida norma estabelece, também, que:

*Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.*

*Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.*

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

[...]

*Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.*

*Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.*

*Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.»*

No caso em tela, extrai-se dos contratos firmados entre as Partes (Evento 1 - Informações 6 a 8) que a cláusula arbitral foi instituída livremente entre os contratantes, nos seguintes termos:

*4.2 - As partes elegem a Câmara Nacional de Resolução de Disputas da CBF, como competente para dirimir qualquer dúvida, divergência ou controvérsia porventura oriundas do presente instrumento e, expressamente, renunciam a qualquer outro, que tenham ou venham a ter, por mais especial que seja.*

E, não havendo qualquer insurgência da Apelante sobre a validade deste aspecto da pactuação, extrai-se que as Partes comprometeram-se, de modo hígido, em caso de divergência a resolver os conflitos derivados das avenças em questão por meio da arbitragem.

Assim, não assiste razão à Apelante ao sustentar que o feito dispensaria a instalação do juízo arbitral, em razão de não estar se discutindo os termos do contrato e, sim, a cobrança de valores pendentes.

Isso porque, os valores cobrados são justamente oriundos do instrumento celebrado entre os Contendores, trazendo à tona a discordância quanto ao pagamento em período de suspensão contratual, visto o empréstimo dos jogadores/contratados.

Assim, existindo controvérsia a respeito da satisfação das obrigações contratuais, somado ao fato de as partes serem capazes, de o contrato não configurar adesão - merecendo destaque que a lide sequer gira em torno dos preceptivos da Lei de Consumo, o que poderia ensejar, com vistas à proteção do hipossuficiente, o afastamento do regramento contratual em voga - temos que não há motivo para afastar a pactuação, porquanto, observados os ditames do §1º, do art. 4º da Lei n. 9.037/1996.

Ademais, dispõe o Código de Processo Civil em seu art. 336, que “Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir”.

Outrossim, determina o art. 337, inciso X, do mesmo diploma legal que “Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] convenção de arbitragem;”, trazendo o § 5º do dispositivo que “excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo”.

Tecendo ponderações sobre esses comandos normativos, Alexandre Freitas Câmara leciona que:

[...] conflitos que envolvem partes capazes e direitos patrimoniais disponíveis podem ser solucionados

através da arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/1996. A arbitragem, porém, só poderá ser empregada como mecanismo de resolução do conflito se assim convencionarem as partes (através de alguma das modalidades de convenção de arbitragem: cláusula compromissória ou compromisso arbitral). Convencionada a arbitragem como meio adequado para a resolução do litígio, exclui-se a atuação do Judiciário, que não poderá apreciar o mérito da causa, uma vez que a competência para tal apreciação terá sido transferida, por convenção das partes, para o árbitro ou tribunal arbitral.

Pode ocorrer, no entanto, de haver sido celebrada uma convenção de arbitragem e ainda assim uma das partes ajuizar demanda perante órgão do Judiciário. Neste caso, se a parte demandada alegar, na contestação, a existência da convenção de arbitragem (demonstrando sua existência, evidentemente), caberá ao juiz proferir sentença terminativa, extinguindo o processo sem resolução do mérito, a fim de assegurar que em sede arbitral seja resolvido o conflito. Não se pode, porém, extinguir o processo por este fundamento ex officio (art. 337, § 5º), sendo certo que a ausência de alegação da existência de convenção de arbitragem na contestação implica aceitação da jurisdição estatal e renúncia à arbitragem (art. 337, § 6º).

[...]

(O novo processo civil brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, pp. 237-238)

Nesse viés, tendo o Réu, ora Apelado, arguido, oportunamente, em preliminar, por ocasião da resposta à ação, a existência da cláusula de convenção de arbitragem, e conseqüentemente a incompetência do juízo estatal, a sentença que extinguiu o feito com fundamento no art. 485, inciso VII, do CPC, deve ser mantida, na medida em que a competência para julgar a presente matéria é do juízo arbitral, de acordo com a cláusula 4.2 suso transcrita.

Portanto, como já mencionado, as partes pactuaram a exclusividade do juízo arbitral para a resolução de qualquer conflito que se originem ou se relacionem com estes contratos serão resolvidos pela arbitragem. Se não fosse essa a intenção deveriam, então, ter estabelecido que referido tribunal seria prioritário em relação ao judiciário, e assim, não afastaria de pronto jurisdição estatal.

Não bastasse isso, ao contrário do que pretende fazer crer a Apelante, ainda que o objeto da demanda seja a cobrança das comissões, indiscutível, que os valores supostamente pendentes originaram-se da relação contratual firmada entre as partes, através dos presentes contratos, nos quais, espontaneamente entabularam cláusula compromissória, e, portanto, não podendo desvincular uma coisa da outra.

Assim, independente das alegações da Apelante, fato é que a cláusula contratual é expressa ao mencionar que “qualquer dúvida, divergência ou controvérsia porventura oriundas do presente instrumento”, o que corrobora a competência do órgão arbitral para dirimir a presente controvérsia, não cabendo análise da justiça estatal.

Cumprе mencionar, ainda, que a convenção firmada para submeter a controvérsia do contrato ao juízo arbitral, prevalece em relação à jurisdição estatal, notadamente porque o direito de ação é disponível e demonstrada a concordância das partes pela adoção da legislação especial, impõe-se a opção realizada como no caso em apreço, inexistindo violação ao preceito constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. Consoante ensina Daniel Amorim Assumpção Neves:

*Após alguma vacilação na doutrina e jurisprudência, venceu a tese mais correta de que a arbitragem não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5.º, XXXV, da CF. O Supremo Tribunal Federal corretamente entendeu que a escolha entre a arbitragem e a jurisdição é absolutamente constitucional, afirmando que a aplicação da garantia constitucional da inafastabilidade é naturalmente condicionada à vontade das partes. Se o próprio direito de ação é disponível, dependendo da vontade do interessado para se concretizar por meio da propositura da demanda judicial, também o será o exercício da jurisdição na solução do conflito de interesse.*

*Nesse sentido, é elogiável o art. 3.º, § 1.º, do Novo CPC ao prever que não se excluirá da apreciação jurisdicional a ameaça ou lesão a direito, salvo os conflitos de interesses voluntariamente submetidos à solução arbitral. Ainda que seja apenas a consagração de uma realidade atualmente incontestável, é interessante o dispositivo explicitar tal realidade.*

[...]

*(Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2015, pp. 57-58)*

Logo, não comporta acolhimento a tese relativa à suposta óbice ao acesso à justiça e violação da inafastabilidade da jurisdição.

A respeito do tema, colhe-se da jurisprudência:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, COM FULCRO NA EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. INSURGÊNCIA DO REQUERENTE.*

*PRETENSÃO DE PROCESSAMENTO DA DEMANDA JUDICIAL. ACORDO COMPROMISSO DE ARBITRAGEM FIRMADOS LIVREMENTE PELA PARTE, REPRESENTADO POR SUA ADVOGADA, JUNTO À CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. INTELIGÊNCIA DO ART. 9º, § 2º, DA LEI N. 9.307/96. PRESSUPOSTOS DO COMPROMISSO ARBITRAL CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 51, VII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, COM FULCRO NO ART. 485, VII, DO CPC/2015.*

*“[...] O direito de ação é um direito disponível, bem como o direito de exercê-lo junto à jurisdição, razão pela qual a opção das partes pela arbitragem não ofende o princípio da inafastabilidade da jurisdição, desde que, nos termos da lei, tal escolha se dê por uma convenção de arbitragem dotada de eficácia, uma vez que preencha os requisitos legais. [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 0300077-50.2014.8.24.0082, da Capital - Continente, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 23-01-2017).*

*CONSTATADA A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE REPRESENTAÇÃO ESPECIAL PARA FIRMAR O COMPROMISSO ARBITRAL. PARTE DA FUNDAMENTAÇÃO DISSOCIADA DA SENTENÇA. AUTOR QUE, INCLUSIVE, ADMITE EM MANIFESTAÇÃO À CONTESTAÇÃO QUE REALIZOU ACORDO E OPTOU PELO JUÍZO ARBITRAL PARA SOLUCIONAR CONFLITO RELATIVO AO CONTRATO. APELO NÃO CONHECIDO NO PONTO. RECURSO CONHECIDO, EM PARTE, E DESPROVIDO.*

*(Apelação Cível n. 0303850-07.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 05-10-2017; destacou-se)*

Outrossim, tem-se que a cláusula 3.2 de ambos os Pactos, nas quais está previsto que “se, em decorrência de qualquer decisão judicial irrecorrível, qualquer disposição ou termos deste contrato for sentenciada, nula ou anulável, tal nulidade ou anulabilidade não afetará as demais cláusulas deste contrato, o qual permanecerá em pleno vigor”, pode ser aplicável nos casos em que a jurisdição estatal se prorrogar em face da não arguição oportuna, nos moldes art. 337, § 6º, do CPC, pelo requerido da existência de convenção de arbitragem, no que não consiste a hipótese dos autos.

De mais a mais, a Câmara Nacional de Resolução de Disputas da Confederação Brasileira de Futebol, nos termos do art. 3º do seu regulamento, “[...] tem competência para conhecer de litígios: [...] VI – entre intermediários registrados na CBF, ou entre estes e clubes, membros de comissão técnica ou atletas; [e] [...] XI – sobre os quais haja convenção de arbitragem elegendo a CNRD para dirimi-los; [...]”.

Aliás, sobre a competência arbitral da Câmara Nacional de Resolução de Disputas da Confederação Brasileira de Futebol, o Tribunal do Estado de São Paulo recentemente reconheceu:

*ARBITRAGEM – Embora, na espécie, (a) a cláusula compromissória constante da autorização referente ao contrato ajustado com o intermediário, para prospectar contrato de trabalho no futebol chinês, não se refira expressamente ao contrato verbal de agência, de existência afirmada pela parte autora agente e negada pela parte ré atleta, no que concerne ao reconhecimento de que a “Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD) da Confederação Brasileira de Futebol (CBF), como único e exclusivo órgão competente para dirimir eventuais disputas resultantes do contrato de representação”, (b) é de se admitir a extensão objetiva da cláusula compromissória do contrato que concedeu exclusividade ao intermediário, contratado pela parte autora agente e pela parte ré atleta, para prospectar contrato de trabalho no futebol chinês para a parte jogadora de futebol, para dirimir o conflito entre elas relativo a existência ou não do contrato verbal de agência, afirmado por uma parte e negado pela outra, e do direito ou não do recebimento da remuneração pretendida pela parte autora relativamente à contratação pela parte ré atleta como jogador profissional no futebol chinês, porque: (b.1) no contrato de intermediação celebrado com terceiro, as partes autora agente e ré atleta anuíram com a cláusula compromissória, que obriga as partes a submeterem, à arbitragem; (b.2) a cláusula compromissória prevista no contrato de intermediação com terceiro é extensível ao contrato verbal de agência ajustado, apenas e tão somente, entre as partes autora agente e ré atleta, ainda que dele não exista previsão expressa de cláusula compromissória, porque os pactos se apresentam conexos com o objeto final do negócio jurídico concretizado (contratação para jogar no futebol chinês); e (b.3) a Câmara Nacional de Resolução de Disputas - CNRD da Confederação Brasileira de Futebol - CBF, o órgão arbitral avençado tem competência para tratar da relação jurídica entre as partes autora agente, ou, conforme termo empregado em regulamento próprio da CBF, “intermediário”, e ré atleta – como (a) a extensão objetiva da cláusula compromissória do contrato de intermediação com terceiro para dirimir o conflito relativo ao conexo contrato verbal de agência entre as partes apelante e apelada, impede a instauração de processo de conhecimento fora do juízo arbitral, porque obriga as partes a solucionar pela via arbitral, (b) de rigor, a manutenção da r. sentença, quanto ao julgamento de extinção do processo, sem resolução do mérito, com base no art. 485, VII, do CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Manutenção da r. sentença, no que concerne a condenação em honorários advocatícios fixados em 10% do valor atualizado da causa - A verba honorária assim arbitrada, com base no art. 85, caput, §§ 1º e 2º, do CPC, considerando os parâmetros dos incisos I a IV, do § 2º, do mesmo art. 85, mostra-se razoável e adequada, sem se mostrar excessiva, para remunerar condignamente o patrono da parte vencedora, em razão do zelo do trabalho por ele apresentado e da natureza e importância da causa - Desprovido o recurso, em razão da sucumbência*



*recursal, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majora-se de 10% para 10,1% o percentual da condenação da verba honorária fixada contra ela por se mostrar adequado ao caso dos autos. Recurso desprovido.*

*(Apelação Cível 1015827-64.2019.8.26.0100, Relator Des. Rebello Pinho, Vigésima Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 4ª Vara Cível, j. 14/12/2020).*

Por estas razões, comprovada a eleição de juízo arbitral, a sentença de extinção do processo sem resolução do mérito, deve ser mantida.

Em hipótese análoga, esta Corte já decidiu:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL EM RAZÃO DE CLAUSULA ARBITRAL.*

*INSURGÊNCIA DO REQUERENTE.*

*PRETENDIDA REFORMA DA SENTENÇA SOB O ARGUMENTO DE QUE O OBJETO DA DEMANDA - DANO MORAL POR INSCRIÇÃO INDEVIDA - NÃO POSSUI VINCULO COM O CONTRATO QUE PACTUOU*

*CLAUSULA DE ARBITRAGEM. INSUBSISTÊNCIA. PARTES QUE LIVREMENTE FIRMARAM EM RELAÇÃO CONTRATUAL CLAUSULA COMPROMISSÓRIA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTATAL. SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA DA AÇÃO AO JUÍZO ARBITRAL ELEITO PELAS PARTES. ADEMAIS, SUPOSTO DÉBITO QUE ENSEJOU A INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES É DECORRENTE DE DÍVIDA ORIUNDA DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FIRMADO ENTRE AS PARTES, EM QUE SE ESTABELECEU CLÁUSULA ARBITRAL PARA SOLUÇÃO DOS LITIGIOS ADVINDOS DO MESMO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO COM BASE NO ARTIGO 485, VII DO CPC. SENTENÇA MANTIDA.*

*“A eleição da cláusula compromissória em contrato, sem cunho adesivo e sem a proteção das relações de consumo, é causa de extinção do feito, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.005240-1, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 02-07-2015).*

*HONORÁRIOS RECURSAIS. EXEGESE DO ART. 85, §11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXIGIBILIDADE SUSPENSA A TEOR DO ART. 98, §3º DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*

*(Apelação Cível n. 0015836-58.2014.8.24.0008, de Blumenau, rel. José Agenor de Aragão, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 18-06-2020).*

Derradeiramente, considerando que o Recurso ora examinado foi interposto sob a égide da Lei n. 13.015/2015, aplicável o comando do art. 85, §§ 1º e 11, razão pela qual se majora a remuneração em favor do advogado do Apelado, no montante de 2% (dois por cento), passando os honorários sucumbenciais para o percentual de 12% (doze por cento) do valor da causa.

É o quanto basta.

Ante o exposto, voto por conhecer do Recurso e, no mérito, negar-lhe provimento e fixar honorários recursais, nos termos da fundamentação.

**Desembargadora ROSANE PORTELLA WOLFF**  
**Relatora**

## TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### **APELAÇÃO Nº 5001330-37.2019.8.24.0001/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO CARIONI

APELANTE: EVA MENDES (AUTOR)

APELADO: BANCO DO BRASIL S.A. (RÉU)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE/INEXIGIBILIDADE DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO/AUSÊNCIA DO EFETIVO PROVEITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA NA ORIGEM. RECURSO DA PARTE AUTORA. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. PAGAMENTO MEDIANTE DESCONTO SOBRE O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO QUINQUENAL. ART. 27 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTAGEM DO PRAZO. TERMO A QUO. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. RENOVAÇÃO DO DANO A CADA DESCONTO. PRAZO QUE TEM INÍCIO QUANDO DA QUITAÇÃO DA ÚLTIMA PARCELA. LAPSO PRESCRICIONAL TRANSCORRIDO. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Deixo de arbitrar os honorários recursais, porquanto não fixados pelo Juízo de origem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2021.

**Desembargador FERNANDO CARIONI**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Adota-se o relatório da sentença recorrida, de pleno conhecimento das partes, proferida na ação declaratória de nulidade/inexigibilidade de desconto em folha de pagamento/ausência do efetivo proveito cumulada com, repetição de indébito e danos morais, ajuizada por Eva Mendes contra Banco do Brasil S.A.

Ao sentenciar o feito, a MMa. Juíza de Direito da Vara Única da comarca de São Domingos, Drs. Sirlene Daniela Puhl, consignou na parte dispositiva:

*Ante o exposto, reconheço a prescrição da pretensão autoral, o que faço nos moldes do art. 487, inc. II do CPC, e extingo o feito, com análise de seu mérito.*

*Condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, suspensa a exigibilidade em razão da justiça gratuita que neste ato defiro à parte requerente.*

*Sem honorários advocatícios, porquanto não angularizada a relação (evento 12).*

Inconformada, a autora Eva Mendes interpôs recurso de apelação (evento 17), no qual defendeu que somente teve conhecimento dos descontos efetuados em seu benefício previdenciário quando buscou junto ao INSS o extrato de empréstimo consignado. Acrescentou que a prazo prescricional teve início somente quando tomou conhecimento dos descontos indevidos, o que ocorreu em julho de 2019.

Defendeu, por fim, não estar prescrita a pretensão.

Intimada, a instituição financeira apelada apresentou contrarrazões (evento 24).

## **VOTO**

Trata-se de ação declaratória de inexigibilidade de débito e indenização por danos morais, em que a parte autora sustenta, em linhas gerais, ter verificado a realização de descontos pela instituição financeira em seus proventos de aposentadoria, decorrentes de empréstimo consignado que não celebrou ou não se recorda de ter celebrado.

Apreciando o feito, o Juízo de origem declarou a prescrição e julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 487, II, do Código de Processo Civil.

Inconformada, a parte autora apelou.

Com efeito, sabe-se que a relação entabulada nos autos é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual o prazo prescricional a ser aplicado é o quinquenal, previsto no art. 27 do Código Consumerista.

O início do prazo, por sua vez, se dá por ocasião do pagamento da última parcela contratada, ou seja, do último desconto no benefício previdenciário, por se tratar de prestação de natureza continuada, conforme reiterada jurisprudência. Vejamos:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO MANIFESTADA NA VIGÊNCIA DO NCPC. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE NEGÓCIO JURÍDICO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRAZO PRESCRICIONAL. CINCO ANOS. ART. 27 DO CDC. TERMO INICIAL. ÚLTIMO DESCONTO. DECISÃO EM CONFORMIDADE*

COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA NA ORIGEM COM BASE NOS FATOS DA CAUSA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO, NOS MOLDES LEGAIS. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: 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.

2. O Tribunal a quo dirimiu a controvérsia em conformidade com a orientação firmada nesta Corte, no sentido de que, para a contagem do prazo prescricional quinquenal previsto no art. 27 do CDC, o termo inicial a ser observado é a data em que ocorreu a lesão ou pagamento, o que, no caso dos autos, se deu com o último desconto do mútuo da conta do benefício da parte autora. Incidência da Súmula nº 568 do STJ, segundo a qual, o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

3. Para modificar o termo inicial firmado no acórdão recorrido, para efeito de contagem do início de fluência da prescrição nos autos, seria imprescindível derruir a afirmação contida no decisum atacado, o que, forçosamente, ensejaria em rediscussão de matéria fática, incidindo, na espécie, o óbice contido na Súmula nº 7 do STJ [...] (STJ, AgInt no AREsp 1478001/MS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2019).

Tratando-se de contrato cujas prestações são de trato sucessivo, o lapso prescricional se inicia a partir do último desconto indevido decorrente do pacto questionado (TJSC, Apelação n. 5000590-13.2020.8.24.0044, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 17-12-2020).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA, COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE DESCONTOS INDEVIDOS EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO ALEGADAMENTE NÃO FIRMADO PELA PARTE AUTORA. RECONHECIMENTO, PELO MAGISTRADO, DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO, COM BASE NO ART. 27 DO CDC. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. TESE DE QUE O TERMO INICIAL DA CONTAGEM DO PRAZO QUINQUENAL SERIA A DATA DE EMISSÃO DO EXTRATO JUNTO AO INSS, QUANDO TERIA TOMADO CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DO EMPRÉSTIMO NÃO CONTRATADO. INSUBSISTÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL QUE FLUI DESDE A DATA DO ÚLTIMO DESCONTO OPERADO EM FOLHA DE PAGAMENTO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação n. 0300513-53.2017.8.24.0001, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 15-12-2020).

CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. DESCONTO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. ALEGADA NÃO CONTRATAÇÃO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO EM VIRTUDE DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. ART. 487, II, DO CPC. RECURSO DO AUTOR. CIÊNCIA DA CONTRATAÇÃO SOMENTE QUANDO DA EMISSÃO DO EXTRATO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. TESE AFASTADA. PRESTAÇÃO DE NATUREZA CONTINUADA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A PARTIR DO ÚLTIMO DESCONTO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. PRAZO QUINQUENAL PREVISTO NO ART. 27 DO CDC TRANSCORRIDO ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO. PRESCRIÇÃO CARACTERIZADA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJSC, Apelação n. 0304181-10.2019.8.24.0018, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 15-12-2020).

Dessarte, considerando que o prazo prescricional de cinco anos teve início em outubro de 2012 (data do último desconto relativa ao Contrato n. 742078335; extrato 6, evento 1) e a ação foi ajuizada em 25-9-2019, resta exaurido o prazo prescricional.

Frisa-se, ainda que não se aplica à hipótese o prazo decenal previsto no art. 205 do Código Civil, que tem incidência nos casos em que a lei não fixe o lapso prescrição, pois a lide é regida pelo estatuto consumerista que possui seu próprio prazo prescricional.

Nesse trilhar, a sentença objurgada merece ser mantida incólume.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso. Deixo de arbitrar os honorários recursais, porquanto não fixados pelo Juízo de origem.

**Desembargador FERNANDO CARIONI**

**Relator**



## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5034478-08.2020.8.24.0000/SC**

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

AGRAVANTE: 3MS COMERCIO DE COSMETICOS EIRELI

ADVOGADO: MATHEUS SCREMIN DOS SANTOS (OAB SC021685)

ADVOGADO: MARIANE NEUHAUS COLIN (OAB SC045244)

AGRAVADO: CONDOMINIO CIVIL PRO-INDIVISO DO SHOPPING CENTER NEUMARKT BLUMENAU

ADVOGADO: MARIA ELIZA LANDI (OAB SP208262)

ADVOGADO: EDUARDO BARBATO CORTES (OAB SC051468)

ADVOGADO: DAVI LAGO (OAB SP127690)

AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL EM SHOPPINGCENTER. TUTELA DE URGÊNCIA ALMEJADA NA INICIAL DEFERIDA DE FORMA PARCIAL, REDUZINDO EM 50% O VALOR DO ALUGUEL MÍNIMO E O FUNDO DE PROMOÇÃO E PROPAGANDA. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. REQUERIMENTO PARA QUE SEJAM DEFERIDOS OS DEMAIS PEDIDOS, CONSISTENTES NA LIMITAÇÃO DO VALOR CORRESPONDENTE À TAXA CONDOMINIAL, DE ISENÇÃO DO 13º ALUGUEL, DE VEDAÇÃO DE INSCRIÇÃO DO SEU NOME NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES E DE RETROAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO AO INÍCIO DA PANDEMIA. IMPOSSIBILIDADE. DE UM LADO, VERBAS EXPRESSAMENTE PREVISTAS NO CONTRATO. CONDOMÍNIO QUE TAMBÉM VEM SUPORTANDO PREJUÍZOS EM RAZÃO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA E VEM ATUANDO DE MODO A REDUZIR OS GASTOS E PROMOVER O COMÉRCIO A FIM DE RETOMAR A ECONOMIA. 13º ALUGUEL QUE É PROPORCIONAL AO AUMENTO DE DEMANDA NO MÊS DE DEZEMBRO, E QUE, EM TESE, SE JUSTIFICA NA MEDIDA EM QUE AS ATIVIDADES ECONÔMICAS VÊM SENDO RETOMADAS. DE OUTRO, INADIMPLEMENTO QUE NÃO DEVE SER INCENTIVADO, SOB PENA DE AGRAVAMENTO DA CRISE ECONÔMICA. DECISÃO ACERTADA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 16 de março de 2021.

**Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA**

**Relator**

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de antecipação de tutela interposto por 3MS Comércio de Cosméticos Eireli contra decisão que, nos autos da *ação revisional de aluguel* n. 5018638-31.2020.8.24.0008, por ela ajuizada em desfavor de Condomínio Civil Pro-Indiviso do Shopping Center Neumarkt, deferiu apenas em parte a tutela de urgência requerida com a peça inicial para reduzir em 50% (cinquenta por cento) tanto o valor do aluguel mínimo quanto do Fundo de Promoção e Propaganda, limitando seus efeitos entre a data de ajuizamento da ação e 31.12.2020 (Evento 14 dos autos de origem - AO).

Em suas razões, a agravante reiterou a difícil situação financeira que se encontra seu espaço comercial em razão das restrições impostas pela pandemia de Covid-19 e discorre a respeito do desequilíbrio no contrato de locação. Alegou que não é razoável que suporte sozinha os prejuízos decorrentes do estado de calamidade pública, com a manutenção das obrigações contratuais, de seu lado, sem que haja contraprestação do Condomínio, já que todo o funcionamento deste se encontra afetado em razão das restrições de circulação impostas pelos decretos estaduais e municipais. De forma liminar, pugnou pela antecipação da tutela recursal a fim de que, enquanto vigorasse o estado de calamidade pública, a ré fosse impedida de inscrever o nome da autora no rol de maus pagadores, fosse excluída a cobrança de aluguel mínimo; e que o condomínio fosse cobrado apenas de forma proporcional aos dias em que efetivamente esteve aberto ao público. De forma subsidiária, pleiteou que fosse concedida carência no pagamento dos valores vencidos, que deverão ser cobrados após o termino do estado excepcional.

No mérito, pleiteou a confirmação da decisão liminar.

O efeito almejado foi indeferido (Evento 10), em decisão que foi objeto de agravo interno interposto pela recorrente (Evento 16).

Com as contrarrazões (Evento 14), retornaram os autos conclusos.

## VOTO

Nos termos da decisão que indeferiu a tutela almejada pela recorrente (Evento 10) – e pede-se vênia para replicar os seus fundamentos, já que a situação trazida a esta Instância em nada se alterou desde então –, infere-se dos autos originários que se trata de pedido de revisão de contrato de locação em shopping center em razão dos impactos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública gerado pela pandemia de Covid-19.

Segundo sustentou a autora na inicial, seu faturamento caiu drasticamente desde o início da disseminação da doença no Brasil, principalmente com o fechamento, por mais de 1 (um) mês, dos shopping centers onde possui lojas, além das restrições de funcionamento impostas a esses estabelecimentos e do desaquecimento da economia.

Requeru, então, em sede de tutela de urgência, que, enquanto vigente o decreto de estado de calamidade pública: (I) a ré se abstinhasse de inscrever o nome da autora no rol de maus pagadores; (II) o valor da locação se limitasse ao percentual de 5% (cinco por cento) sobre seu faturamento bruto mensal, não incidindo o aluguel mínimo mensal ou, de forma subsidiária, fosse concedido desconto de 50% (cinquenta por cento) no mínimo mensal, com carência de pagamento até 31.12.2020 e posterior parcelamento; (III) fosse isentada do pagamento de Fundo de Promoção e Propaganda; (IV) fosse isentada do pagamento do 13.º aluguel; e, (V) fosse proporcionalmente reduzida a cobrança de condomínio, deduzidos os dias de fechamento das lojas.

Recebida ação, o pedido foi deferido em parte tão somente para reduzir em 50% (cinquenta por cento) tanto o valor do aluguel mínimo quanto do Fundo de Promoção e Propaganda, com efeitos a partir do ajuizamento da ação (Evento 14 - AO), à razão da interposição deste agravo por parte da demandante e do agravo de instrumento n. 5035020-26.2020.8.24.0000 por parte do demandado.

O recurso não comporta acolhimento.

No que interessa a este agravo, observa-se do contrato de locação e aditivos a ele relativos juntados com a inicial e com a contestação que, pelo uso dos espaços locados, além do pagamento de aluguel mensal, a locatária ainda deve arcar o pagamento em dobro da locação a se vencer nos meses de dezembro de cada ano e com os encargos do uso do espaço comum, neles compreendidos o denominado “Fundo de Promoção e Propaganda” (Evento 1, CONTR5-8 - AO).

No que toca aos encargos locatícios e ao fundo de promoção, estes se referem às despesas com a manutenção e à promoção do shopping center e são rateados, segundo o contrato, entre os demais lojistas, na proporção do consumo e dos espaços ocupados. Daí que parece ser inviável os descontos nos moldes em que pleiteados, já que as cobranças são diretamente proporcionais ao uso do bem comum e relacionadas aos serviços de marketing prestados em favor de todo o condomínio - o que ocorre inclusive fora do horário de funcionamento do shopping -, sob pena de onerar os demais lojistas, que certamente se encontram em situação semelhante àquela da recorrente.

Não bastasse, como bem consignou o Des. Raulino Jacó Bruning por ocasião do exame de pedido de tutela de urgência formulado no agravo de instrumento n. 5011739-41.2020.8.24.0000, relacionado a caso bastante análogo ao presente, não se pode perder de vista que também o Condomínio, que possui obrigações relacionadas à manutenção do espaço comum, vem suportando prejuízos em razão das restrições impostas pela pandemia de Covid-19. Da referida decisão, publicada em 02.08.2020, extrai-se o seguinte excerto:

É que, deve ser vista como excepcional eventual medida judicial que interfira na esfera da liberdade individual/contratual e da declaração de vontade.

Outra, aliás, não é a redação do art. 421, parágrafo único, do Código Civil, in verbis: «Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.»

Nada obstante, o cenário atual revela-se bastante atípico. É de conhecimento comum que, desde o início da crise de saúde no Brasil – com efeitos nefastos na economia –, várias foram as precauções tomadas pelos governos para evitar a disseminação da Covid-19. No Estado de Santa Catarina, citam-se os Decretos ns. 515/2020, 525/2020 e 562/2020, que determinaram, dentre outras medidas, a suspensão (total ou parcial) de atividades comerciais.

Mesmo que a flexibilização das deliberações esteja acontecendo gradativamente, é evidente que grande parte das empresas, principalmente aquelas que trabalham com a venda de produtos e serviços (inclusive a agravante), vem sofrendo grandes impactos no seu fluxo de caixa. Até porque, não é forçoso deduzir, a crise afeta também os potenciais clientes/consumidores, que acabam por priorizar as necessidades essenciais do dia a dia (mercado, farmácia, gasolina, etc).

Trata-se de precedente inimaginável que, por certo, é capaz de gerar desequilíbrio nas relações contratuais. E é nesta conjuntura que o Judiciário pode (e deve) atuar, buscando nivelar as relações, com fulcro na teoria da imprevisão e nos princípios basilares da Lei Substantiva, e evitando a onerosidade excessiva de uma das partes.

Tanto é assim que, compulsando-se o mencionado Codex, extrai-se:

«Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.»

**Só que, mesmo se partindo da premissa de que a contabilidade do empreendimento agravado suporta danos financeiros, descabido ignorar haver, do outro lado, agente que, muito provavelmente, também arca com infortúnios decorrentes da situação atual.**

**Ademais, é importante ponderar que o agravante é empreendedor do Shopping Center Neumarkt Blumenau e locador da unidade ocupada pela empresa locatária, bem como que, de tal avença, auferir renda.**

**Acerca da locação em shopping center, destaca-se tratar de contrato atípico, uma vez que, além da obrigação do locador de dar a posse e do locatário de pagar os respectivos encargos, ambos possuem, ainda, demais obrigações.**

**Ora, o empreendimento onde se localiza o restaurante agravado, ainda que este não esteja em funcionamento, segue responsável pela manutenção do espaço comum, por prestar segurança, manter a higiene e fiscalizar a realização destas prestações.**

**Não se pode, assim, tornar a relação excessivamente onerosa para uma das partes, com extrema vantagem para a outra.**

Dessarte, privilegiando-se os princípios da boa-fé e da função social do contrato, justo que ambos os litigantes, por ora, arquem com algum prejuízo, buscando-se o equilíbrio do negócio jurídico em análise. (grifou-se)

Essa constatação fica evidente no caso concreto a partir dos esforços empreendidos pelo Condomínio réu no sentido de conter os gastos comuns, reduzir ações relacionadas ao fundo de promoção e conceder descontos em favor dos lojistas, como se infere do boleto amealhado à inicial (Evento 1, ANEXO9 - AO). Esses esforços parecem ir de encontro às razões apresentadas pela agravante, uma vez que demonstram que, a priori, o demandado está empenhado em dividir os prejuízos decorrentes do atual cenário e possibilitar a pronta recuperação econômica de lojistas e condomínio.

De outra parte, tampouco merecem prosperar os pedidos de vedação que o acionado inscreva a autora nos órgãos de proteção ao crédito ou que a decisão recorrida produza efeitos desde o início da pandemia ou, ainda, que eventuais débitos sejam pagos apenas após o fim do estado excepcional.

Nesse aspecto, como bem pontuou o Magistrado condutor da lide, Dr. Orlando Luiz Zanon Junior, o adimplemento das obrigações contratuais deve ser incentivado, ainda que redimensionadas diante da situação atual, de modo a assegurar o equilíbrio negocial entre as partes. Notadamente, a situação não autoriza o afastamento da contrapartida financeira pela autora, sob pena de abalar a sustentabilidade sinalagmática do contrato, prejudicando o outro contraente, que não teria condições de manter a continuidade das suas atividades.

Em uma análise sob a luz do princípio constitucional da igualdade, decisão nesse sentido não seria universalizável, até porque a função social da empresa deve ser observada tanto em atenção à credora quanto à devedora.

Também sob o viés consequencialista, determinado pelo art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), as expectativas de se afastar o pagamento ou o uso dos meios coercitivos legais, a exemplo do apontamento perante os órgãos de proteção ao crédito, consistiriam no agravamento da crise econômica no segmento mercadológico. (Evento 14 - AO)

Assim, inviável o acolhimento dos pleitos da agravante.

Com a confirmação da decisão de Evento 10 fica prejudicada a análise do agravo interno de Evento 16, daí porque não se conhece do referido reclamo.

Isso posto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

**Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA**

**Relatora**

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5032464-51.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR SAUL STEIL

AGRAVANTE: CONDOMINIO VOLUNTARIO PRO INDIVISO FLORIPA SHOPPING CENTER

AGRAVADO: SUEETI COMERCIO DE DOCES LTDA - ME

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERE PEDIDOS DO AGRAVANTE PELA PENHORA ONLINE DE ATIVOS FINANCEIROS DA AGRAVADA, À VISTA DE RECOMENDAÇÃO DO CNJ DE PRESERVAÇÃO DE VALORES ORIUNDOS DO AUXÍLIO EMERGENCIAL PAGO PELO GOVERNO FEDERAL POR CONTA DA PANDEMIA DO COVID-19, E DE INSCRIÇÃO DO NOME DA DEVEDORA NO ROL DE INADIMPLENTES DO SERASA MEDIANTE O SISTEMA SERASAJUD. AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO À PROMOÇÃO DO ATO CONSTRITIVO. DECRETO LEGISLATIVO Nº 6 DE 20.03.2020 E RESOLUÇÃO Nº 318/2020 DO CNJ INAPLICÁVEIS COM AMPARO NA MERA PRESUNÇÃO DE QUE O DEVEDOR TENHA RECEBIDO O AUXÍLIO EMERGENCIAL. PRECEDENTE DESTA CÂMARA. AGRAVADA QUE CONSISTE EM SOCIEDADE LIMITADA E, PORTANTO, NEM MESMO PODERIA TER SIDO BENEFICIADA PELA BENESSE, DIRECIONADA APENAS A PESSOAS FÍSICAS OU MICROEMPREENDEDORES INDIVIDUAIS (ART. 2º, LEI 13.982/2020). EMPREGO DO SERASAJUD IGUALMENTE DEVIDO, NA FORMA AUTORIZADA PELO 782, § 3º, DO CPC. INTERLOCUTÓRIO REFORMADO PARA DEFERIR-SE AS PROVIDÊNCIAS. RECURSO PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para o fim de deferir os pedidos de penhora online de ativos financeiros da agravada e de inscrição de seu nome no rol de inadimplentes do Serasa por meio do sistema auxiliar Serasajud, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 25 de maio de 2021.

**Desembargador SAUL STEIL**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

CONDOMÍNIO VOLUNTÁRIO PRO INDIVISO FLORIPA SHOPPING CENTER interpôs agravo de instrumento em face de decisão interlocutória proferida pelo Juízo de Direito da 1.ª Vara Cível da comarca da Capital, o qual, nos autos da execução de título extrajudicial n. 5004411-25.2019.8.24.0023, ajuizada contra SUEETI COMÉRCIO DE DOCES Ltda. - ME, indeferiu os



pedidos formulados pelo agravante pela realização de penhora online, via bacenjud, de ativos financeiros da agravada e pela inscrição do nome desta no rol do Serasa por meio do sistema auxiliar Serasajud (Evento 30; origem).

Alegou, em suma, que: (a) não se poderia indeferir de plano o pedido de penhora online com base no Decreto Legislativo nº 6 de 20/03/2020 e na Resolução nº 318/2020 do CNJ, pois referidos normativos não autorizam sua aplicação com amparo na mera presunção de que o devedor tenha recebido o auxílio emergencial pago pelo Governo Federal em função da atual pandemia, recomendando, na realidade, apenas o desbloqueio caso verificado concretamente o recebimento do benefício; (b) a agravada é pessoa jurídica, de modo que nem mesmo era passível de recebimento do auxílio; e (c) a rejeição ao pleito de inscrição do nome da agravada no Serasa igualmente não merece subsistir, porquanto o entendimento de que a medida poderia ser adotada diretamente pela parte interessada contraria posicionamento sedimentado pelo próprio Tribunal de Justiça, que prioriza a utilização de seus sistemas auxiliares.

Nesses termos, requereu a antecipação dos efeitos da tutela recursal para os fins de que sejam autorizadas ambas as providências almejadas e, ao final, o provimento do recurso (Evento 1).

Antecipada em parte a tutela recursal (Evento 20), a tentativa de intimação da agravada para oferta de contrarrazões não foi exitosa (Evento 45).

É o relatório.

## VOTO

O recurso atende aos pressupostos de admissibilidade e dele conheço.

De antemão, ressalto ser viável o imediato julgamento do reclamo, em que pese a falta de êxito na intimação da agravada para oferta de contrarrazões.

Ocorre que a intimação foi endereçada à Rua João Manoel da Silva, 1.048, Bairro Areias, São José, tendo o AR retornado não cumprido pelo motivo “não procurado” (Evento 45), após três tentativas frustradas de localização de representante da agravada nos dias 22, 24 e 26.3.2021.

Em tal endereço, no entanto, a agravada foi devidamente citada no processo de origem (Evento 24; origem), razão pelo qual incide o disposto pelo art. 274, parágrafo único, do CPC:

*“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”.*

Corroborando tal entendimento, trago julgados desta Corte:

**“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C/C DANO MORAL E TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA DEMANDANTE**

**AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA RÉ PARA APRESENTAÇÃO DAS CONTRARRAZÕES QUE NÃO OBSTA O JULGAMENTO DO PRESENTE RECURSO. EMISSÃO DAS CORRESPONDÊNCIAS AO ENDEREÇO INFORMADO NOS AUTOS, PRESUMINDO-SE VÁLIDA A INTIMAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 274, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL [...]”** (AC n. 0300590-38.2015.8.24.0064, *rela.*

*Desa. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 17.11.2020; destaqueei).*

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTIMAÇÃO PARA CONTRARRAZÕES ENCAMINHADA PARA O ENDEREÇO NO QUAL A PARTE AGRAVADA FOI CITADA NOS AUTOS DE ORIGEM. RETORNO DA CORRESPONDÊNCIA COM O AVISO “NÃO PROCURADO”. 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 esquiva 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) [...]” (AI n. 4035434-12.2018.8.24.0000, *de Pomerode, rela. Desa. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 15.08.2019; destaqueei).*

**“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. TESE DE ERRO MATERIAL. INTIMAÇÃO PARA CONTRARRAZÕES NO ENDEREÇO EM QUE REALIZADA A CITAÇÃO. REQUISITO OBJETIVO SUFICIENTE PARA APLICAÇÃO DO ART. 274, PAR. ÚNICO, DO CPC. PRETENDIDA REDISCUSSÃO DA CONCLUSÃO ADOTADA. NÃO CABIMENTO. VÍCIO NÃO CONSTATADO [...]”** (EDcl n. 4016263-35.2019.8.24.0000, *de Catanduvas, rel. Des. Altamiro de Oliveira, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 14.07.2020; destaqueei).*

Acrescento, outrossim, que, malgrado a agravada tenha sido devidamente citada na, quedou-se inerte, prosseguindo a execução à sua revelia, quadro a autorizar, também, a dispensa excepcional da intimação para apresentação de origem contrarrrazões. Nesse sentido:

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO. LOCAÇÕES E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS. TUTELA PROVISÓRIA. - INTERLOCUTÓRIO NEGATIVO NA ORIGEM. (1) ADMISSIBILIDADE. PARTE AGRAVADA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA.**

**- A intimação do agravado para que apresente, se lhe aprouver, contrarrrazões ao recurso de agravo de instrumento pode ser, excepcionalmente, dispensada, quando o agravado, se for o réu, tenha tido decretada a sua revelia na origem e não tenha advoga do constituído nos autos”.** (AI n. 4002256-09.2017.8.24.0000, *de Joinville, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 31.10.2017; destaqueei).*

Dito isso, trata-se de agravo de instrumento tendente a atacar decisão interlocutória que, nos autos de execução de título extrajudicial manejada pelo agravante em face da agravada, denegou os pedidos formulados pelo primeiro pela realização de penhora *online*, via bacenjud, de ativos financeiros da segunda e pela inscrição do nome desta no rol do Serasa por meio do sistema auxiliar Serasajud.

Antecipo que, mesmo a partir de um exame mais acurado dos elementos coligidos ao caderno processual, não há como chegar a conclusões distintas daquelas já consignadas na decisão monocrática em que antecipada em parte a tutela recursal (Evento 20), as quais reproduzo com preponderância.

Quanto à promoção do ato constrictivo, sustenta o agravante que não se poderia indeferir de plano o pedido com base no Decreto Legislativo nº 6 de 20.03.2020 e na Resolução nº 318/2020 do CNJ, pois referidos normativos não autorizam sua aplicação com amparo na mera presunção de que o devedor tenha recebido o auxílio emergencial pago pelo Governo Federal em função da atual pandemia do COVID-19, recomendando, na realidade, apenas o desbloqueio caso verificado concretamente o recebimento do benefício. Além disso, aponta que a agravada é pessoa jurídica, de modo que nem mesmo era passível de recebimento do auxílio.

Realmente, o art. 5º da Resolução 318/2020 do CNJ limita-se a recomendar que, diante do atual estado de pandemia e calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020, “*os magistrados zelem para que os valores recebidos a título de auxílio emergencial previsto na Lei no 13.982/2020 não sejam objeto de penhora, inclusive pelo sistema BacenJud, por se tratar de bem impenhorável nos termos do art. 833, IV e X, do CPC*”.

Em outras palavras, o CNJ recomendou que, realizada a penhora online de ativos financeiros, sejam desbloqueados valores percebidos pelo devedor a título do auxílio emergencial instituído pelo Governo Federal em razão da atual pandemia.

Logo, não havia substrato legal ou infralegal a autorizar o indeferimento de plano da medida constrictiva com amparo em mera presunção de que os valores a serem bloqueados possam hipoteticamente ser oriundos da aludida benesse.

Este órgão fracionário já se manifestou nesta linha em controvérsia semelhante:

**“CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERE O PEDIDO DE BLOQUEIO DO SALDO DEVEDOR VIA BACENJUD EM RAZÃO DA VULNERABILIDADE DECORRENTE DA PANDEMIA DE COVID. DECISÃO PROFERIDA DE OFÍCIO. MERAS SUPOSIÇÕES DE QUE OS DEVEDORES ESTARIAM EM SITUAÇÃO FINANCEIRA VULNERÁVEL. EXECUÇÃO QUE DEVE SE REALIZAR NO INTERESSE DO EXEQUENTE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA GARANTIDOS POR MEIO DA POSSIBILIDADE DE OS DEVEDORES IMPUGNAREM EVENTUAL PENHORA. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO” (AI n. 5015170-83.2020.8.24.0000, rela. Desa. Maria do Rocio Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 21.07.2020; destaqueei).**

Ademais, não se pode ignorar que a agravada é uma sociedade limitada e, portanto, nem mesmo poderia ter sido beneficiada pelo auxílio emergencial, direcionado apenas a pessoas físicas ou microempreendedores individuais (art. 2º, Lei 13.982/2020).

Dessarte, considerando ainda que na origem a agravada foi devidamente citada (Evento 24; origem) e se quedou inerte, o interlocutório merece reforma para o fim de deferir-se a medida constritiva com amparo nos arts. 829 e 835, inc. I, do CPC.

No que diz respeito à utilização do sistema auxiliar Serasajud com o escopo de inscrever-se o nome da agravada no cadastro do Serasa, igualmente a insurgência do agravante comporta provimento, porquanto a providência tem alicerce no art. 782, § 3º, do CPC e no Provimento 15/2015 da Corregedoria-Geral da Justiça. A reforçar:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. REQUERIMENTO DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA SERASAJUD. INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERE O PEDIDO DE NEGATIVAÇÃO DO NOME DO EXECUTADO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, MAS DETERMINA QUE O APONTAMENTO DEVA SE DAR PELA EXEQUENTE NO CADASTRO COMPETENTE. EXEGESE DO ART. 782, § 3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INSCRIÇÃO POR MEIO DO CONVÊNIO. REGULAMENTAÇÃO DADA PELO ART. 2º DO PROVIMENTO N. 15/2015 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA. RECURSO PROVIDO.*

*“O magistrado, à requerimento da parte exequente, pode incluir o nome do executado nos órgãos de proteção ao crédito, conforme determinação expressa do art. 782, § 3º, do CPC/15, regulamentada pelo Provimento n. 15/2015 da Corregedoria-Geral de Justiça deste Estado” (TJSC, AI n. 4016509-02.2017.8.24.0000, de São Francisco do Sul, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 17-4-2018)” (AI n. 4026506-09.2017.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 03.07.2018; destaquei).*

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e dar-lhe provimento para o fim de deferir os pedidos de penhora *online* de ativos financeiros da agravada e de inscrição de seu nome no rol de inadimplentes do Serasa por meio do sistema auxiliar Serasajud.

**Desembargador SAUL STEIL**

**Relator**

## QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### **APELAÇÃO Nº 0300511-10.2014.8.24.0027/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO

APELANTE: ENEIDA TEREZINHA GOMES DE OLIVEIRA

APELANTE: EDNEA TEREZINHA GOMES DE OLIVEIRA

APELADO: UBRASP UNIAO BRASILEIRA DOS SERVIDORES PUBLICOS

APELADO: INVESTPREV SEGURADORA S.A.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE PENSÃO MENSAL PELO PERÍODO DE 15 (QUINZE ANOS) E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

IRRESIGNAÇÃO DAS REQUERENTES. ALEGAÇÃO DE QUE O VÍNCULO ENTRE A GENITORA DAS RECORRENTES/BENEFICIÁRIAS NUNCA FOI EXTINTO. VALORES (PRÊMIO) QUE FORAM COBRADOS EM FOLHA DE PAGAMENTO APÓS AGOSTO DE 1998. RESGATE DAS RESERVAS MATEMÁTICAS NÃO COMPROVADO. SENTIMENTO DE INDIGNAÇÃO, REVOLTA, FRUSTRAÇÃO E DISSABORES SUPOSTOS PELAS APELANTES E FAMÍLIA QUE DÃO SUPORTE AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

INSUBSISTÊNCIA. BENEFÍCIOS PRETENDIDOS QUE NÃO ESTÃO EVIDENCIADOS NOS PACTOS. ADESÃO DA PARTICIPANTE SEM INDICAÇÃO CLARA DOS BENEFÍCIOS. VIGÊNCIA DE CONTRATO NÃO EVIDENCIADA. PACTO ASSINADO POSTERIORMENTE PELA MÃE DAS REQUERENTES EM JULHO DE 1985 SEM NENHUMA PREVISÃO DE PAGAMENTO DE PENSÃO MENSAL AOS BENEFICIÁRIOS. AUTORAS QUE JÁ FORAM BENEFICIADAS COM O PAGAMENTO DO PECÚLIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO MÍNIMA DO DIREITO DEFENDIDO PELA PARTE AUTORA, NO SENTIDO DE QUE FAZEM JUS À PERCEPÇÃO MENSAL DE UMA PENSÃO MENSAL.

*Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 373, CPC)” (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. v. 2. p. 125-6 e 130).*

HONORÁRIOS RECURSAIS. EXEGESE DO ART. 85, §11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXIGIBILIDADE SUSPensa A TEOR DO ART. 98, §3º DO CPC.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do Recurso de Apelação e negar-lhe provimento. Fixar honorários recursais nos termos

da fundamentação, em favor dos patronos das partes requeridas/apeladas, nos termos do artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil, ficando, todavia, suspensa a sua exigibilidade, diante do benefício da justiça gratuita concedida às requerentes (art. 98, §3º do CPC), nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de janeiro de 2021.

**Desembargador JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Em atenção aos princípios da economia e da celeridade processual, adoto o relatório da sentença de fls. 01/06 do evento 65 dos autos de origem, por retratar com fidedignidade a tramitação da ação naquela instância:

*“Eneida Terezinha Gomes de Oliveira e Edna Terezinha Gomes de Oliveira, devidamente qualificadas nos autos, ajuizaram a presente ação de cobrança cumulada com pedido de indenização por danos morais em face de Investprev Seguradora S/A e de UBRASP – União Brasileira dos Servidores Públicos, igualmente qualificadas.*

*Na inicial, as autoras relatam que sua genitora aderiu, em 30.05.1980, a um plano de pecúlio vitalício sob o contrato nº 0188585, firmado por ela com a Montepar, o qual previa que depois do óbito da contratante os beneficiários receberiam pensão durante 15 anos, esclarecendo, ainda, que a Montepar atualmente denomina-se UBRASP e que parte dos valores descontados dos contratantes são transferidos à Investprev desde 1995.*

*Referem que a genitora faleceu em 08.08.2013 e que receberam a quantia de R\$ 26.000,00 da ré Ubrasp e de R\$ 9.808,57 da ré Investprev, em parcelas únicas, sendo este último valor dividido entre os três beneficiários indicados pela contratante. Contudo, afirmam fazer jus ao recebimento de pensão mensal no valor equivalente ao salário-base percebido pela contratante antes do óbito, o que foi negado pelas rés. Além disso, pleiteiam uma indenização pelos danos morais sofridos em decorrência da negativa recebida.*

*Requereram, ao final, a procedência dos pedidos deduzidos na inicial. Realizaram os demais requerimentos de praxe, valoraram a causa e colacionaram documentação pertinente.*

*A gratuidade foi deferida às autoras à fl. 89. Citadas, as requeridas apresentara contestação.*

*A ré Investprev Seguros e Previdência S/A, às fls. 103-144, referiu que a genitora das autoras aderiu a Plano de Benefícios Conjugados do Montepio Nacional dos Servidores Públicos – MONTEPAR, em 09.03.1973, sendo que referido plano previa pagamento de pecúlio por morte natural, acidental ou invalidez, pensão por morte, por invalidez e aposentadoria mensal, o qual foi alterado pelas propostas de nº 20519 e 244806, apenas com modificação de nível. Diz que em maio de 1990 a titular requereu o resgate das reservas matemáticas dos benefícios, manifestando intenção no prosseguimento das demais coberturas, tendo o pagamento da quantia de Cr\$ 2.269,25 sido realizado em favor dela em 22.05.1990. Aduz que em dezembro de 1997 o Governo do Estado do Paraná suspendeu o convênio que autorizava o desconto em folha, pelo quê os participantes dos planos foram comunicados, através de correspondência, no sentido de que os pagamentos poderiam ser feitos por boleto ou mediante depósito, contudo, como a mãe das autoras permaneceu inerte, o vínculo foi*



*extinto por falta de pagamento. Paralelamente, a mãe das autoras aderiu a plano de previdência privada em 12.07.1985 com cobertura de pecúlio simples por morte e renda mensal de aposentadoria por sobrevivência, tendo solicitado o resgate das reservas matemáticas do plano de renda mensal em 18.07.1997, em razão do quê recebeu R\$ 1.977,00 em 16.12.1997. Como optou por manter a contribuição destinada aos demais benefícios do plano, permaneceu ativa apenas a cobertura de pecúlio. Nestes termos, defendeu que nenhum outro valor é devido às requerentes, porque já receberam as indenizações a que faziam jus (pecúlio). Requereu a improcedência da ação, inclusive com relação ao pedido de indenização por dano moral, porque nenhum ato ilícito foi praticado. Réplica às fls. 150-158. A ré Ubrasp, na sua vez (fls. 159-258), arguiu preliminarmente a ilegitimidade para compor o polo passivo da demanda porque não detém nenhuma responsabilidade sobre os contratos firmados pela Montepar. No mérito, reforçou sua ilegitimidade e sua condição de mera estipulante, requerendo a extinção do processo e, alternativamente, a improcedência dos pedidos. Houve réplica (fls. 263-268). Instadas as partes sobre o interesse na produção de provas, a ré Investprev requereu a produção de perícia atuarial. A parte autora requereu o julgamento antecipado da lide e a ré Ubrasp permaneceu silente. Indeferida a produção da perícia, foi determinada a complementação da prova documental (fl. 278). Dos documentos juntados, apenas a autora se manifestou e, em seguida, vieram os autos conclusos.*

Por conseguinte, sobreveio sentença, tendo a Magistrado singular o feito nos seguintes termos:

*“Ante o exposto:*

*(i) JULGO EXTINTO o processo com relação à requerida UBRASP – União Brasileira dos Servidores Públicos, por reconhecer a sua ilegitimidade passiva, o que faço nos termos do art. 485, VI, do CPC;*

*(ii) JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados por Eneida Terezinha Gomes de Oliveira e Edna Terezinha Gomes de Oliveira em face de Investprev Seguradora S/A, nos moldes do art. 487, inc. I, do CPC.*

*Custas e honorários pela parte autora, os quais arbitro em R\$ 2.000,00 em favor dos procuradores da ré Investprev e R\$ 1.000,00 em favor da ré UBRASP, consoante exegese do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC. Observe-se, contudo, que as autoras litigam sob o benefício da Justiça Gratuita.*

*P.R.I.”*

Irresignadas, as requerentes interpuseram Recurso de Apelação (fls. 01/10 do evento 70), sustentando, em síntese, que: a) “a Interprev alega que a titular do plano não manteve contrato para pagamento de pensão a quaisquer beneficiários porque, com relação ao primeiro pacto firmado (em 09.03.1973 – fl. 137), teria ela deixado de efetuar os pagamentos e, por isso, o vínculo restou extinto”. Contudo, “como bem esclarecido em manifestação apresentada às fls. 286-287, as cobranças continuaram a serem feitas, sem interrupções, conforme se verifica nas folhas de pagamento juntadas às fls. 52/76”; b) “os descontos continuaram a ser feitos pela UBRASP, perante a qual o processo foi extinto sem resolução do mérito em razão do reconhecimento de ilegitimidade passiva”; c) “tento a apelada continuado a proceder os descontos no holerite da genitora das apelantes após agosto de 1998 (momento em que a apelada Investprev alega ter ocorrido o cancelamento do contrato por falta de pagamento), criou-se a expectativa que também ela seria responsável por tal pagamento”; d) “quanto à alegação da apelada Interprev de que no plano original foram feitas apenas alterações de nível,

mediante a celebração das propostas n. 205219 e 244806, anexadas, respectivamente às fls. 139/140 e 141/142, não há o que discutir. Ressalta-se, porém, que em ambas as propostas há a indicação de beneficiários e, frise-se, como bem se verifica dos documentos juntados às referidas folhas, tais beneficiários teriam direito a recebimento de pensão que seria paga durante 15 anos consecutivos”; e) “alega a requerida que em relação ao plano inicial, objeto das propostas de fls. 137/142, foi pago a mãe da Requerente, em 22 de maio de 1990, a importância de Cr\$ 2.269,25 mediante depósito em sua conta corrente, referente ao resgate das reservas matemáticas de benefícios a conceder, como dão conta os documentos de fls. 131/132. Contudo, o aludido recibo de pagamento apresentado à fl. 132 sequer se encontra assinado, não comprovando, portanto, que efetivamente houve o referido pagamento”; f) “o sentimento de indignação, revolta, frustração e dissabores suportados pelas Apelantes e família são enormes, pois estas presenciaram a mãe pagando mês a mês uma garantia de vida para suas filhas, garantia esta que lhes foi negada”.

Ao final pugnaram a reformar in totum da sentença para acolher os pedidos da exordial. Contrarrazões - eventos 75 e 76.

Este é o relatório.

## VOTO

*Ab initio*, sobreleva consignar que a sentença objurgada foi prolatada no dia 28.05.2018 (fl. 01/06 do evento 65) e publicada em 13.06.2018 (“certidão 79”), ou seja, sob a vigência do Diploma Processual Civil de 2015, atraindo, portanto, a aplicação do Enunciado Administrativo n. 3 da Corte da Cidadania à hipótese em análise, *in verbis*:

*Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

No mais, o recurso de apelação interposto é cabível, tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, no entanto, conforme razões que se passa a expor, o mesmo resta prejudicado.

### Preliminarmente

#### Da alegada legitimidade da requerida UBRASP – União Brasileira dos Servidores Públicos

Em sede preliminar, as recorrentes sustentam a legitimidade passiva da segunda requerida UBRASP – União Brasileira dos Servidores Públicos.

Razão não lhe assiste.

O Superior Tribunal de Justiça fixou entendimento no sentido de que, em regra, o estipulante

não é responsável pelo pagamento da indenização securitária, visto que atua na condição de mandatário do segurado:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. AÇÃO DE COBRANÇA. ESTIPULANTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA.1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já estabeleceu que, em regra, o estipulante não é o responsável pelo pagamento da indenização securitária, visto que atua apenas como interveniente, na condição de mandatário do segurado, agilizando o procedimento de contratação do seguro.2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1439696/CE, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018 - grifo meu).*

*“SEGURO DE VIDA EM GRUPO. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ESTIPULANTE QUE FOI AFASTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA STJ/7.*

*1.- Como regra, o estipulante não é responsável pelo pagamento da indenização, por atuar apenas como interveniente, agilizando o procedimento de contratação do seguro, vale dizer, na condição de mandatário do segurado.*

*2.- Embora não se desconheça que, excepcionalmente, possa ser atribuído ao estipulante a responsabilidade pelo pagamento da indenização, em razão de mau cumprimento do mandato ou quando cria nos segurados a legítima expectativa de ser ele o responsável por esse pagamento, na hipótese, as premissas fáticas que conduziram o Colegiado estadual a entendimento diverso não podem ser revistas em âmbito de Recurso Especial, a teor do enunciado 7 da Súmula desta Corte.*

*3.- Agravo Regimental impróvido.” (AgRg no REsp 1281529/SP, Min. Sidnei Beneti) [sem grifo no original].*

Nesse sentido, “a regra acerca da legitimidade nas ações que buscam indenização securitária é aquela segundo a qual quem deve ter nelas assento é a própria seguradora, reservada a inclusão da estipulante em situações excepcionais, com a prova de que dita negativa ocorrera em razão de proceder culposo desta última ou quando cria legítima expectativa nos segurados de que é responsável pela indenização” (AC n. 2010.016557-2, Des. Henry Petry Junior).

*In casu, como bem delineado pela Julgadora a quo “apesar de mencionado na inicial um pagamento realizado pela estipulante, no valor de R\$ 26.000,00, não há uma única prova nos autos que o confirme. A autora limitou-se a afirmá-lo, a corré só menciona o pagamento que ela própria realizou e a requerida Ubrasp não fez nenhuma referência de que tenha pago alguma quantia em favor das requerentes. Importante referir, ainda, o teor do ofício de fls. 77-78, enviado pela SUSEP à autora Eneida, de onde é possível retirar a afirmação de que a Ubrasp não é responsável pelo pagamento do benefício subscrito pela genitora porque atuava apenas como estipulante”.*

Assim, não merece reparos a sentença desafiada.

### **Mérito**

Trata-se de “*Ação de Cobrança c/c Danos Morais*”, onde as autoras postulam a condenação da parte ré ao pagamento de pensão pelo prazo de 15 anos, bem como ao pagamento de indenização por danos morais.

Na petição inicial narraram que a genitora das suplicantes em 30.05.1980 aderiu “*a um plano de pecúlio vitalício sob o contrato n. 0188585, firmado por ela com a Montepar, o qual previa que depois do óbito da contratante os beneficiários receberiam pensão durante 15 anos*”.

Destacaram que a Montepar “*atualmente denomina-se UBRASP e que parte dos valores descontados dos contratantes são transferidos à Investprev desde 1995.*”

Referem que “**a genitora faleceu em 08.08.2013 e que receberam a quantia de R\$ 26.000,00 da ré Ubrasp e de R\$ 9.808,57 da ré Investprev**, em parcelas únicas, sendo este último valor dividido entre os três beneficiários indicados pela contratante”.

Dos documentos constantes dos autos extraio que “*Wilma Maria Checchia, genitora das autoras, aderiu, em 09 de março de 1973, através da Proposta de Participante de n. 121951, nível 16, Plano de Benefícios Conjugados do Montepio Nacional dos Servidores Públicos – MONTEPAR (Plano 0200 e 0300)*”.

O Plano de Benefícios originalmente contratado assegurava a Sra. Wilma as coberturas de “*pecúlio por morte natural, acidental ou invalidez, pensão por morte, pensão por invalidez e aposentadoria mensal*”.

Posteriormente, o plano original foi alterado, mediante a celebração das propostas ns. 205219 e 244806, oportunidades em que ocorreram apenas alteração de nível.

Sendo que em **maio de 1990** a Sra. Wilma requereu o resgate das reservas matemáticas dos benefícios. Assim, na data de 22 de **maio de 1990** foi efetuado o pagamento do resgate a Sra. Wilma, conforme Processo de Resgate nº 42817 (documentação inclusa), tendo esta recebido a importância de Cr\$ 2.269,25 (dois mil, duzentos e sessenta e nove cruzeiros e vinte e cinco centavos), mediante depósito em sua conta corrente (**comprovante – informação 36**).

Sobre o desconto dos pagamentos através de consignação em folha, esclareceu a parte ré que “*a partir do mês de dezembro de 1997 o Governo do Estado do Paraná suspendeu o convênio de arrecadação que permitia o desconto em folha dos servidores públicos do estado, estando incluída neste rol a participante*” genitora das requerentes Sra. Wilma.

Restou comprovado nos autos o envio em 10.03.1998 de carta/notificação à associada dando-lhe ciência quanto ao encerramento do desconto em folha de pagamento (**informação 34**). Nesse ponto, sustentou a ré que diante da inércia da contratante na data de **31 de agosto de 1998** ocorreu o cancelamento das demais coberturas decorrentes do plano originalmente contratado no ano de 1973.

A versão é verossímil.

Isto porque, em **12 de julho de 1985**, houve contratação de um novo plano de previdência privada, de número 9160, através da proposta de participante n. 140455. Tal plano foi aprovado pela Susep no processo n. 001.011183/79. Além disso, o novo contrato justifica o porquê da continuação de descontos em folha da pagamento da contratante, ao que me parece, possuía origem em um novo contrato, ou seja, diverso daquele original.

Em **18 de Julho de 1997** a Sra. Wilma solicitou o resgate da reserva matemática do plano de renda mensal, conforme requerimento de resgate em anexo. O valor, na importância de R\$ 1.977,00, foi pago a Sra. Wilma em 16 de dezembro de 1997 (**comprovante – informação 38**).

Após o resgate, a Sra. Wilma optou por manter o pagamento da parte da contribuição destinada aos demais benefícios do plano. Assim, a partir do resgate, a Sra. Wilma passou a contribuir tão somente para fazer jus à cobertura de pecúlio.

No mês de agosto de 2013, a contestante recebeu aviso de sinistro comunicando o óbito da Sra. Wilma, ocorrido em 08 de agosto de 2013 e procedeu ao pagamento do pecúlio, cujo valor vigente importava na quantia de R\$ 9.808,57.

Portanto, ao meu sentir, o benefício vigente à época foi devidamente quitado pela contestante.

Desse modo, a utilização de fragmentos da fundamentação utilizada pelo julgador monocrático como motivação para embasamento da decisão referente ao mérito da insurgência é plenamente possível, em vias de evitar repetição e em prestígio aos princípios da celeridade e economia processual, entendimento, inclusive, referendado pelas Cortes Superiores:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO STJ E DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.*

*[...] 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil, admite o emprego de motivação per relationem, a fim de evitar tautologia, reconhecendo que tal técnica se coaduna com o art. 93, IX, da Constituição Federal.*

*6. Constam no acórdão recorrido as razões pelas quais o juízo declarou a nulidade do processo administrativo disciplinar, o qual possibilitou o exercício regular do contraditório e da ampla defesa.*

*7. Ademais, não há falar em nulidade por não estar a decisão monocrática do relator no Tribunal de origem integrada nas hipóteses previstas no art. 932, IV, do CPC/2015, haja vista que o posterior julgamento do Agravo Interno pelo Colegiado saneia eventual irregularidade processual.*

*8. O STJ consolidou jurisprudência no sentido de que a declaração de nulidade de atos processuais depende da demonstração do efetivo prejuízo, o que não ocorreu, na hipótese, em observância ao princípio pas de nullité sans grief.*

*9. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 1777961/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 02/08/2019).*

*Ad argumentandum tantum*, registra-se que a vedação trazida pelo art. 1.021, § 3º do CPC/2015 teve sua aplicação mitigada pela jurisprudência da Corte da Cidadania, porquanto “A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 1.021, §3º do CPC/2015, assentou que o dispositivo não impõe ao julgador a obrigação de reformular a decisão agravada para, em outros termos, reiterar seus fundamentos, notadamente diante da falta de argumento novo deduzido pela parte recorrente”. (Embargos de declaração no Agravo em Recurso Especial nº 980.631, Rel. Ministra Regina Helena Costa, DJE de 22.5.2017).

Verifica-se, portanto, que contribuindo para a superação dos obstáculos à concretização do ‘princípio da eficiência’, os tribunais vêm decidindo que:

I) “Não é nula a decisão sucintamente fundamentada, desde que contenha o essencial” (STJ: REsp n. 7.870, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

II) “Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação ‘per relationem’, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir” (STF: T-2, EDclAgRgAI n. 825.520, Min. Celso de Mello; AgRgAgRE n. 727.030, Min. Gilmar Mendes; T-1, AgRgAgRE n. 1.024.997, Min. Roberto Barroso; AgRgRE n. 614.967, Min. Luiz Fux).

Assim, a fim de evitar tautologia, utilizo-me de parte dos fundamentos da sentença:

*De início, importa destacar que os benefícios contratados não estão evidenciados nos pactos. Eles revelam a adesão da participante sem indicação clara dos benefícios que eles criavam (veja-se dos instrumentos juntados às fls. 130, 137, 139-140, 141).*

*Dos resgates de reservas matemáticas demonstrados, também não é possível vislumbrar quais benefícios continuaram a receber contribuição da mãe das autoras.*

*De fato, consta no verso do instrumento de fl. 139-140 a livre indicação de beneficiários (as autoras e um terceiro) para pagamento de pensão por 15 anos, sem especificar a que título se daria referido pagamento ou mesmo qual o termo inicial e fato gerador.*

*Ocorre que, além de a vigência deste contrato não estar evidenciada, outro foi assinado posteriormente pela mãe das requerentes em 12.07.1985 (fl. 130), e nele não há nenhuma previsão de pagamento de pensão mensal aos beneficiários. Como apenas uma mensalidade era paga pela participante (vide fls. 57-76), é de se concluir que apenas o último contrato vigorava ao tempo da sua morte.*

*No mais, verifica-se que a parte autora já foi beneficiada com o pagamento do pecúlio, conforme regulamento de fl. 143.*

*Logo, vislumbra-se do processo que não há demonstração mínima do direito defendido pela parte autora, no sentido de que faz jus à percepção mensal de uma pensão.*

*Importa anotar, ao derradeiro, que a inversão do ônus da prova não serviria para modificar esta conclusão, uma vez que a parte autora não se exime de demonstrar o seu direito ainda que minimamente.*

*No mais, não vislumbro dos autos a prática de ato ilícito capaz de gerar abalo moral indenizável”.*



Portanto, aos fundamentos da sentença nada seria necessário acrescentar. Apenas para reforçá-los, anoto que “*ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 373, CPC)*” (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. v. 2. p. 125-6 e 130).

Em dado cenário, denota-se que o conjunto probatório amealhado aos autos não permite concluir, com a certeza que houve pacto com previsão de pagamento de pensão mensal aos beneficiários.

Ao contrário, há nos autos informação concreta do quando do encerramento do primeiro contrato. E, em relação ao segundo pacto firmado em 12.07.1985 (fl. 130) não há previsão de pagamento de pensão mensal aos beneficiários.

Repiso que a notificação de encerramento de desconto em folha de pagamento, bem como os resgates da reserva matemática, restaram comprovados.

Logo, como bem se vê, as demandantes não se desincumbiram do ônus que sobre si recaía, deixando de produzir qualquer prova acerca do fato constitutivo do seu direito, nos termos do 373, inciso I do Código de Processo Civil de 2015, o que não autoriza o acolhimento dos pedidos iniciais.

Provar, sabidamente, é indispensável para o êxito da causa. Se aquele que tem o ônus de demonstrar o fato constitutivo do seu direito não consegue se desincumbir satisfatoriamente de tal encargo, e se a prova atinente aos seus interesses não vem aos autos por qualquer outro meio, não há como proclamar um édito de procedência em seu favor (grifei) (TJSC, Apelação Cível n. 0003593-29.2012.8.24.0016, de Capinzal, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 05-11-2018).

Logo, pelos fundamentos alinhavados, a sentença deve ser mantida tal qual lançada.

### **Dos Honorários Recursais**

Em relação aos honorários recursais, nos termos do Enunciado Administrativo n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a decisão combatida foi publicada após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, cabível o arbitramento de honorários pelo trabalho adicional do advogado em grau recursal, por força do que dispõe o seu art. 85, §§ 1º e 11.

Assim, a teor da orientação do Superior Tribunal de Justiça, proferida (EDcl no AgInt no REsp n. 1.573.573/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze), no caso, considerando o desprovimento do recurso manejado pelas Requerentes/Apelantes, reconhece-se a necessidade de arbitramento de honorários advocatícios recursais em prol dos patronos das partes Requeridas/Apeladas.

Nesse viés, levando em conta que os honorários advocatícios foram estabelecidos em valores,

os recursais também devem seguir o mesmo parâmetro, arbitrando-se os honorários recursais em R\$ 400,00 (quatrocentos reais), em favor dos patronos das requeridas, nos termos do artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil, ficando, todavia, suspensa sua exigibilidade, em razão do benefício da gratuidade da justiça deferida às Requerentes/Apelantes, nos termos do art. 98, §3º do CPC.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do Recurso de Apelação e negar-lhe provimento. Fixar honorários recursais nos termos da fundamentação, em favor dos patronos das partes requeridas/apeladas, nos termos do artigo 85, §§ 1º e 11, do Código de Processo Civil, ficando, todavia, suspensa a sua exigibilidade, diante do benefício da justiça gratuita concedida às requerentes (art. 98, §3º do CPC).

**Desembargador JOSÉ AGENOR DE ARAGÃO**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0301812-54.2016.8.24.0016/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS

APELANTE: TIO CARLO TRANSPORTES E COMERCIO LTDA (RÉU)

ADVOGADO: ANA PAULA MICHELON FASSINA (OAB RS077830)

APELADO: LOG MASTER TRANSPORTES E SERVICOS LTDA (AUTOR)

ADVOGADO: JULIO CESAR OLTRAMARI (OAB SC042825)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGRESSO. TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA. PRODUTOS DEVOLVIDOS PELOS DESTINATÁRIOS APÓS A CONSTATAÇÃO DE AVARIAS. PREJUÍZO ARCADADO PELA AUTORA, TRANSPORTADORA QUE TERCEIRIZA O TRANSPORTE. DEMANDA PROPOSTA CONTRA O TRANSPORTADOR TERCEIRIZADO E A PROPRIETÁRIA DA CARRETA UTILIZADA. ALMEJADO RESSARCIMENTO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO DE AMBOS OS DEMANDADOS, DE FORMA SOLIDÁRIA, AO REEMBOLSO DOS DANOS COMPROVADOS. RECURSO DA SEGUNDA RÉ.

RECORRENTE QUE ARGUMENTA NÃO TER NENHUMA RELAÇÃO COM A AUTORA. ACOLHIMENTO. PARTICIPAÇÃO DA RÉ QUE SE LIMITOU A LOCAR A CARRETA (E NÃO O CAMINHÃO) PARA O TRANSPORTADOR TERCEIRIZADO PELA AUTORA, ASSUMINDO ESTE A RESPONSABILIDADE PELOS RISCOS RELATIVOS À CARGA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR DANOS ADVINDOS DO TRANSPORTE QUE SE RESTRINGE À TRANSPORTADORA CONTRATANTE E AO TRANSPORTADOR CONTRATADO. ARTS. 7º E 8º DA LEI N. 11.442/2007. INADIMPLEMENTO DO TRANSPORTADOR TERCEIRIZADO PERANTE A CONTRATANTE QUE NÃO PODE COBRIGAR PESSOA ESTRANHA À RELAÇÃO COMERCIAL POR ELES TRAVADA. RESPONSABILIDADE DA RÉ AFASTADA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 06 de maio de 2021.

**Desembargador HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Log Master Transportes e Serviços Ltda ajuizou “*ação de cobrança*” contra Emerson Herves Borges e Tio Carlo Transporte e Comércio Ltda alegando que a) contratou os requeridos para realizarem o transporte de carga frigorífica de Curitiba/PR para Paraúpebas/PB (conhecimentos de frete n. 4554, 4554, 4554 e 4555), cujas despesas foram integralmente por si custeadas; b) duas empresas destinatárias constataram avarias na mercadoria, por conta de problema com o resfriamento aplicado, e optaram por proceder à devolução dos produtos (notas fiscais de entrega n. 20.730, no valor de R\$ 7.280,00; e n. 16.555, no valor de R\$ 11.226,04); c) embora o prejuízo tenha alcançado a monta de R\$ 18.506,04, ressarcido às compradoras, os requeridos efetuaram o reembolso de apenas R\$ 4.712,72, causando-lhe dano de R\$ 13.793,32, decorrente de falha na prestação do serviço. Requereu a condenação de ambos, de forma solidária, ao pagamento de indenização por dano material, no importe indicado, acrescido de juros e correção monetária.

Em contestação, a segunda ré suscitou sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que apenas alugou para o primeiro réu a carreta utilizada para o transporte em questão, mediante contrato já rescindido, pelo qual ele se responsabilizou por todos os riscos ao veículo e à carga, inclusive perante terceiros. Nesse sentido, disse não haver nexos causal entre a sua conduta e os danos suportados pela autora, com a qual não fez qualquer negócio, e referiu ser da autora a responsabilidade pelas avarias verificadas nos produtos. No mais, impugnou a alegação de prejuízo, aduzindo que os defeitos não ficaram comprovados, e pontua a existência de investigação da Polícia Federal atinente à comercialização de carne estragada, sugerindo que a mercadoria em questão já foi carregada com esse problema. Pleiteou a) o acolhimento da preliminar; b) subsidiariamente, a improcedência do pedido; c) se acolhido, a dedução da quantia correspondente ao seguro da carga (RCTC-C) e a declaração de que sua obrigação é subsidiária à do primeiro réu; e d) a condenação da autora por litigância de má-fé (PG, Ev. 26, PET37).

Citado por edital (PG, Ev. 67/69), Emerson Herves Borges não se manifestou. Nomeado curador especial (PG, Ev. 85), este contestou o feito por negativa geral (PG, 90, CONT91).

Houve réplica (PG, Ev. 92, RÉPLICA93).

Intimadas (PG, Ev. 95), as partes silenciaram a respeito da dilação probatória.

Na sentença (PG, Ev. 101, SENT99), inicialmente, o magistrado afastou a tese de ilegitimidade passiva, por entender que a segunda ré responde objetiva e solidariamente “*por eventuais prejuízos decorrentes da má-fruição/utilização da coisa*” (p. 2) que alugou ao primeiro réu. No mérito, ponderou que o contrato de transporte constitui obrigação de resultado e consignou haver prova da constatação de avarias nos produtos em relação à empresa “*Is. Campos Atacadista e Distribuidora*”, mas não quanto à “*V. Coelho Menezes Eireli Epp*”, ponderando que a parte ré não logrou demonstrar que os problemas já existiam na origem da carga. Assim, o pedido foi julgado parcialmente procedente, para condenar os requeridos ao pagamento de R\$ 11.226,04, com juros desde a citação e correção monetária a partir do efetivo prejuízo (18/11/2016). Dada a sucumbência recíproca, cada parte foi condenada ao custeio de metade das despesas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação.

A segunda ré apelou (PG, Ev. 113, APELAÇÃO108). Em suas razões, sustenta que a conclusão do togado a respeito de sua responsabilidade solidária decorre da compreensão equivocada de que o caminhão que transportava a mercadoria considerada avariada (placas IBV-8478) era de sua propriedade, o que não é verdade, já que é proprietária apenas da carreta (placa IGM-8473). Assinala que a propriedade do caminhão pertence ao primeiro réu, que foi o único a negociar e firmar com a autora o contrato de transporte. No mais, repisa as assertivas apresentadas com a contestação. Requer a reforma da sentença, para que se reconheça a sua ilegitimidade passiva, e, não sendo esse o caso, almeja a dedução da quantia correspondente ao seguro da carga e a declaração de que sua obrigação é subsidiária à do primeiro réu.

O apelo é tempestivo e o preparo foi recolhido (PG, Ev. 113, APELAÇÃO120/121). Com as contrarrazões (PG, Ev. 118, CONTRAZAP1), 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 de admissibilidade, conhece-se do recurso.

A apelante almeja o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, cuja consequência seria a extinção do feito. No entanto, este julgamento se dará no sentido de resolver o mérito em seu favor, de modo a atrair a incidência dos arts. 485 c/c 488, ambos do CPC.

O caso *sub judice* trata de pretensão regressiva, em que a autora, na condição de transportadora que terceirizou serviço para o qual foi contratada, é solidariamente responsável com o transportador que ela contratou, tendo por isso ressarcido as compradoras. É o que dispõe a Lei n. 11.442/2007. Veja-se:

*Art. 7o Com a emissão do contrato ou conhecimento de transporte, a ETC [Empresa de Transporte Rodoviário de Cargas] e o TAC [Transportador Autônomo de Cargas] assumem perante o contratante a responsabilidade:*

*I - pela execução dos serviços de transporte de cargas, por conta própria ou de terceiros, do local em que as receber até a sua entrega no destino;*

*II - pelos prejuízos resultantes de perda, danos ou avarias às cargas sob sua custódia, assim como pelos decorrentes de atraso em sua entrega, quando houver prazo pactuado.*

*Parágrafo único. No caso de dano ou avaria, será assegurado às partes interessadas o direito de vistoria, de acordo com a legislação aplicável, sem prejuízo da observância das cláusulas do contrato de seguro, quando houver.*

*Art. 8o O transportador é responsável pelas ações ou omissões de seus empregados, agentes, prepostos ou terceiros contratados ou subcontratados para a execução dos serviços de transporte, como se essas ações ou omissões fossem próprias.*

*Parágrafo único. O transportador tem direito a ação regressiva contra os terceiros contratados ou subcontratados, para se ressarcir do valor da indenização que houver pago.*

Não se versa sobre hipótese em que o transportador contratante tem de indenizar terceiro e depois busca o ressarcimento com o transportador contratado. Nesta lide, a única prejudicada foi a autora, pois a mercadoria foi devolvida e por isso ela deixou de receber o valor referente à entrega. No entanto, a ambos os casos aplica-se a mesma lógica, qual seja, de que aquele que terceiriza serviço de transporte é também responsável por eventuais prejuízos decorrentes da execução do serviço.

Destarte, não há que se discutir a responsabilidade da autora e do primeiro réu, prevista em legislação específica.

Em contrapartida, a responsabilização da terceira ré, empresa que apenas locou ao primeiro réu a carreta utilizada para execução do serviço (e não o caminhão, como afirmado pelo juízo a quo) - placa IGM-8473 - PG, Ev. 1, INF5, p. 3 -, não encontra respaldo legal ou contratual.

Com efeito, do contrato firmado pela apelante e Emerson Herven Borges, cujo objeto é a *“locação do veículo [...], para uso estacionário, com pneus e com aparelho de refrigeração acoplado (Thermo King SB III) já vistoriado pelas partes”* (cláusula 1ª - PG, Ev. 25, INF35), consta que o locatário responsabilizou-se, a partir da entrega do veículo, *“por todos os riscos relativos ao veículo e/ou à carga transportada, inclusive perante terceiros”* (cláusula 9ª - PG, Ev. 25, INF35/36).

Logo, vê-se que o primeiro réu, no gozo de sua autonomia, assumiu integralmente a responsabilidade por eventuais problemas causados pelo uso do veículo alugado, o que é de praxe e constitui condição importante para a locação de qualquer bem, especialmente automóveis.

Também não se deixa de reparar que, em tese, a apelante e o locatário pactuaram que o uso da carreta seria apenas estacionário, o que sugere que ele sequer tinha autorização para utilizá-lo em viagem pela qual cruzou o País de Sul a Norte.

Vale consignar que a legislação supracitada autoriza que o transportador autônomo faça uso de veículo arrendado (art. 2º, § 1º, I) e nada delibera sobre a obrigação do arrendador no que toca à carga transportada.

Outrossim, interessante salientar que, na petição inicial, a própria demandante afirma não saber se as avarias nos produtos foram causadas por *“uso incorreto dos equipamentos de resfriamento [...] e/ou problemas no sistema de refrigeração da carreta”* (PG, Ev. 1, PET1, p. 2). Como ela não requereu a produção de prova para elucidação dessa circunstância, também não se pode culpar a proprietária sob a perspectiva de que o veículo apresentava vício oculto. De qualquer forma, essa é uma discussão que caberia entre locadora e locatário, apenas.

Ressalta-se, no particular, que a apelante e a autora não celebraram qualquer negócio. O contrato de transporte foi firmado unicamente entre a Log Master e o primeiro réu, proprietário do



caminhão (PG, Ev. 1, INF5), cujo inadimplemento não pode acabar co-obrigando pessoa estranha à relação contratual.

Embora não se ignore a possibilidade de responsabilização objetiva do proprietário de veículo por danos resultantes do uso do bem por terceiro, isso não pode ocorrer no âmbito de uma relação comercial pela qual este deliberadamente se obrigou, de forma exclusiva, por tais prejuízos, ainda mais por estarem estes vinculados a outro negócio jurídico, de prestação de serviço, do qual não fez parte o proprietário do automóvel.

Em outras palavras, cuidando-se de ilícito contratual praticado pelo primeiro réu enquanto locatário de veículo, não há falar em responsabilidade solidária ou subsidiária da locadora da carreta.

Portanto, o recurso deve ser acolhido e a sentença reformada, para julgar improcedente o pedido em relação à segunda ré.

Por conseguinte, condena-se ao pagamento de honorários advocatícios ao procurador da apelante, ora fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa, em atenção aos critérios do art. 85, § 2º, do CPC. Não cabe o arbitramento de honorários recursais, tendo em vista o provimento do apelo (vide STJ, EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

**Desembargador HELIO DAVID VIEIRA FIGUEIRA DOS SANTOS**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0308301-34.2016.8.24.0008/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ FELIPE SCHUCH

APELANTE: VALDECI ABREU (AUTOR)

APELADO: BANCO BRADESCO S.A. (RÉU)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETENÇÃO INDEVIDA DE VERBA SALÁRIO EM CONTA BANCÁRIA DE TITULARIDADE DO AUTOR. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO DEMANDANTE.

DANOS MORAIS. ALEGADA A CONFIGURAÇÃO DE ABALO MORAL INDENIZÁVEL. TESE ACOLHIDA. RETENÇÃO INDEVIDA DA INTEGRALIDADE DE SALÁRIO DO CORRENTISTA PARA QUITAÇÃO DE DÉBITOS PRESCRITOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. VILIPÊNDIO À IMPENHORABILIDADE DO SALÁRIO. ART. 7º, INCISO X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 833, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUTOR QUE NECESSITOU DO AUXÍLIO DE TERCEIROS PARA ARCAR COM DESPESAS INERENTES AO MÍNIMO EXISTENCIAL. SITUAÇÃO QUE OFENDE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ABALO MORAL EVIDENCIADO. DEVER DE REPARAR CONFIGURADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. REFORMA DA SENTENÇA.

QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO CONFORME AS CIRCUNSTÂNCIAS *SUB EXAMINE* E OS RECENTES JULGADOS DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA, GUARDANDO O NECESSÁRIO CARÁTER PEDAGÓGICO E INIBIDOR AO CASO CONCRETO. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. JUROS DE MORA A CONTAR DA CITAÇÃO, ANTE A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO.

PLEITO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. VIABILIDADE. RESTITUIÇÃO EM DOBRO CABÍVEL QUANDO A COBRANÇA INDEVIDA CONSUBSTANCIAR CONDUTA CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA. RECENTE MUDANÇA NA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (EARESP 676.608/RS).

ENCARGOS SUCUMBENCIAIS. ALTERAÇÃO DO JULGADO NESTA INSTÂNCIA. REDISTRIBUIÇÃO NECESSÁRIA. CONDENAÇÃO DA DEMANDADA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, CONFORME O ART. 85, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para: a) condenar o banco réu ao pagamento de indenização a título de indenização por danos morais no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescido dos juros de mora desde a citação (evento 8 - 22-6-2016) e correção monetária a partir do presente arbitramento; b) determinar a devolução na forma dobrada da quantia descontada indevidamente da conta do autor (evento 1 - informação 4, fl. 4) e c) condenar o banco apelado ao pagamento

de despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 17 de junho de 2021.

**Desembargador LUIZ FELIPE SCHUCH**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Acolho o relatório da sentença (evento 28 dos autos de primeiro grau), por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

*Valdeci Abreu ajuizou demanda em face de Banco Bradesco S/A, com pedido de tutela sumária, por meio da qual aduziu, em breve síntese, que abriu uma conta corrente junto à instituição financeira requerida para receber seu salários mensal. Ocorre que, no mês de maio de 2016, quando foi sacar seu pagamento, constatou que a ré tinha debitado valores de sua conta corrente, sob a denominação de “Mora operação”. Inconformado com tal situação, dirigiu-se à agência bancária competente, onde foi-lhe informado que tais valores correspondiam a dívidas prescritas junto ao Banco, razão pela qual ingressou com a presente demanda.*

*Defendendo que o valor cobrado é indevido e, após tecer outras considerações de fato e de direito, que por questão de economia ficam fazendo parte da presente, requereu, ao final, a declaração de inexistência de débito entre as partes e a determinação no sentido de que o banco requerido deixe de efetuar débito em conta corrente de titularidade do autor referente à dívida prescrita. Pretende, ainda, a condenação da ré no pagamento de indenização por danos morais e na repetição, em dobro, do valor indevidamente descontado de sua conta corrente.*

*O despacho de fl. 16 [evento 4] designou data para a realização de audiência meramente conciliatória, inverteu o ônus da prova em favor do autor e determinou a citação do réu.*

*Citado, o Banco requerido deixou comparecer ao ato conciliatório e não ofereceu defesa.*

O Magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedente os pedidos exordiais, nos seguintes termos:

*Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados, o que faço com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil e, como corolário disso,*

*A) declaro inexistente a dívida retratada na inicial (descontos de fl. 12) [evento 1 - informação 4, fl. 4];*

*B) determino que o Banco requerido se abstenha de realizar novos descontos na conta bancária de titularidade do autor, atinente aos fatos discutidos nesta demanda (descontos de fl. 12) [evento 1 - informação 4, fl. 4];*

*C) condeno a ré ao ressarcimento dos valores indevidamente descontados da conta bancária do autor, na ordem de R\$ 1.354,00 (um mil, trezentos e cinquenta e quatro reais), sendo cada valor corrigido individualmente*

*pelo INPC desde a data do desconto e acrescido de juros, na ordem de 1% (um por cento) ao mês, a contar da citação.*

*D) JULGO IMPROCEDENTE o pedido de indenização por danos morais.*

*Considerando a sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das despesas processuais na proporção de 75% distribuído ao réu e de 25% imputados à parte autora, conforme art. 86 do CPC.*

*Fixo os honorários sucumbenciais devidos aos advogados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), observada a mesma proporção antes fixada, vedada a compensação, conforme art. 85 do CPC, suspensa a exigibilidade das custas e honorários em relação à parte autora, considerando o deferimento da gratuidade da justiça.*

O autor interpôs apelação, na qual sustenta, em resumo, que o desconto promovido pelo banco réu de forma indevida correspondeu a totalidade de seu salário líquido.

Sustenta que “para um simples trabalhador, resulta em um abalo negativo incalculável em relação às suas contas diárias, ocasionando insuficiência para saldar débitos corriqueiros, notadamente comida, saúde e afins” (evento 33, fl. 3).

Almeja o reconhecimento dos danos morais e seu arbitramento em montante não inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Pleiteia o ressarcimento em dobro do valor descontado, visto tratar-se de quantia referente à débito prescrito, razão pela qual evidenciada a má-fé do requerido.

Pugna, pois, pela reforma da sentença para julgar totalmente procedentes os pedidos exordiais, com a inversão dos encargos sucumbenciais, bem como a fixação de honorários recursais (evento 33).

Não houve contrarrazões.

## VOTO

De início, assinalo que, não obstante a existência de outros feitos mais antigos no acervo de processos distribuídos a este Relator, a apreciação do presente recurso em detrimento daqueles distribuídos há mais tempo não significa violação ao disposto no art. 12, caput, do novo Código de Processo Civil, uma vez que a Lei n. 13.256/2016 modificou a redação original do referido dispositivo legal para flexibilizar a obrigatoriedade de a jurisdição ser prestada em consonância com a ordem cronológica de conclusão dos autos. Observe-se que essa salutar alteração legislativa significou uma importante medida destinada à melhor gestão dos processos aptos a julgamento, pois permitiu a análise de matérias reiteradas e a apreciação em bloco de demandas ou recursos que versem sobre litígios similares sem que haja a necessidade de espera na “fila” dos feitos que aguardam decisão final, o que contribui sobremaneira na tentativa de descompressão da precária realidade que assola o Poder Judiciário em decorrência do assombroso número de lides jurisdicionalizadas.

Trata-se de apelação cível interposta pelo autor contra sentença que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por danos morais, materiais e obrigação de fazer, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

## 1 DEVER DE INDENIZAR

Desde já, esclarece-se que fato de a empresa requerida não ter apresentado defesa (operando-se a sua revelia), importa na presunção de veracidade das alegações narradas na inicial, visto tratar-se de lide em que se discute questão de cunho eminentemente privado.

Dessa forma, a inércia da instituição financeira transformou em verdade os fatos relacionados aos descontos indevidos em razão de débito prescrito.

O autor argumenta a ocorrência de abalo anímico indenizável em virtude da retenção inapropriada da totalidade de sua verba salarial do mês de maio de 2016.

No ponto, aduz que o ato ilícito gerou uma série de infortúnios quanto a manutenção de suas contas diárias, tais como alimentação e saúde (evento 33, fl. 3).

Pois bem.

Acerca do dever de indenizar, sabe-se que o dano moral tem assento constitucional, nos termos do art. 5º, V e X, da Carta da República, do qual derivam as previsões infraconstitucionais delineadas nos arts. 186, 187 e 927, todos do Código Civil brasileiro.

No âmbito doutrinário, no que diz respeito ao abalo hábil a configurar o dano moral, colhe-se da lição de Sérgio Cavalieri Filho:

*Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio no seu bem-estar (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, p. 78).*

No plano jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça há muito tem expressado que “sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização” (REsp 8.768/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 18-2-1992).

Sob o viés normativo, tratando-se de relação consumerista, a responsabilidade dos fornecedores é objetiva, ou seja, independe da demonstração de culpa para estar configurada, bastando a prova

da conduta lesiva, do dano e do nexo causal, conforme preceituam os artigos 3º, § 2º, e 14, caput, ambos da Lei n. 8.078/1990, *in verbis*:

*Art. 3º [...]*

*§ 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.*

*[...]*

*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente 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 respeito da responsabilidade civil, destaca-se que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo” (artigo 927, Código Civil).

E ainda, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (parágrafo único do citado artigo).

Assentadas tais premissas, do caderno processual, verifica-se que o demandante fez prova acerca dos descontos denominados “mora operação” que englobaram a totalidade de seu salário (evento 1 - informação 4, fl. 4). Demonstrou, também, que necessitou do auxílio de terceiros para prover sua subsistência (evento 1 - informação 4, fl. 5).

Diante desse quadro, as provas amealhadas são suficientes para arrimar o pleito inicial, visto que a retenção injustificada de valores da conta do acionante acarretou-lhe uma série de problemas que extrapolaram o mero dissabor decorrente de eventuais situações cotidianas, especialmente por tratar-se de verba alimentar, cujo vilipêndio ofende a dignidade da pessoa humana.

No ponto, a indisponibilidade de totalidade da verba salarial do autor fere o disposto no artigo 7º, X, da Constituição Federal, e o artigo 833, IV, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

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

*[...]*

*X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.*

*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;*

Logo, a conduta ilícita da instituição financeira ré faz exsurgir o dever de indenizar o autor pelos prejuízos imateriais decorrentes do evento.

A título argumentativo, ressalta-se que até em casos cujo débito é legítimo – diferentemente da hipótese dos autos – a Corte Cidadã sedimentou a ilegalidade na utilização do salário do correntista para cobrir saldo devedor da conta corrente.

Veja-se:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. CONTRATO DE CHEQUE ESPECIAL. RETENÇÃO DO SALÁRIO DO CORRENTISTA. ILEGALIDADE.*

*1. A retenção de salário do correntista para fins de saldar débito relativo ao contrato de cheque especial, ainda que conste cláusula autorizativa, não se reveste de legalidade, porquanto a instituição financeira pode buscar a satisfação de seu crédito pelas vias judiciais.*

*2. “Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo.” Agravo improvido” (AgRg no Ag 1.225.451/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/6/2010, DJe 17/6/2010).*

*3. Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no REsp 876.856/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 7- 3-2013).*

Nesse norte, colhe-se deste Sodalício:

*DIREITO CIVIL, CONSUMERISTA E PROCESSUAL CIVIL - OBRIGAÇÕES - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR ABALO MORAL - [...] INDISPONIBILIZAÇÃO DE REMUNERAÇÃO EM CONTA SALÁRIO DO AUTOR - [...] - INDEVIDA RETENÇÃO DE SALÁRIO, MORMENTE ACARRETANDO INADIMPLENTO DE ALUGUEL - ILÍCITO CONFIGURADO [...]*

*1. Comete ilícito o fornecedor que indevidamente retém verba alimentar do consumidor hipossuficiente, acarretando-lhe abalo moral.*

*[...]*

*(TJSC, Apelação Cível n. 0300996-67.2016.8.24.0050, de Pomerode, rel. Monteiro Rocha, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 30-7-2020).*

Conseqüentemente, imperiosa a reforma da sentença para reconhecer o dever de indenizar o abalo anímico sofrido pelo acionante.

## 2 QUANTUM INDENIZATÓRIO

Sobre o ponto, sabe-se que a reparação do abalo moral deve ser dimensionada a partir das particularidades de cada caso, além de evidentemente ser fixada de modo proporcional à extensão do dano imposto ao demandante, nos termos do art. 944 do Código Civil, sempre considerando o grau de gravidade da ofensa aos valores sociais.

A respeito, o Código Civil prevê o seguinte:

*Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.*

*Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.*

Em análise acerca da quantificação, importante registrar que “em sede de danos morais, a jurisprudência não recomenda ao magistrado se afastar da realidade dos fatos e dos autos, navegar solitário nas águas do subjetivismo puro, sob pena de incorrer em arbitrariedade de todo condenável, verdadeira enfermidade do sistema judicial. Assim, alguns elementos podem ser apontados como basilares para a formação do convencimento do juiz na quantificação do dano moral: a) intensidade do sofrimento do ofendido; b) duração do dano ou das lesões; c) gravidade da lesão; d) natureza e repercussão da ofensa; e) posição social do ofendido; f) intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável pelo dano; g) a situação econômico-social do ofensor; h) eventual reincidência do causador do dano em ilícitos pretéritos de igual natureza; i) retratação do agente ofensor” (*Dano moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 64).

*In casu*, observa-se que: i) os valores correspondentes à integralidade da verba salarial percebida pelo requerente foram retidos ilegalmente em maio de 2016 (evento 1 - informação 4, fl. 4), sem que haja notícia acerca de seu ressarcimento, determinado em sentença no evento 28; ii) o autor é vigilante, auferindo renda mensal líquida de R\$ 1.334,00 (mil trezentos e trinta e quatro reais), além de tratar-se de beneficiário da justiça gratuita, sendo inegável que a importância descontada de sua conta bancária repercutiu negativamente em suas atividades cotidianas básicas, obstando, inclusive, o necessário para o mínimo existencial e (iii) o requerente teve de solicitar auxílio para terceiros a fim de garantir sua subsistência, o que gerou constrangimento, atingiu sua imagem e representou ofensa à sua honra (evento 1 - informação 4, fl. 5).

Em casos análogos, este Sodalício fixou, em média, o seguinte importe para compensação de danos morais relativos à retenção de valores por dívida inexistente e/ou indevida: R\$ 20.000,00

(AC n. 5000634-24.2019.8.24.0058, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 15-12-2020); R\$ 10.000,00 (AC n. 0000314-93.2013.8.24.0050, de Pomerode, rel. Saul Steil, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 4-8-2016) e R\$ 5.000,00 (AC n. 0007979-54.2011.8.24.0011, de Brusque, rel. José Maurício Lisboa, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 5-12-2019).

Dessa forma, em análise ao escorço fático e em consideração os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, aos quais se soma o caráter pedagógico da compensação pelo abalo moral sofrido, entende-se adequada a fixação da verba indenizatória em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor que deve ser atualizado monetariamente a partir do presente arbitramento e acrescido de juros de mora a partir da data da citação (evento 8 - 22-6- 2016), ante a relação jurídica existente entre as partes.

### 3 REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO

Além disso, requer o insurgente a condenação da parte adversa à restituição em dobro da quantia descontada indevidamente.

Sobre o ponto, o Superior Tribunal de Justiça recentemente modificou a orientação anterior no sentido de que a repetição do indébito deveria ocorrer em dobro somente quando comprovada a má-fé do credor (vide AgRg no AREsp 182.141/SC, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 12-5-2015).

Nesse norte, a partir da nova interpretação do parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, fixou-se a seguinte tese:

*A restituição em dobro do indébito (parágrafo único do artigo 42 do CDC) independe da natureza do elemento volitivo do fornecedor que cobrou valor indevido, revelando-se cabível quando a cobrança indevida consubstanciar conduta contrária à boa-fé objetiva (EAREsp 676608/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, j. 21-10-2020).*

Portanto, prescindível a perquirição quanto ao elemento volitivo por parte da empresa ré, reputando-se suficiente que tenha agido de forma contrária à boa-fé objetiva.

Por conseguinte, diante da retenção de montante referente a débito inexigível e prescrito, é cabível a restituição em dobro do valor descontado indevidamente do salário do autor (evento 1 - informação 4, fl. 4), em consonância com o sistema normativo vigente e com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

### 4 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Ao arremate, diante da alteração do julgado neste grau de jurisdição e verificada a condição de

vencida da casa bancária requerida, necessária a inversão dos encargos sucumbenciais.

Para o arbitramento da mencionada verba, foram consideradas as diretrizes previstas no artigo susomencionado, na medida em que: (i) o litígio em apreço não se reveste de alta complexidade e foi julgado antecipadamente, (ii) o procurador do litigante vencedor desempenhou adequadamente a função para a qual foi contratado, 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 24-5-2016 (evento 1) e (iii) não foram produzidas provas testemunhais ou periciais.

Assim, condena-se a instituição financeira acionada ao pagamento integral das custas processuais e da verba honorária em favor do patrono do suplicante, fixada no importe de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos dos arts. 85, § 2º, da Lei Adjetiva Civil.

## 5 HONORÁRIOS RECURSAIS

Por último, não há falar em honorários recursais (art. 85, § 11, do Código de Processo Civil) no caso vertente, ante 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.*

## 6 CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para: a) condenar o banco réu ao pagamento de indenização a título de indenização por danos morais no patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescido dos juros de mora desde a citação (evento 8 - 22-6-2016) e correção monetária a partir do presente arbitramento; b) determinar a devolução na forma dobrada da quantia descontada indevidamente da conta do autor (evento 1 - informação 4, fl. 4) e c) condenar o banco apelado ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

**Desembargador LUIZ FELIPE S. SCHUCH**

**Relator**

## QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5013952-20.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR JAIRO FERNANDES GONÇALVES

AGRAVANTE: VILMAR LUIZ ZUCHINALLI ZUNCHETE

ADVOGADO: MARIA LUIZA GOUDINHO (OAB SC020340)

AGRAVADO: ADJOVANI LUIS RONSONI

AGRAVADO: ADILSON JOSE RONSONI

AGRAVADO: ANA MARIA RONSONI GEMEA

AGRAVADO: ANDREIA RONSONI

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. INTERLOCUTÓRIO QUE INDEFERE PEDIDO DE ENCAMINHAR OFÍCIO À REDE BANCÁRIA.

INSURGÊNCIA RECURSAL. ALEGADA NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO ÀS CASAS BANCÁRIAS PARA OBTENÇÃO DE INFORMES SOBRE O PATRIMÔNIO DO ESPÓLIO PARA POSTERIOR PARTILHA. ACOLHIMENTO.

“Não há razão para que se indefira o pedido de expedição de ofício a instituição bancária, a fim de obter informações sobre aplicações financeiras havidas em nome do autor da herança, sobretudo porque tal providência, que não prejudica a quem quer que seja, oportuniza o pleno conhecimento sobre o patrimônio que compõe o espólio, indo ao encontro da finalidade do processo de inventário.” (TJRS, AI n. 70060871480, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 18.12.2014). (TJSC, Apelação Cível n. 0005279-73.2014.8.24.0020, de Criciúma. rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, julgada em 2-6-2016).

INTENÇÃO QUE AS INFORMAÇÕES ENGLOBEM OS SEIS MESES ANTERIORES AO PASSAMENTO DO TITULAR. AFASTAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO JURÍDICO. TITULAR QUE, EM VIDA, TEM DISPONIBILIDADE DE, LIVREMENTE, USUFRUIR DE SEU PATRIMÔNIO. PESQUISA QUE DEVE SE LIMITAR AO MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO.

RECURSO CONHECIMENTO DE PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar parcial provimento a ele, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 21 de janeiro de 2021.

**Desembargador JAIRO FERNANDES GONCALVES**

**Relator**

## RELATÓRIO

Vilmar Luiz Zuchinalli Zunchete interpôs Agravo de Instrumento contra a decisão interlocutória do Magistrado da Vara da Infância e Juventude e Anexos da comarca de Criciúma, proferida na Ação de Petição de Herança n. 0310211-26.2017.8.24.0020 ajuizada contra Adjovani Luis Ronsoni, Adilson José Ronsoni, Ana Maria Ronsoni Gemea e Andreia Ronsoni, que indeferiu pedido de expedição de ofícios a casas bancárias para conhecer o saldo de eventuais aplicações bancárias dentro do período de seis meses antes da abertura da sucessão (evento 29 da origem).

Defendeu ser “necessária a expedição de Ofício as Agências Bancárias Caixa Econômica Federal, Bando Bradesco, Banco do Brasil, Sicoob Credisulca, Banco Itáu e Banco Santander, a fim de verificar os valores deixados pelo de cujus/exibição de documentos necessária para que o Agravante possa ter conhecimento da extensão dos seus direitos como herdeiro em razão do óbito de seu genitor e assim posterior partilha”, e que essa pesquisa seja realizada nos últimos seis meses de vida do de cujus.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido por este Relator (evento 2). Intimados, os agravados não apresentaram contraminuta (evento 17).

Este é o relatório.

## VOTO

O recurso é tempestivo e o agravante está dispensado, por ora, do recolhimento do preparo, tendo em vista que goza do benefício da gratuidade da justiça. Por se tratar de processo eletrônico, o recorrente está desobrigado, na forma do inciso II do caput do artigo 1.017 do Código de Processo Civil, de apresentar os documentos obrigatórios exigidos no inciso I desse dispositivo.

Como visto no relatório, busca o agravante a reforma da decisão agravada, ao argumento de que essas informações seriam necessárias a fim de que tenha conhecimento da extensão dos seus direitos como herdeiro em razão do óbito de seu genitor e assim posterior partilha.

A insurgência comporta parcial acolhimento.

Não andou bem o Magistrado singular ao indeferir o pedido para que fossem expedidos ofícios às instituições financeiras para que informassem sobre a existência ou não de aplicações financeiras em nome do de cujus.

E isso porque, segundo entendimento desta Corte de Justiça, “Não há razão para que se indefira o pedido de expedição de ofício a instituição bancária, a fim de obter informações sobre aplicações financeiras havidas em nome do autor da herança, sobretudo porque tal providência, que não prejudica a quem quer que seja, oportuniza o pleno conhecimento sobre o patrimônio



que compõe o espólio, indo ao encontro da finalidade do processo de inventário.” (TJRS, AI n. 70060871480, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 18.12.2014) (TJSC- Apelação Cível n. 0005279-73.2014.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, julgado em 2-6-2016).

Conforme relatado pelo agravante, ingressou com a “Ação de Petição de Herança com pedido de Tutela de Urgência, pugnando pela anulação ou alteração da partilha realizada por Escritura Pública de Inventário na Escrivania de Paz de Siderópolis – lavrada aos 12/09/2014, Livro 102, fls. 122, para que o Agravante seja incluído no rol de herdeiros do de cujus Mário Ronsoni – falecido aos 02/11/2013, bem como requerendo em Tutela de Urgência a indisponibilidade dos bens partilhados quando do falecimento de Mário Ronsoni”.

Desse modo, ainda que não tenha havido menção quanto à existência de aplicações financeiras na escritura pública de inventário em nome do de cujus (evento 1, INF15-16, da origem), como “a finalidade do processo de inventário é, justamente, obter ciência acerca do patrimônio do espólio para que, então, seja realizada a divisão dos bens entre os herdeiros do *de cujus*” (Agravo de Instrumento n. 4017489-80.2016.8.24.0000, de Imbituba, rela. Desa. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado em 14-8-2018), exsurge interesse ao herdeiro recém reconhecido como tal, o conhecimento sobre a integralidade do patrimônio que compõe o espólio.

Por outro lado, não lhe assiste razão quando pretende que a pesquisa sobre eventuais aplicações financeira em nome do de cujus retroaja a seis meses antes de sua morte.

Como ponderou Sua Excelência, “não há sustentação jurídica à averiguação dos seis meses anteriores à morte do autor da herança, porque apenas os bens que estavam sob sua propriedade foram transmitidos por herança. Até a data de sua morte, em tese, o autor da herança poderia fazer a disposição patrimonial que bem que lhe entendesse”.

E de fato, até o momento da morte, o proprietário de valores mantidos em casas bancárias tem liberdade e liberalidade de deles dispor como bem entender.

No caso, Mário Ronsoni, pai biológico do agravante, conforme exame de DNA realizado nos autos da Ação de Investigação de Paternidade n. 0307210-33.2017.8.24.0020 (evento 19 da origem), faleceu em 2-11-2013 (evento 1, INF9, da origem). Logo, sendo a morte, o momento em que os bens se transferem aos herdeiros (CC, art. 1.784), não há razão para se perquirir saldos bancários anteriores ao momento em que aberta a sucessão.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar parcial provimento a ele.

**Desembargador JAIRO FERNANDES GONCALVES**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0300946-12.2019.8.24.0058/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR RICARDO FONTES

APELANTE: HILBERTO JONAS SPECHT (RÉU)

APELADO: ASSOCIACAO PROTETORA DE ANIMAIS DE SAO BENTO DO SUL - APASBS (AUTOR)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS EM REDE SOCIAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA À ORIGEM.

RECURSO DO RÉU. CONTEÚDO OFENSIVO. IMPUTAÇÃO À AUTORA DA PRÁTICA DE MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA ATRIBUÍDA. PROCEDER DO APELANTE QUE ULTRAPASSA OS LIMITES DA LIVRE MANIFESTAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DO ABALO MORAL.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRETENSE MINORAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. COMPENSAÇÃO PARA A VÍTIMA E PUNIÇÃO PARA O AGENTE. VERBA ADEQUADA.

HONORÁRIOS RECURSAIS INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARBITRAMENTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso do réu, majorados os honorários recursais em favor do procurador da parte autora, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 02 de março de 2021.

**Desembargador RICARDO OROFINO DA LUZ FONTES**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Transcreve-se, por oportuno, o relatório da sentença (evento 37):

*Trata-se de “ação de obrigação de fazer c/c danos morais” proposta por ASSOCIACAO PROTETORA DE ANIMAIS DE SAO BENTO DO SUL - APASBS em face de HILBERTO JONAS SPECHT, partes devidamente*

*qualificadas nos autos.*

*Alegou que o requerido em duas ocasiões (12/2/2019 e 28/2/2019) acusou-lhe nas redes sociais de maltratar um cavalo, alegando que este sofreu maus-tratos enquanto estava sob seus cuidados, o que prejudicou sua imagem perante a sociedade, já que visualizado por grande quantidade de pessoas, gerando dúvidas sobre o trabalho social por ela exercido.*

*Explicou que tal cavalo, após ter sido objeto de busca e apreensão na propriedade do pai do requerido, foi doado após autorização judicial, o que ocorreu em 09/11/2018 e que o adotante afirmou que o animal se machucou sozinho enquanto estava sob seus cuidados, sendo falsa a afirmação postada na rede social de que o cavalo foi por ela maltratado (associação demandante).*

*Ao final, requereu a citação do réu e a procedência do pedido para condená-lo a retirar as publicações da sua página na rede social denominada facebook, em publicar nota de retratação pública e ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$ 5.000,00.*

*Devidamente citado (eventos 19/20), apresentou o réu defesa em forma de contestação, conforme observa-se do evento 22.*

*Mencionou que a publicação do dia 28/02/19 simplesmente expressou seu temor de ter o cavalo roubado ou “um fim trágico”, sendo legítima sua preocupação com o animal de sua família.*

*Frisou que em razão de a autora possuir página na internet, encontra-se sujeita a manifestações públicas e questionamentos, inexistindo a ocorrência de danos morais.*

*Negou ainda que suas publicações tenham difamado, caluniado ou injuriado a autora, tendo agido no exercício regular do seu direito de manifestação.*

*Por fim, requereu a improcedência dos pedidos. Réplica (evento 27).*

*Relato do indispensável. Decido.*

*Após, sobreveio decisão (evento 37), a qual contou com a seguinte parte dispositiva:*

*Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE os pedidos formulados, e RESOLVO O MÉRITO, na forma do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.*

*Em consequência, CONDENO o réu a excluir as publicações questionadas de sua rede social facebook no prazo de 15 (quinze) dias.*

*Na remota hipótese de descumprimento da ordem judicial, aplicar-se-á multa diária no valor de R\$30,00.*

*CONDENO o réu, ainda, ao pagamento de indenização por DANOS MORAIS no valor de R\$ 2.000,00. O valor arbitrado sofrerá incidência de juros legais de 1% ao mês a contar do evento danoso (data da primeira publicação ofensiva), conforme ementa n. 54 da súmula do eg. STJ, e atualização monetária a contar da data da prolação desta sentença (ementa n. 362 do eg. STJ).*

*Face à sucumbência recíproca, condeno as partes ao pagamento das custas processuais, isto é, a autora ao pagamento das custas processuais em 50% e o réu ao importe de 50%.*

*Condeno a autora ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor que decaiu do pedido de indenização por danos morais e o réu ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% do valor da condenação, ambos com base no artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil.*

*Todavia suspensa a exigibilidade de tais verbas sucumbenciais, ante a concessão da gratuidade judicial à autora (evento 3), o que também defiro ao demandado em razão dos documentos apresentados nos eventos 22 e 26.*

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação (evento 43), no qual sustenta, em síntese, que: a) as publicações realizadas pelo recorrente não extrapolam à normalidade e não causam dano à imagem pública da recorrente, porquanto externam a discordância do insurgente acerca do tratamento ofertado aos animais; b) *“qualquer cidadão com direito a questionar atividades públicas ou de pessoas jurídicas que exerçam atividade de interesse público, estando no pleno e exercício regular de seu direito”* (fl. 4); c) não há dano moral a ser indenizado, pois o propósito do apelante consistiu em somente narrar a situação; d) subsidiariamente, requer a minoração do quantum indenizatório; e, e) por tais razões, requer o provimento do recurso para indeferir os pleitos exordiais.

Contrarrazões ofertadas ao evento 46 - à origem.

Após, ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

## VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Hilberto Jonas Specht contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos despendidos pela Associação protetora de Animais de São Bento do Sul - APASBS, sob o fundamento de que há ato ilícito indenizável nas publicações realizadas pelo requerido nas redes sociais, condenou o demandado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de danos morais e determinou a exclusão do conteúdo divulgado.

Pois bem.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura ser livre a manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, independentemente de censura ou licença, sendo vedada qualquer forma de restrição (art. 5º, inc. IX e art. 220, *caput*).

Garante-se, ainda, também em esfera de direito fundamental, serem invioláveis a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem das pessoas, garantindo-se o direito à indenização por danos morais e materiais decorrentes de sua ofensa (art. 5º, inc. X).

Assim, com fundamento na razoabilidade e na proporcionalidade, a liberdade de expressão, pensamento e informação, embora seja uma garantia constitucional, não possui caráter absoluto, pois encontra óbice nos preceitos constitucionais da inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, sobretudo da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CRFB).

Especificamente nos casos de publicações disponibilizadas em redes sociais da internet, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já firmou o entendimento no sentido de que:

*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. (REsp 1650725/MG, Rel. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 18-5-2017).*

Nesse viés, quanto ao direito à indenização, o Código Civil preconiza, em seu art. 186, que “*aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou impudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

Em complemento ao citado dispositivo legal, prescreve o art. 927 do CC: “*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

Diante deste cenário, cinge-se a questão à análise das referidas informações publicadas, para que então seja aferido se o apelado praticou, ou não, ato ilícito.

Na espécie vertente, incontroverso que o recorrente, pela rede social Facebook®, realizou as seguintes publicações (evento 1, petição inicial 1- fls. 6-10), as quais constaram com o seguinte teor (sic):

*Boa tarde gostaria de falar que tenho medo, que podem querer roubar esse cavalo e dar fim nele, assim como os outros que foram levados e ninguém fala nada.*

E, ainda:

*Boa noite gostaria de esclarecer algumas coisas há vcs meus amigos fato é que o meu pai vêm a anos sofrendo com calúnias e sendo muito difamado por algumas pessoas, agora olhem como estão os cavalos que a apa , Franklin e mas algumas pessoas que se dizem competentes e e irão cuidar dos meus animais e meu irmão estava montando e cuidado de 2 cavalos aonde seus donos tinham deixados ração e milho e foi tudo levado por essas pessoas, será como estão os outros (sem grifo no original)*

Além disso:

**Esse cavalo foi resgatado com sinais visíveis de maus tratos onde estava aos cuidados da APA e demais pessoas agora estamos medicando e tratando os ferimentos coisas que pode demorar de 6 meses a 1 ano para ficar bom queremos deixar nossa indignação pois se em nossas mãos dizem que são mal tratados o que são nas mãos de quem deveria zelar pelo bem dos animais assim todos podem ver que por trás de muitas coisas nem tudo é verdade.** A quem interessar gostaria de deixar meu apelo pois podem querer pegar ele novamente e qual será o destino desse coitado pois não sabe se defender. (sem grifo no original)

Analisando-se detidamente as postagens na rede social, extrai-se a imputação dos alegados

maus-tratos retratados à Associação demandante, sem a devida comprovação de que a situação ocorreu às custas da autora - fato que configura ofensa com o condão de difamar a honra da requerente.

Nota-se que o réu extrapola a mera narração quando exterioriza “esse cavalo foi resgatado com sinais visíveis de maus tratos onde estava aos cuidados da APA [...] quem deveria zelar pelo bem dos animais assim todos podem ver que por trás de muitas coisas nem tudo é verdade” (evento 1, petição inicial 1- fl. 6, sem grifo no original).

A bem da verdade, conforme argumentado pela requerente em sua exordial “[o animal em questão] estava na propriedade do pai do Requerido e foi objeto de busca e apreensão, conforme se comprova no cumprimento de sentença dos autos nº 0004943- 86.2013.8.24.0058/03 por ordem do magistrado competente, [...] e por ser a única Associação Protetora de Animais no município, manteve consigo, como fiel depositária, todos os animais até a adoção responsável dos mesmos” (evento 1, petição inicial 2- fl. 3)

Ademais, o recorrente argumenta que as postagens foram realizadas nas datas de 12-2-2019 e 28-2-2019 (evento 22, contestação 53). Portanto, conforme comprovado pela recorrida, o animal objeto da postagem foi adotado em 9-11-2018 (evento 1, informação 25) - situação que corrobora a tese da apelada de que:

*“após essa data, a Requerente não possuía qualquer responsabilidade sobre o animal, tendo em vista que o Sr. Ladislau era o proprietário a partir de então [...] importante ressaltar que o adotante do cavalo – Sr. Ladislau –, afirmou que o animal se machucou sozinho enquanto estava na cocheira – conforme transcrição abaixo e áudio anexo”* (evento 1, petição inicial 2 - fl. 4)

Nota-se, dessarte, que houve mácula aos direitos inerentes à honra e boa fama da Instituição que atua em defesa do bem-estar animal (evento 1, informações 29-35) - circunstância capaz de gerar dano moral.

Acerca do pedido de minoração do valor indenizatório, outrossim, razão não assiste ao insurgente. 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 ordenamento jurídico pátrio.

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, doutro – este ainda mais premente –, a sua índole ressarcitória.

Na hipótese, observa-se que o magistrado singular decidiu pelo arbitramento da quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) com o fito de indenizar o abalo sofrido pela autora.

Assim, observadas as condições econômicas de ambos os polos litigantes tem-se como adequada a verba de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), haja vista que suficiente não só para cumprir o desiderato de reprimenda ao responsável pelo ato ilícito, como também para garantir compensação à autora pelo abalo experimentado. (AC n. 0302935-48.2015.8.24.0008, de Blumenau, Rel. Jairo Fernandes Gonçalves, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 7-7-2020).

Sendo assim, a manutenção da sentença vergastada é medida impositiva.

Por fim, a considerar que a sentença foi prolatada sob a égide do atual Código de Processo Civil, mostra-se imperiosa a fixação de honorários advocatícios em esfera recursal.

Dispõe o art. 85, § 11º, do CPC que, ao julgar recurso, deverá o Tribunal majorar os honorários advocatícios fixados anteriormente, sempre em atenção ao trabalho adicional realizado pelo causídico vitorioso na instância superior.

É defeso à Corte, porém, no cômputo geral da fixação da verba, ultrapassar os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do aludido dispositivo para a fase de conhecimento.

*In casu*, em atenção ao labor desempenhado na elaboração das contrarrazões, os honorários fixados na origem em favor do procurador da parte autora devem ser majorados em 2% (dois por cento), suspensa a exigibilidade, consoante disposição do art. 98, § 3º, do CPC, uma vez que o demandado é beneficiário da gratuidade da justiça.

**Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso do réu, majorados os honorários recursais em favor do procurador da parte autora, nos termos da fundamentação.**

**Desembargador RICARDO OROFINO DA LUZ FONTES**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0300445-88.2016.8.24.0082/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ CÉZAR MEDEIROS

APELANTE: D’VILLAR INCORPORACOES LTDA (RÉU)

ADVOGADO: JOSÉ FERNANDO LUTZ COELHO (OAB RS019738)

ADVOGADO: FABIANO LUTZ LOPES (OAB RS043975)

ADVOGADO: FELIPE FICH DE MORAES (OAB RS107356)

APELADO: KUCI & KUCI - EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRADORA DE BENS LTDA (AUTOR)

ADVOGADO: PAULO SERGIO BEIRAO (OAB SC006727)

CIVIL - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - MULTA CONTRATUAL - COBRANÇA - ÁREA - DIVERGÊNCIA ENTRE REGISTRO E REAL - ALIENAÇÃO AD CORPUS – INTENÇÃO DAS PARTES – METRAGEM MERAMENTE ENUNCIATIVA – INADIMPLEMENTO DO PREÇO – CULPA DOS COMPREDORES – PENA CONVENCIONAL DEVIDA

*1 Conforme noção cediça, “quando se adquire imóvel tendo o instrumento enunciado medidas às quais se acrescentam termos como aproximadamente, mais ou menos ou equivalente, ou quando se mencionam e se descrevem apenas os confinantes, é de concluir-se que as medidas são exemplificativas, enunciativas, e que o imóvel está sendo alienado como corpo certo e determinado, presumivelmente conhecido das partes, não se admitindo reclamação quanto à falta de área” (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: contratos em espécie. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 49)*

2 Na aplicação do art. 500 do Código Civil e para a correta avaliação se a venda foi ad mensuram ou *ad corpus*, a interpretação do ato negocial não pode cingir-se à análise das cláusulas do contrato. Há que ser levado em conta as peculiaridades da alienação e, principalmente, o que efetivamente esta compreendeu.

No caso, diante do antecedente exame do local pelo comprador, da ausência de estipulação de preço por metro quadrado da área e da presença de disposição no sentido de que o imóvel foi alienado nas condições em que se encontrava, infere-se que a menção à metragem foi meramente acidental e enunciativa (CC, art. 500, § 3º).

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso, negar-lhe provimento e majorar os honorários advocatícios para 17% do total da condenação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 15 de junho de 2021.

**Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS**

**Relator**

## RELATÓRIO

Por refletir fielmente o contido no presente feito, adoto o relatório da r. sentença (ev. 89 do primeiro grau):

“KUCI & KUCI - EMPREENDIMENTOS E ADMINISTRADORA DE BENS LTDA ajuizou a presente ação de rescisão contratual c/c cobrança de multa contratual em face de D’VILLAR INCORPORACOES LTDA, alegando que: a) em 7-10-2015, as partes firmaram instrumento particular de compra e venda de imóvel, com matrícula n. 1934, registrada no 3º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca da Capital; b) restou estipulado em contrato o preço e a forma de pagamento, sendo o valor total do imóvel R\$680.000,00; c) inicialmente, seria pago pela ré R\$100.000,00 a títulos de arras e, posteriormente, R\$280.000,00 pela entrega de um apartamento, mais R\$100.000,00 mensais, durante três meses, encerrando-se em 22-12-2015; d) contudo, a parte ré não cumpriu com os termos pactuados, motivo pelo qual em 11-10-2015 foi enviado email para cobrança; e) para a surpresa da autora, em 3-11-2015, a parte ré enviou notificação para fins de rescisão do contrato de compromisso de compra e venda, diante de que, segundo ela, o imóvel descrito não era compatível em suas metragens e dimensões, sendo a área titulada maior que a existente de fato; f) as chaves do apartamento dado em pagamento foram entregues pelo representante legal da ré ao procurador da autora, concretizando o negócio. Indicou os fundamentos jurídicos do pedido, valorou causa e pleiteou que seja decretada a rescisão do contrato, além da condenação da ré ao pagamento de multa. Juntou procuração e documentos (e. 1).

Em contestação a ré D’VILLAR – CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA sustentou, preliminarmente, a irregularidade na representação da autora e, no mérito, argumentou que: a) ainda que o negócio entabulado entre as partes tenha sido formalmente instrumentalizado, foram feitas alterações nas condições do negócio que não foram consignadas; b) no encerramento das negociações, em 7-10-2015, na cláusula segunda do contrato constou que seria pago a título de arras confirmatórias a importância de R\$ 100.000,00, que, entretanto, não foram pagos, pois na vistoria do terreno o sócio titular da promitente compradora concluiu que a área titulada seria maior que a área real, pois havia indicativos que os vizinhos teriam avançado sobre o terreno; c) conforme disposição da cláusula terceira, a promitente compradora estaria, a partir da assinatura daquele instrumento, imitada, precariamente, na posse do imóvel, sendo que isso não se perfectibilizou, justamente em razão do não pagamento de arras e da pendência que se criou por conta da constatação na diferença da área do terreno; d) em razão da divergência na metragem, as partes concordaram na suspensão da exigência do valor que seria pago a título de arras confirmatórias, enquanto a ré providenciava a medição da área do referido terreno; e) uma vez confirmada a metragem lançada no contrato, o pagamento seria feito e conseqüentemente a ré seria imitada na posse do terreno; f) por mais que não esteja consignado no contrato, de fato as partes optaram por adiar o adimplemento das cláusulas que pactuaram, no aguardo da confirmação da área efetivamente existente; g) no final do mês de outubro de 2015, o representante legal da ré contratou a medição da área, restando então confirmado que a mesma não possuía 603,70m<sup>2</sup>, e sim 40,03m<sup>2</sup> a menos (6,63% a menos que área consignada no contrato), o que motivou a notificação da promitente vendedora, em 3-11-2015, pois nestas condições o negócio não lhe interessava, já que frustradas suas pretensões quanto à construção que pretendia fazer na área; h) como forma de confirmar as medições realizadas no imóvel, a ré contratou os serviços de Cândido Siemann, confirmando que a área do terreno não é de 603,70m<sup>2</sup> e sim 563,37m<sup>2</sup>; i) a empresa ré é possui como atividade justamente a construção civil, razão pela qual lhe interessava a área em sua totalidade. Diante disso, pugnou pela improcedência dos pedidos formulados na inicial (e. 30).

Réplica apresentada no e. 36.

Deliberou-se a rejeição da preliminar suscitada pela parte ré (e. 38), bem como designou-se data para produção de prova testemunhal (e. 44).

Em audiência de instrução e julgamento (e. 83), procedeu-se com a colheita do depoimento pessoal dos representantes da autora e da ré, bem como os depoimentos de um informante e uma testemunha.

As partes ofereceram suas alegações finais (e. 85-86)”.  
As partes ofereceram suas alegações finais (e. 85-86)”.

Acresço que o Togado a quo julgou procedentes os pedidos, por meio da sentença cujo dispositivo segue transcrito:

“Ante o exposto, resolvo o mérito com base no art. 487, I, do CPC e **julgo procedentes** os pedidos formulados nesta ação proposta por KUCI & KUCI - EMPREENDIMIENTOS E ADMINISTRADORA DE BENS LTDA em face de D’VILLAR INCORPORACOES LTDA para:

a) **decretar** a resolução do contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel firmado entre as partes (e.1, inf. 11);

b) **condenar** a ré ao pagamento de multa contratual, no valor de R\$68.000,00, acrescidos de correção monetária e juros de mora, ambos a contar da data da notificação extrajudicial (3-11-2015, e. 1, inf. 14).

**Condeno** a empresa ré ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes que arbitro em 15% sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, §2º, do CPC”.

Irresignada, D’VILLAR INCORPORAÇÕES LTDA. interpõe apelação, na qual alega: a) diferentemente do que se concluiu na sentença, a venda foi *ad mesuram*; b) apesar de ter constado do contrato que o pagamento das arras seria feito na data da assinatura do contrato, isso não foi feito porque “o representante da empresa apelante suspeitou de erro na metragem do imóvel ao vistoriar o bem, diante de indicativos de avanços da vizinhança sobre o terreno”; c) em razão dessa suspeita, os contratantes consentiram na suspensão contratual, justamente para averiguar as medidas do terreno, o que comprova que a intenção foi a venda foi por medida de extensão; d) tanto é assim que, a “Cláusula Primeira, referente ao objeto do contrato, [...] especifica a metragem de forma determinada [...], sem a utilização de locuções indicativas de venda *ad corpus*, como ‘mais ou menos’ ou ‘aproximadamente’”; e) por sua vez, “levantamento topográfico do terreno apontou sua área como 563,37m<sup>2</sup>”, confirmando-se que “não possuía os 603,70m<sup>2</sup> em contrato, e sim 40,03m<sup>2</sup> a menos do que previsto na Cláusula Primeira (6,63% a menos que área consignada no contrato)”; f) desse modo, “ultrapassou-se o limite para consideração da área como meramente enunciativa do §1º do artigo 500 do Código Civil, e permitindo a resolução do contrato pelo comprador”; g) demonstrou-se, outrossim, “que o comprador apelante não teria realizado o negócio sabendo a área real do terreno”, pois edificaria casa, “com projeto previamente idealizado tendo em consideração a metragem do imóvel”, quando mínima diferença de área causa grave interferência; h) a apelante ter notificado a apelada sobre sua intenção de resolver a avença pela diferença de área do imóvel confirma que a

venda deu-se na modalidade ad mesuram; i) o imóvel em questão foi recentemente alienado por valor R\$ 400.000,00 menor do que o negócio realizado entre os litigantes, demonstrando que a diferença de área interfere muito no preço; e j) com a posterior venda, fica demonstrada a ausência de prejuízo da autora (ev. 96 do primeiro grau).

Intimada (ev. 101 do primeiro grau), a apelada apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença (ev. 105 do primeiro grau), com o que os autos ascenderam a esta Corte para julgamento.

## VOTO

1 Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, o reclamo merece ser conhecido, passando-se, desta forma, à respectiva análise.

2 A recorrente alega que, como o terreno objeto da compra e venda ora em análise tem metragens definidas, a negociação ocorreu na modalidade ad mesuram, justificando a resolução da avença por culpa da vendedora, haja vista que demonstrado que a área do bem é bastante inferior à que constou do contrato. Com isso, a culpa pelo desfazimento do pacto é da vendedora, que não pode, conseqüentemente, exigir a multa contratual.

Sem razão.

A venda de imóveis na modalidade ad corpus e ad mensuram é prevista no art. 500 do Código Civil:

“Art. 500. Se, na venda de um imóvel, se estipular o preço por medida de extensão, ou se determinar a respectiva área, e esta não corresponder, em qualquer dos casos, às dimensões dadas, o comprador terá o direito de exigir o complemento da área, e, não sendo isso possível, o de reclamar a resolução do contrato ou abatimento proporcional ao preço.

§ 1º **Presume-se que a referência às dimensões foi simplesmente enunciativa, quando a diferença encontrada não exceder de um vigésimo da área total enunciada, ressalvado ao comprador o direito de provar que, em tais circunstâncias, não teria realizado o negócio.**

§ 2º **Se em vez de falta houver excesso, e o vendedor provar que tinha motivos para ignorar a medida exata da área vendida, caberá ao comprador, à sua escolha, completar o valor correspondente ao preço ou devolver o excesso.**

§ 3º **Não haverá complemento de área, nem devolução de excesso, se o imóvel for vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões, ainda que não conste, de modo expreso, ter sido a venda ad corpus”.**

Acerca do dispositivo, Nelson e Rosa Nery lecionam:

“*Venda ad mensuram. É a venda na qual as medidas do imóvel são precisas e determinantes para a realização*

do negócio jurídico. Quando a venda é feita por metragem (*ad mensuram*) e as dimensões do imóvel vendido não correspondem às constantes da escritura de compra e venda, o comprador tem direito de exigir a complementação da área (ação *ex empto*) por inadimplemento contratual. Não sendo possível a complementação da área, assiste, ainda, ao comprador o direito de pedir a resolução do contrato (ação *redibitória*) ou o abatimento proporcional do preço (ação *quanti minoris*), sendo ambas ações edilícias, ou seja, a coisa é entregue em sua inteireza, mas com vício ou defeito ou sem as qualidades declaradas.

[...]

Venda *ad corpus*. É a venda na qual as medidas do imóvel são imprecisas e meramente enunciativas, sendo que o corpo do imóvel é o elemento determinante para a realização do negócio jurídico (exemplo: vendo a fazenda x, com mais ou menos 2 alqueires). Quando a venda tiver sido feita *ad corpus*, não tem lugar nem a pretensão real (ação *ex empto*), nem as pretensões pessoais (ação *redibitória* e/ou ação de abatimento proporcional do preço), já que nessa venda a menção à medida é apenas enunciativa» (Código Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 888-889) [sem grifo no original].

Sílvio de Salvo Venosa, a seu turno, esclarece:

**“Na compra *ad corpus*, presume-se que o comprador adquire o imóvel conhecendo-o em sua extensão e dimensão. Não pode reclamar complemento de área ou desconto. Presume-se que pagou preço global pelo que viu e conheceu”** (Direito Civil: contratos em espécie. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 49) [sem grifo no original].

Precedentes sobre o tema deste Órgão Fracionário não destoam. Para ilustrar:

“Verificando-se, dos termos do contrato, que a extensão da área do imóvel vendido foi registrada de forma meramente enunciativa (*venda ad corpus e não ad mensuram*), deve ser afastado o pretendido ressarcimento de valores” (AC n. 0001972-21.2009.8.24.0139, Des. Henry Petry Junior).

A apelante afirma ter comprado imóvel com área de 600,70m<sup>2</sup>, mas que, somente depois de fechado o negócio, verificou que o terreno foi parcialmente invadido por vizinhos, resultando na perda de 40,03m<sup>2</sup>, conforme análise topográfica. Diante disso, o pacto estaria desfeito por culpa da vendedora.

Doutro lado, a recorrida defendeu-se, asseverando que a venda foi *ad corpus*, porque a recorrente conhecera o local antes de comprá-lo, sendo sabedora de suas medidas e de possível invasão por vizinhos.

As provas amealhadas e os fatos narrados comprovam que a venda foi realizada *ad corpus*.

Conquanto no contrato de compra e venda tenha constado a discriminação do terreno, com suas medidas, decerto deram-se como simples enunciação, pois a negociação foi sobre aquele lote apresentado pela alienante e vistoriado pela adquirente. Aliás, não custa mencionar, as medidas constantes do instrumento contratual costumam, em regra, apenas reproduzir aquilo que consta do fôlio imobiliário, o que ocorreu no caso em análise (ev. 1, inf10, do primeiro grau).

Por seu turno, é importante notar que, contrariamente ao que defende a recorrente, a avença em análise traz disposição típica das vendas *ad corpus*, pois nela constou que seu objeto é o terreno

descrito na cláusula primeira, que faz referência à área de 603,70m<sup>2</sup>, “nas condições em que se encontra” (ev. 1, inf11, do primeiro grau). Ora, como o bem foi vendido nas condições em que se encontrava, decerto que, se a área real era inferior a do documento, essa característica estava compreendida no negócio.

A espécie de negócio realizada entre as partes tipicamente é feita como *ad corpus*, pois aquele que deseja adquirir visita o local, vê o objeto contratual e compra aquilo que viu. A intenção da vendedora, era de vender o imóvel que apresentou. Diante do antecedente exame do local pela compradora, da ausência de estipulação de preço por metro quadrado da área e da presença de disposição no sentido de que o imóvel foi alienado nas condições em que se encontrava, infere-se que a menção à metragem foi meramente acidental e enunciativa.

Não restam dúvidas, ademais, que desde a contratação a apelante teve pleno conhecimento das dimensões do imóvel - confessou em seu depoimento pessoal tê-lo visitado previamente à assinatura do contrato. Poderia, por óbvio, caso tivesse interesse, realizar medições antes de assinar o pacto; no entanto, não procedeu dessa maneira, consentindo em contratar a compra do que viu in loco - outro forte indicativo de que se tratou de venda *ad corpus*.

Sem olvidar que a compradora é uma Incorporadora, certamente afeita a negociações de imóveis, o que torna incompreensível que tenha adquirido o bem sem saber o que estava comprando. É inconcebível que tenha fechado o negócio para o qual as medidas do imóvel seriam fundamentais e somente depois tenha começado “a pensar que deveria investigar sobre a situação do terreno”, fato confessado por seu representante legal em depoimento pessoal.

Dessa forma, não prosperam as alegações de que a apelada teria agido de forma dolosa e omitido intencionalmente o real dimensionamento do terreno, fazendo constar no contrato de compra e venda expressões dissonantes da realidade, única e exclusivamente, visando eximir-se de sua responsabilidade pela inexatidão da área alienada. É nítido que faltou diligência prévia à apelante.

Quanto a eventual “suspensão” do contrato após o surgimento das dúvidas sobre a área real do imóvel ou ausência de prejuízo da vendedora, não se vislumbra como isso auxiliaria na tese de que a venda foi *ad mesuram*. Em relação à primeira alegação, pois não se pode inferir que, se isso realmente tivesse acontecido, seria para possibilitar uma investigação sobre o real tamanho do terreno. Nada obstante, inexistente prova de que houve esse sobrestamento contratual. Sobre a segunda, é de todo irrelevante para demonstrar a modalidade da venda. Além disso, há de ser lembrado que a ausência de prejuízo da alienante não afasta seu direito de cobrança da multa contratualmente pactuada.

Não se está presumindo, perceba-se bem, que a venda foi *ad corpus*, de modo que é despresível, para o deslinde desta causa, o preceituado no § 1º do art. 500 do Código Civil. Está comprovado, isto sim, que o negócio deu-se nessa modalidade, porque o imóvel foi “vendido como coisa certa e discriminada, tendo sido apenas enunciativa a referência às suas dimensões” (CC, art. 500, § 3º). Assim, apesar de a área real alienada ser inferior à que consta no instrumento contratual, a vendedora não deu causa à resolução do pacto, sendo lícita a cobrança da multa contratual como decorrência do não pagamento do preço pela compradora.



Em situação bastante semelhante, com voto deste relator, assim este Órgão Fracionário se manifestou:

“CIVIL - RESOLUÇÃO CONTRATUAL - VÍCIO OCULTO - INVASÃO POR VIZINHO - ÁREA - DIVERGÊNCIA ENTRE REGISTRO E REAL - COMPRA E VENDA DE IMÓVEL AD CORPUS - INTENÇÃO DAS PARTES - METRAGEM MERAMENTE ENUNCIATIVA - INADIMPLEMENTO - INOCORRÊNCIA

1 Na aplicação do art. 500 do Código Civil e para a correta avaliação se a venda foi *ad mensuram ou ad corpus*, a interpretação do ato negocial não pode cingir-se à análise das cláusulas do contrato. Há que ser levado em conta as peculiaridades da alienação e, principalmente, o que efetivamente esta compreendeu.

2 *‘Quando se adquire imóvel tendo o instrumento enunciado medidas às quais se acrescentam termos como aproximadamente, mais ou menos ou equivalente, ou quando se mencionam e se descrevem apenas os confinantes, é de concluir-se que as medidas são exemplificativas, enunciativas, e que o imóvel está sendo alienado como corpo certo e determinado, presumivelmente conhecido das partes, não se admitindo reclamação quanto à falta de área’* (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: contratos em espécie. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 49)” (AC n. 0301761-12.2017.8.24.0015).

Deve-se, portanto, negar provimento ao recurso e manter a sentença recorrida.

3 Em obediência ao art. 85, §§ 2º e 11, do Código de Processo Civil, fixam-se honorários recursais em favor do patrono da parte apelada em 2% (dois por cento) do total da condenação, os quais, cumulativamente com os 15% já arbitrados em primeiro grau de jurisdição, perfazem um total de 17% (dezessete por cento).

A majoração se justifica, não somente por atender ao preceituado na novel legislação processual civil quanto ao balizamento para a fixação dos honorários advocatícios, mas principalmente pela insubsistência dos argumentos recursais que motivaram o desnecessário acréscimo de trabalho da parte recorrida.

4 Ante o exposto, voto por conhecer do recurso, negar-lhe provimento e majorar os honorários advocatícios para 17% do total da condenação.

**Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS**

**Relator**

## SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5001740-30.2021.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR ANDRÉ LUIZ DACOL

AGRAVANTE: ANDRE LUIS DE AMORIM

AGRAVADO: AURELINO DA CUNHA PEREIRA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INTERLOCUTÓRIO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE IMEDIATA EXCLUSÃO DE PUBLICAÇÃO EM REDE SOCIAL. RECURSO DO AUTOR.

ALEGADO DESACERTO DA DECISÃO AGRAVADA. INSUBSISTÊNCIA. URGÊNCIA E PROBABILIDADE ESSENCIAIS AO DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA NÃO DEMONSTRADAS. PUBLICAÇÃO QUE, EMBORA APARENTEMENTE OFENSIVA, FOI PERPETRADA QUASE TRÊS MESES ANTES DO AJUIZAMENTO, SEM REPERCUSSÃO ENTRE OS DEMAIS USUÁRIOS. CIRCUNSTÂNCIA QUE, EM SEDE DE COGNIÇÃO SUMÁRIA, NÃO PERMITE VERIFICAR O ENGAJAMENTO DE DEMAIS PESSOAS AO COMENTÁRIO IMPUGNADO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS DE DANO QUE JUSTIFIQUE O IMEDIATO CERCEAMENTO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. CIRCUNSTÂNCIA QUE CLAMA OPORTUNIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO À PARTE ADVERSA. EVENTUAIS SANÇÕES QUE DEVEM SER APLICADAS APÓS A INSTRUÇÃO, EVITANDO-SE A CENSURA PRÉVIA. DECISÃO RECORRIDA QUE, ADEMAIS, FOI PROFERIDA NO EXERCÍCIO DA COGNIÇÃO SUMÁRIA, SEM VINCULAR O JULGAMENTO DE MÉRITO. ACERTO DA DECISÃO OBJURGADA.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 6ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 16 de março de 2021.

**Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Andre Luis de Amorim contra decisão que,

nos autos da ação indenizatória n. 50038563020208240069, ajuizada em face de Aurelino da Cunha Pereira, dentre outras medidas, negou o pedido de tutela de urgência que visava à exclusão imediata da publicação em rede social atacada (evento 3 da origem).

O autor, ora agravante, opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados (evs. 7 e 16 da origem).

Em suas razões, em síntese, sustentou que: (1) o recorrido xingou/injuriou/difamou o agravante de forma pública, chamando-lhe de “*desprezível, burro, ignorante, analfabeto e picareta*”; (2) ainda que houvesse “*uma mísera curtida ou comentário*” há consequências cíveis e criminais para a conduta do recorrido, independentemente da profissão exercida pelo agravante; (3) a decisão hostilizada acabou por julgar a ação de forma antecipada.

Tocante à urgência, em suma, argumentou que esta se caracteriza pela disponibilidade do conteúdo ofensivo, “*disponível para qualquer usuário da internet, cadastrado ou não naquela rede e seguidor ou não do perfil do requerido*”.

Por fim, requereu a concessão da tutela de urgência recursal para determinar a retirada das publicações ofensiva da página pessoal do recorrido, com sua confirmação por ocasião do julgamento de mérito.

A decisão do evento 6 indeferiu o pedido de urgência. Sem contrarrazões.

Vieram os autos conclusos.

## VOTO

1. Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do recurso.
2. Em análise dos autos, tenho que não há como reconhecer qualquer desacerto na decisão objurgada.

Sobre o tema, assim ponderei em análise liminar (ev. 6, original sem destaques):

*Isso posto, em análise preliminar, não vejo como deferir o pedido de tutela de urgência recursal formulado pelo recorrente, pela ausência de seus requisitos essenciais.*

*Tocante ao requisito da urgência, a princípio, não vislumbro sua caracterização.*

*No caso, o recorrente almeja a exclusão de comentário do recorrido em postagem de terceiro, na rede social Facebook, efetuado em abril de 2020 (docs. 5-6, ev. 1 da origem).*

*Dessa forma, na publicação em si, que possui maior capacidade de visualização e apenas sete “curtidas”, há menção ao nome do recorrente em razão de sua atividade enquanto radialista — profissão a qual exerce, conforme exordial.*

*Ainda, o comentário tecido pelo agravado é um dentre outros cinquenta associados à postagem, possuindo apenas uma reação de outro usuário da rede social (caracterizada por um “emoticon” com a expressão de espanto), conforme fl. 3, doc. 6, ev. 1 da origem.*

*Portanto, tal situação, a princípio, não demonstra que as pessoas estão acessando os comentários da publicação efetuada em abril de 2020 na rede social.*

*Além da ausência de demonstração de engajamento ou apoio dos demais usuários da rede social ao conteúdo do comentário questionado, também não há notícia de que a publicação tenha causado ao agravante embaraços em situações públicas ou privadas, ou, ainda, que exista risco de ocorrerem.*

*No presente momento, pois, apesar de a publicação parecer causar desconforto ao agravante, não parece haver elementos suficientes para aferir que a postagem de abril de 2020 imponha perigo de dano concreto e atual ao recorrente a justificar a imposição de cerceamento da liberdade de expressão do recorrido sem sequer lhe oportunizar o contraditório.*

*Tal contexto, por ora, enfraquece a suposta urgência do agravante.*

*De outro norte, em primeira análise, não vejo probabilidade do direito quanto ao sustentado pelo demandante.*

*O caso em tela exige o sopesamento entre as garantias constitucionais de liberdade de expressão e comunicação, consoante art. 5º, IX, e 220, §§1º e 2º, da CRFB, e os direitos à intimidade, à honra e à imagem dos indivíduos, nos termos do art. 5º, X, da Carta Cidadã.*

*A respeito da temática, disserta a doutrina:*

*[...] talvez um conceito aproximado do direito, porém distante da polissemia empregada em seu uso comum, poderia ser identificado como uma mensagem propositadamente mentirosa capaz de gerar dano efetivo ou potencial em busca de alguma vantagem. [...]*

*A evidente tensão entre a liberdade de expressão e as medidas para combater a desinformação reside na vagueza e múltiplas faces das fake news. Por estarmos diante de um conteúdo, removê-las ou impedi-las por meios de ferramentas jurisdicionais exigiria uma análise caso a caso. Caso o Judiciário, de forma repressiva, o fizesse de modo abstrato e preventivo, a agressão à liberdade de expressão significaria censura. (in: ABOUD; Georges; NERY JUNIOR; Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord). Fake News e Regulação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, livro eletrônico) (destaque nosso).*

*Desse modo, a liberdade de informação e expressão tem como limite a manifestação de forma ética e verossímil, que não busque meramente atingir os direitos de personalidade da pessoa atingida.*

*Ademais, a fim de avaliar o conteúdo exposto nessas situações, Luis Roberto Barroso sugere a preferência por sanções a posteriori, que não envolvam a proibição prévia de divulgação:*

*O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido — por retificação, retratação ou direito de resposta — e por eventual reparação do dano, quando seja o caso. Já nos casos de violação de privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causal o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua consequência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges — hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado (in: BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade.*

*Crêterios de Ponderação. Interpretação Constitucionalmente Adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>>. Acesso em: 27 Fev. 2020, destaque nosso).*

*Nessa perspectiva,   primeira vista, não obstante o comentário feito em uma das postagens de terceiro Facebook pareça ter potencial para atacar a honra e a imagem do recorrente, o ideal nas hipóteses como o caso em comento é a aplicação de sanções posteriormente   instrução probatória e ao exercício do contraditório, evitando-se censura prévia e o arbitrário cerceamento à liberdade de expressão.*

*Além disso, como apontado pela magistrada a quo, Dra. Livia Borges Zwetsch Beck, é preciso considerar que o recorrente, enquanto radialista e membro da imprensa, está mais exposto a críticas do público, devendo-se evitar a censura prévia.*

*Em abono a este convencimento, mutatis mutandis, encontro na jurisprudência do STJ:*

*[...] 2. O deferimento da tutela inibitória, que procura impedir a violação do próprio direito material, exige cuidado redobrado, sendo imprescindível que se demonstre: (i) a presença de um risco concreto de ofensa do direito, evidenciando a existência de circunstâncias que apontem, com alto grau de segurança, para a provável prática futura, pelo réu, de ato antijurídico contra o autor; (ii) a certeza quanto à viabilidade de se exigir do réu o cumprimento específico da obrigação correlata ao direito, sob pena de se impor um dever impossível de ser alcançado; e (iii) que a concessão da tutela inibitória não irá causar na esfera jurídica do réu um dano excessivo.*

*3. A concessão de tutela inibitória para o fim de impor ao réu a obrigação de não ofender a honra subjetiva e a imagem do autor se mostra impossível, dada a sua subjetividade, impossibilitando a definição de parâmetros objetivos aptos a determinar os limites da conduta a ser observada. Na prática, estará se embargando o direito do réu de manifestar livremente o seu pensamento, impingindo-lhe um conflito interno sobre o que pode e o que não pode ser dito sobre o autor, uma espécie de autocensura que certamente o inibir  nas críticas e comentários que for tecer. Assim como a honra e a imagem, as liberdades de pensamento, criação, expressão e informação também constituem direitos de personalidade, previstos no art. 220 da CF/88. [...] (REsp 1388994/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/09/2013, DJe 29/11/2013, destaque nosso).*

*Ademais, não há falar em pré-julgamento do feito na origem. A magistrada a quo limitou-se a analisar o pedido de tutela de urgência do agravado, em cognição não exauriente, podendo rever seu posicionamento ao longo da instrução probatória.*

*Dessa feita, em j zo perfunctório, considerando o atual momento processual, não vislumbro urgência e probabilidade do direito do recorrente — requisitos indispensáveis previstos pelos arts. 300, caput, e 995, parágrafo único do CPC —, o que impede o deferimento da tutela de urgência almejada.*

*4. Ante o exposto, **INDEFIRO** o pedido de tutela de urgência recursal.*

Em análise definitiva, o entendimento permanece incólume.

Reforço que, mesmo que as ofensas perpetradas nas postagens eventualmente possam ensejar violação a elemento da personalidade do autor, de se ver que se tratam de publicações realizadas mais de três meses antes do ajuizamento e sem repercussão entre os demais usuários.

Aliás, não há notícia de que a publicação tenha causado embaraços públicos ou privados ao autor, de sorte que ausentes elementos suficientes a comprovar a possibilidade de dano concreto,

parece-me prudente aguardar o contraditório e a instrução do feito, evitando-se assim censura prévia.

Por oportuno, destaco que a decisão recorrida foi proferida no exercício da cognição sumária e, portanto, não vincula o julgamento de mérito (prolatado em cognição exauriente).

3. Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

**Desembargador ANDRÉ LUIZ DACOL**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0306093-81.2015.8.24.0018/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR ANDRÉ CARVALHO

APELANTE: ANSELIA CAROLINA DALMUTT

APELANTE: MONGERAL AEGON SEGUROS E PREVIDENCIA S/A

RÉU: OS MESMOS

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. COBERTURA CONTRATADA PARA “DIÁRIAS POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA” (DIT). PARTE AUTORA QUE SE SUBMETEU A PROCEDIMENTO DE RESSECÇÃO DE MAMA ACESSÓRIA, FICANDO AFASTADA DO TRABALHO POR TRINTA DIAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROVIMENTO. APELO DA PARTE AUTORA E ADESIVO DA SEGURADORA.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA ADUZIDA PELA DEMANDADA, ANTE O INACOLHIMENTO DE SEU PLEITO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. IMPROCEDÊNCIA. PROVA DESPICIENDA NA ESPÉCIE. INEXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA QUANTO À NATUREZA DA CONDIÇÃO MÉDICA, DIVERGINDO AS PARTES TÃO-SOMENTE QUANTO À VALIDADE DE CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA. ACERTADO O PROCEDIMENTO ADOTADO NA ORIGEM.

CLÁUSULA EXPRESSA DE EXCLUSÃO DE COBERTURA DE DIÁRIA POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA DECORRENTE DE MALFORMAÇÕES CONGÊNITAS. PLENO CONHECIMENTO DAS CONDIÇÕES GERAIS DA APÓLICE DECLARADO PELA SEGURADA NA PROPOSTA DE ADESÃO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CONTRATO DE SEGURO. SENTENÇA REFORMADA PARA NEGAR PROCEDÊNCIA À AÇÃO. PREJUDICADAS AS RAZÕES DO APELO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS A CARGO DA PARTE AUTORA E ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS POR SER A PARTE AUTORA BENEFICIÁRIA DA JUSTIÇA GRATUITA.

RECURSO ADESIVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DA AUTORA PREJUDICADO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 6ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos, afastar a preliminar de cerceamento de defesa aduzida pela seguradora, e dar parcial provimento ao apelo da seguradora para julgar improcedentes os pleitos exordiais. Ficam prejudicadas as razões do apelo interposto pela parte autora, a qual fica obrigada ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários sucumbenciais em favor dos causídicos da demandada, no importe de 12% do valor atualizado da causa, destacando-se, contudo, a suspensão de sua exigibilidade, por ser a sucumbente beneficiária da justiça gratuita, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de abril de 2021.

**Desembargador ANDRÉ CARVALHO**

**Relator**



## RELATÓRIO

Reproduzo, por sua qualidade e completude, o relatório da sentença, da lavra do Magistrado Ederson Tortelli (fls. 87-92):

ANSELIA CAROLINA DALMUTT aforou(aram) AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO contra MONGERAL AEGON SEGUROS E PREVIDÊNCIA S/A., já qualificado(s). Em sua petição inicial (pg(s). 01-07), alegou(aram): 1) contratou serviços de seguro com a ré; 2) na apólice foi prevista indenização no valor de R\$5.000,00 para a hipótese de incapacidade temporária; 3) em 07-01-2014, foi submetida a tratamento cirúrgico, razão pela qual ficou afastada de suas atividades habituais pelo período de 30 dias; 4) a causa do tratamento é decorrente de Linfoma não-Hodgkin difuso; 5) na data de 09-06-2014, a ré apresentou negativa de pagamento da indenização securitária; 6) ante a incapacidade temporária da autora, a demandada é obrigada a indenizá-la; 7) o contrato firmado deve ser interpretado à luz do Código de Defesa do Consumidor. Requereu(ram): 1) a concessão do benefício da Justiça Gratuita; 2) a determinação de apresentação da documentação pertinente à instrução do feito, pela ré; 3) a condenação da parte ré ao pagamento de indenização securitária; 4) a produção de provas; 5) a condenação da parte demandada ao pagamento das verbas sucumbenciais.

No(a) despacho à(s) pg(s). 14-15, foi(ram): 1) deferido o benefício da Justiça Gratuita; 2) determinada a emenda à petição inicial.

Houve emenda à petição inicial (pg(s). 18-19), por meio do qual (o)(a)(s) autor(a)(es) Anselia Carolina Dalmutt juntou a resposta negativa de pagamento da indenização securitária pela seguradora.

No(a) despacho à(s) pg(s). 20, foi determinado à parte autora que esclarecesse a data de recebimento da negativa.

Houve emenda à petição inicial (pg(s). 23), por meio do qual (o)(a)(s) autor(a)(es) Anselia Carolina Dalmutt informou a data de 09-06-2014 como o dia de ciência inequívoca do indeferimento do pedido administrativo da indenização.

No(a) decisão à(s) pg(s). 24, foi(ram): 1) deferida a emenda à petição inicial; 2) determinada a citação da parte ré.

O(a)(s) réu(ré)(s) Mongeral Aegon Seguros e Previdência S/A. foi(ram) citado(a)(s) pessoalmente (pg(s). 28). O(a)(s) réu(ré)(s) Mongeral Aegon Seguros e Previdência S/A. apresentou(aram) contestação (pg(s). 30-40). Aduziu(ram): 1) prescrição, visto que decorrido o prazo de um ano entre a ciência (09-06-2014) do fato gerador da pretensão e o ajuizamento do feito; 2) a improcedência dos pedidos iniciais em razão do quadro clínico apresentado pela autora ser risco excluído da cobertura; 3) no momento de avaliação do quadro da demandante, a ré considerou os problemas relatados e os exames médicos encaminhados pela seguradora; 4) a demandante não mencionou a doença narrada na inicial, mas tão somente problema congênito; 5) em hipótese de condenação, o valor indenizatório deve se limitar a R\$3.000,00. Requereu(ram): 1) o reconhecimento da prescrição; 2) a total improcedência dos pedidos iniciais; 3) a produção de provas.

O(a)(s) réu(ré)(s) Mongeral Aegon Seguros e Previdência S/A. apresentou(aram) procuração (pg(s). 41-47). O(a)(s) autor(a)(es) Anselia Carolina Dalmutt: 1) apresentou(aram) réplica à contestação (pg(s). 81-85); 2) juntou procuração. Requereu(ram): 1) a rejeição da preliminar arguida pela parte ré; 2) a total procedência dos pedidos iniciais.

Conclusos os autos.

É o relatório necessário.

Sobreveio sentença, que contou com o seguinte dispositivo:

Por todo o exposto, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil:

I) JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para CONDENAR o(a)(s) parte ré ao pagamento de R\$500,00, em favor do(a)(s) parte autora, corrigido monetariamente (INPC) e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da negativa de pagamento (09-05-2014; pg. 19);

II) CONDENO, em razão da sucumbência recíproca (CPC, art. 86), o(a)(s) autor(a)(s) Anselia Carolina Dalmutt ao pagamento de 90%, e o(a)(s) réu(ré)(s) Mongeral Aegon Seguros e Previdência S/A. ao pagamento de 10%, do valor das custas, das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% sobre o valor da condenação (CPC, art. 85, § 2.º).

Quanto à(s) parte(s) autora, a cobrança dos encargos da sucumbência fica suspensa na forma da Lei, visto que defiro o benefício da Justiça Gratuita (pg(s). 08 e 13; CPC, art. 98, §§ 2.º e 3.º).

Publique-se. Registre-se. Intime(m)-se.

Arquivem-se oportunamente.

Chapecó (SC), 13 de agosto de 2018.

Apontando a existência de erro material no julgado, a parte autora opôs Embargos de Declaração (fls. 1-5 dos autos dependentes), os quais foram rejeitados (fl. 7 dos autos dependentes).

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a autora interpôs o recurso de apelação cível presentemente apreciado, sustentando, em síntese, que requereu na inicial a condenação da requerida ao pagamento de 30 diárias de incapacidade temporária (DIT), tendo o juízo a quo equivocadamente a condenado, em vez disso, a pagamento de verba segundo a tabela para o cálculo de indenização em caso de invalidez permanente. Pelo exposto, pugnou pela reforma da sentença para que sejam julgados totalmente procedentes os pleitos exordiais (fls. 98-104).

A demandada, por sua vez, interpôs recurso adesivo, no qual suscita preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, sustenta a inexistência de inadimplemento, ao argumento de que a recusa de cobertura foi regular, pois a incapacidade temporária em questão decorreu de procedimento realizado em razão de “anomalias ou malformações congênicas com manifestação em qualquer época”, risco expressamente excluído nas condições gerais da apólice contratada. Por todo o exposto, pugnou pelo acolhimento da preliminar para que a sentença seja cassada, determinando-se o retorno dos autos à origem para regular instrução e processamento ou, subsidiariamente, para que sejam julgados totalmente improcedentes os pleitos exordiais (fls. 108-117).

Contrarrazões pela seguradora às fls. 118-123.

A parte autora deixou transcorrer in albis o prazo para contrarrazões (fl. 126). Por fim, os autos ascenderam ao Tribunal e me vieram conclusos.

É o necessário relatório.

## VOTO

De início, uma vez que a sentença foi publicada já na vigência do Código de Processo Civil de 2015, convém anotar que o caso será analisado sob o regramento deste diploma processual, em consonância com o Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça.

Isso dito, satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, ambos os recursos merecem ser conhecidos.

Insurgem-se os litigantes contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de pagamento da indenização securitária formulado por Anselia Carolina Dalmutt, referente à cobertura “Diárias por Incapacidade Temporária” (DIT), cuja negativa da Seguradora demandada baseou-se na alegação de que o caso em tela se amolda a hipótese de ausência de cobertura por risco excluído.

Na exordial afirma a Requerente que celebrou com a Demandada contrato de seguro, prevendo a cobertura denominada “Diárias por Incapacidade Temporária” (DIT), a qual daria ensejo a um benefício por incapacidade temporária de R\$ 5.000,00.

Alega que, em 07/01/2014 – e, portanto, após a contratação do mencionado seguro - precisou submeter-se a tratamento cirúrgico, necessitando de repouso e afastamento de suas atividades habituais pelo período de 30 dias para a recuperação pós-operatória.

Como prova do alegado, acostou ao feito atestado médico e também “Comunicação de Decisão” do INSS, deferindo-lhe o benefício previdenciário de auxílio-doença n. 6047712626, atestando sua incapacidade temporária para o exercício das atividades laborais até 07/03/2014.

Narrou que solicitou pagamento perante a Seguradora Ré da verba referente às “Diárias por Incapacidade Temporária” (DIT) previstas na apólice, mas que, para a sua surpresa, o requerimento foi indeferido.

Em contestação, por sua vez, a seguradora asseverou que, nos termos da apólice contratada e de suas condições gerais, com as quais a segurada anuiu expressamente, o escopo das DITs “é garantir pagamento de indenização ao segurado - in casu, à autora - se caracterizado quadro de invalidez temporária que o impossibilite de exercer, de modo pleno, suas atividades laborativas habituais, exceto se decorrente de riscos contratualmente excluídos”. Seguiu afirmando que a negativa administrativa se embasou nos exames médicos encaminhados pela autora à seguradora, segundo os quais o procedimento cirúrgico em questão constituiu tratamento de “mama acessória”, condição que é de natureza congênita e que, como tal, é expressamente excluída de cobertura, nos termos do art. 7º, alínea “j” das Condições Gerais da apólice.

Pois bem, revisitadas as alegações fáticas das partes, passo ao enfrentamento dos apelos, iniciando pela tese de cerceamento de defesa aduzida pela seguradora.

Nesse tópico, afirma a recorrente que “a presente demanda impunha, no mínimo, dilação probatória com vistas a comprovar através de profissional da área médica qual a efetiva natureza da doença manifestada pela apelada, se congênita nos termos da vedação disposta na alínea “j” do artigo 7º das Condições Gerais da apólice ou não, bem como o efetivo período da incapacidade apresentada pela apelada”, sustentando ter laborado em erro o juízo sentenciante ao julgar o mérito de forma antecipada.

Sem razão a recorrente, uma vez que não há controvérsia quanto ao fato que a seguradora pretende provar por meio da dilação probatória postulada, qual seja, a natureza da doença em questão.

Veja-se que, na exordial, a autora afirmou ter sido submetida a “tratamento cirúrgico com o seguinte CID: C83.1 (Linfoma não-Hodgkin difuso, pequenas células clivadas (difuso)) no dia 07 de janeiro de 2014”.

Em contestação, a requerida sustentou que o pedido administrativo se embasou em documentação médica que registrava outra condição, notadamente, “mama acessória”, de natureza congênita.

Em réplica, então, a parte autora corrigiu-se, confirmando que o procedimento cirúrgico realizado foi para “ressecamento de mama acessória (CID 10 Q83.1 – Mama supranumerária)” e registrando que a menção a doença diversa feita na inicial constituiu mero equívoco decorrente da similitude dos CIDs. Diante disso, afirmou taxativamente que “o fundamento do pedido deduzido nestes autos não é outra doença incapacitante, mas a ilegalidade da exclusão de cobertura”.

Daí se conclui que a prova requerida pela ré é desnecessária, uma vez que o ponto controvertido não é a natureza da condição médica que tornou a autora temporariamente incapacitada para o trabalho, versando o litígio tão-somente de questão de hermenêutica contratual securitária, de modo que a prova documental já produzida nos autos mostra-se suficiente para o deslinde da controvérsia, retratando inclusive a duração da incapacidade temporária da autora, o que torna totalmente despicienda a produção de quaisquer outras provas.

Afasta-se, portanto, a preliminar de cerceamento de defesa.

Superada a questão, passo ao enfrentamento do mérito dos reclamos, importando inicialmente destacar que, de acordo com os arts. 789 a 802 do Código Civil, o contrato de seguro de vida, apresentado como uma das modalidades de seguro de pessoas, tem por objetivo garantir, mediante o prêmio ajustado, o pagamento de certa quantia em dinheiro, em razão das coberturas elencadas na apólice.

Tal contratação está consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor como uma relação jurídica de consumo, em razão da atividade securitária estar inserida no ordenamento como sendo 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).

Isso dito, tem-se que, no caso dos autos, a autora entende que faz jus ao pagamento do seguro DIT, ao argumento de que pagou o prêmio correspondente e de que a cláusula de exclusão de cobertura aduzida como fundamento da negativa da seguradora é abusiva, devendo ser expungida do contrato.

A seguradora, por sua vez, defende a validade da cláusula, uma vez que a autora anuiu com ela quando da contratação do seguro, tendo inclusive subscrito declaração de ciência quanto ao inteiro teor das condições gerais da apólice contratada.

A ré acostou à contestação a proposta de adesão (fls. 48-51), as condições gerais DIT (fls. 52-72); e os documentos médicos da autora que instruíram o procedimento administrativo (fls. 73-77).

E, com efeito, na proposta de adesão, a parte autora declarou ciência acerca de todas as condições gerais do contrato de seguro que assinava naquele momento, bem como afirmou concordar com os termos nele explicitados (fl. 50):

#### DECLARAÇÕES DO PROPONENTE

(...) Declaro, ainda, que tive prévio e expreso conhecimento e estou de acordo com os termos dos regulamentos/condições gerais dos planos escolhidos (...). Desta maneira, reconheço que a minha assinatura na presente proposta implica na minha automática adesão aos referidas regulamentos/condições gerais, sabendo, desde já, que a aceitação da proposta estará sujeita à análise do risco.

Das condições gerais DIT, por sua vez, consta a seguinte cláusula limitativa de abrangência (fl. 62):

Art. 7º - Além dos riscos mencionados acima, consideram-se também como Riscos Excluídos, para a cobertura de diária por incapacidade temporária, os abaixo especificados:

(...)

j) anomalias ou malformações congênitas com manifestação em qualquer época;

A condição médica que levou a autora à realização do procedimento cirúrgico que a deixou temporariamente

incapacitada para o trabalho e sua natureza congênita são incontroversas, divergindo as partes quanto à validade da cláusula supratranscrita.

A meu ver, tem razão a seguradora demandada, uma vez que “nem toda cláusula restritiva é abusiva”, pois o “reconhecimento de eventual abusividade depende sempre da constatação de alguma das condições previstas no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, isto é, da demonstração, no caso concreto, da existência de situação extrema que demande intervenção por parte do Poder Judiciário naquele contrato, a fim de de proteger o consumidor” (TJSC, Apelação Cível n. 0304213-54.2015.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 21-03-2017).

Tal não é o caso dos autos, pois “o contrato de seguro possui interpretação restritiva – art. 757 do Código Civil, destacando-se que não há conflito, nesse ponto, com o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a interpretação mais benéfica ao Aderente não pode possuir o condão de alterar o tipo de risco para o qual o seguro foi contratado” (TJSC, Apelação Cível n. 0018227-87.2013.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Rosane Portella Wolff, j. 21-11-2016).

Muito menos há ofensa ao disposto no art. 54, § 4º, do CDC, tendo em vista que as cláusulas excludentes de indenização estão grifadas, corroborando com a intenção de “destaque” que menciona o referido artigo.

Dessa forma, é de fato descabida a pretensão da parte autora em ver reconhecido o seu direito à indenização securitária, pois, muito embora o procedimento cirúrgico em questão tenha de fato a tornado temporariamente incapacitada para o trabalho, a condição médica que ensejou o procedimento é expressamente excluída das hipóteses de cobertura securitária contratada. Por conseguinte, em havendo cláusula redigida de forma clara e inequívoca, excluindo referida condição da cobertura contratada, inexistente dever de indenizar.

Isso porque a responsabilidade da Seguradora é limitada ao risco assumido, ficando ela desobrigada de garantir à Seguradora riscos não incluídos no contrato, de modo que, existindo previsão contratual acerca da não cobertura do risco, com a expressa e clara exclusão da referida condição, ausente o dever da Seguradora de pagar a indenização.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Apelação cível. Seguros. Ação de cobrança. Diárias por incapacidade temporária. Cláusula que prevê afastamento da cobertura securitária para incapacidades relacionadas à osteoartrose. Risco excluído expressamente. Inexistindo dúvidas no contrato de seguro, relativas à interpretação de suas cláusulas, é inócua a aplicação de interpretação em prol do consumidor, nos termos do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor. Ausência de obscuridade na cláusula contratual. Apelo provido. (Apelação Cível n. 70063322762, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 12/03/2015; grifou-se).

No mesmo sentido pronunciou-se recentemente esta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA SECURITÁRIA. PRETENDIDA COBERTURA DE DIÁRIAS POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR. ALEGADA IRREGULARIDADE DA NEGATIVA ADMINISTRATIVA. TESE DE VIOLAÇÃO

AO DIREITO DE INFORMAÇÃO ACERCA DA EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA LIMITATIVA. INSUBSISTÊNCIA DAS TESES RECURSAIS. AUTOR QUE CONTRATOU, DENTRE OUTRAS COBERTURAS, DIÁRIA POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. COMPROVADO AFASTAMENTO DAS ATIVIDADES. PROVAS E CIRCUNSTÂNCIAS QUE, NO ENTANTO, EVIDENCIAM A ORIGEM DAS PATOLOGIAS (TENDINITE E BURSITE) NA ATIVIDADE LABORAL. RISCO EXPRESSAMENTE EXCLUÍDO. PROPOSTA QUE CONTA COM CIÊNCIA E ASSINATURA DO AUTOR QUANTO AO TEOR DO CONTRATO. OBSERVÂNCIA DO DIREITO À INFORMAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE A CLÁUSULA TENHA SIDO POSTERIORMENTE INSERIDA PELA SEGURADORA. HIGIDEZ DA NEGATIVA. SENTENÇA MANTIDA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS, COM OBSERVAÇÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0305214-88.2017.8.24.0023, da Capital, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 09-06-2020).

Sob tais circunstâncias, deve-se dar provimento ao apelo adesivo da seguradora no ponto, para julgar improcedentes os pleitos exordiais e afastar a sua condenação ao pagamento do seguro postulado nestes autos.

Diante da reforma ora operada, ficam prejudicadas as razões do apelo interposto pela parte autora.

Como resultado do julgado, devem os ônus sucumbenciais ser arcados integralmente pela parte autora, que fica também obrigada ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos causídicos da demandada, os quais ficam arbitrados no importe de 12% do valor atualizado da causa, com fulcro nos parâmetros do art. 85, § 2º, do CPC/2015. Ressalta-se, no entanto, a suspensão da exigibilidade de tais verbas, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita (fl. 92).

Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer de ambos os recursos, afastar a preliminar de cerceamento de defesa aduzida pela seguradora, e dar parcial provimento ao apelo da seguradora para julgar improcedentes os pleitos exordiais. Ficam prejudicadas as razões do apelo interposto pela parte autora, a qual fica obrigada ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários sucumbenciais em favor dos causídicos da demandada, no importe de 12% do valor atualizado da causa, destacando-se, contudo, a suspensão de sua exigibilidade, por ser a sucumbente beneficiária da justiça gratuita.

**Desembargador ANDRE CARVALHO**

**Relator**



## **APELAÇÃO Nº 5007070-45.2019.8.24.0075/SC**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 5007070-45.2019.8.24.0075/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA DENISE VOLPATO

APELANTE: FLAVIA LAIZ HULSE (AUTOR)

ADVOGADO: ALESSANDRO REBELO DA SILVA CAMPPELLI (OAB SC012886)

APELANTE: VIAJAR BARATO VIAGENS E TURISMO S/A. (RÉU)

ADVOGADO: JEFFERSON COSTA MARTINS (OAB SP343769)

APELADO: OS MESMOS

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AQUISIÇÃO DE PACOTE TURÍSTICO INTERNACIONAL. ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DA DEMANDADA (NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR SOBRE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA REALIZAÇÃO DE VIAGEM INTERNACIONAL) QUE OBSTOU O GOZO COMPLETO DO PACOTE TURÍSTICO PELO AUTORA, CAUSANDO-LHE DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANOS MORAIS FIXADO EM MONTANTE INFERIOR AO POSTULADO NA EXORDIAL.

RECURSO DA REQUERIDA. PLEITO OBJETIVANDO O AFASTAMENTO DAS

CONDENAÇÕES FIXADAS, AO ARGUMENTO DE INEXISTÊNCIA DE FALHA NO SERVIÇO POR SI PRESTADO. INSUBSISTÊNCIA. REQUERIDA QUE NÃO INFORMOU ADEQUADAMENTE À REQUERENTE SOBRE A NECESSIDADE DA APRESENTAÇÃO DO COMPROVANTE DE VACINA CONTRA A FEBRE AMARELA. ENTREGA DO MATERIAL EXPLICATIVO NÃO COMPROVADA. DEVER DE INFORMAÇÃO NÃO CUMPRIDO. EXEGESE DO ARTIGO 6º, INCISO III, DO CDC. SITUAÇÃO QUE IMPEDIU A ENTRADA DA REQUERENTE EM PAÍS ESTRANGEIRO, E CULMINOU COM A SUA DEPORTAÇÃO. AUTORA QUE, ALÉM DE TER SIDO PRIVADA DE USUFRUIR A INTEGRALIDADE DO PACOTE TURÍSTICO ADQUIRIDO, TEVE QUE ARCAR COM AS DESPESAS EXTRAS GERADAS EM RAZÃO DA CONDUTA DA REQUERIDA. PRETENSÃO DE APLICABILIDADE DA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE: CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO, AFASTADA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DA DEMANDADA CONFIGURADA. DANOS MATERIAIS E MORAIS COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PEDIDO DA REQUERIDA DE MINORAÇÃO DA QUANTIA ARBITRADA. RECURSO DA AUTORA OBJETIVANDO A MAJORAÇÃO DO REFERIDO VALOR. INSUBSISTÊNCIA DE AMBOS OS RECURSOS. VALOR FIXADO DE FORMA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL À EXTENSÃO DO DANO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 944 DO CÓDIGO CIVIL. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DA CAPACIDADE FINANCEIRA DAS PARTES, BEM COMO DO CARÁTER PEDAGÓGICO E INIBIDOR DA REPRIMENDA. VALOR INDENIZATÓRIO MANTIDO.

RECURSO DA AUTORA. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SUBSISTÊNCIA. PROVIMENTO DA INTEGRALIDADE DOS PEDIDOS AUTORAIS, PORÉM EM MENOR EXTENSÃO, QUE NÃO IMPORTA EM SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CONDENAÇÃO DA PARTE DEMANDADA AO PAGAMENTO INTEGRAL DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA

REFORMADA NESTE ASPECTO.

REQUERIMENTO DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. DESCABIMENTO.

RECURSO DA REQUERIDA CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 6ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso da requerida e negar-lhe provimento e, conhecer do recurso da autora e dar-lhe parcial provimento tão somente para condenar a demandada ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência fixados em Sentença, com fulcro no artigo 85, §2º, e incisos do CPC, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 11 de maio de 2021.

**Desembargadora DENISE VOLPATO**

**Relatora**

## **RELATÓRIO**

Flávia Laiz Hülse ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em desfavor de Viajar Barato Viagens e Turismo S/A, informando ter adquirido, através da requerida, em 26/08/2019, pacote turístico internacional de treze dias, com data de embarque para o Panamá prevista para o dia 23/10/2019. Atribuiu à parte demandada a responsabilidade de fornecer todas as informações e providências que deveriam ser adotadas para realização da referida viagem. Destacou, no entanto, ter sido impedida de ingressar no Panamá, em razão da falha na prestação do serviço da demandada, a qual não lhe comunicou sobre a necessidade da realização prévia da vacina da febre amarela, requisito indispensável para ingresso no referido país. Discorreu sobre a humilhação vivenciada ao ser impedida de ingressar no referido país, sua deportação e a perda de grande parte da viagem de férias previamente programada. Acrescentou, ainda, ter sofrido prejuízos materiais com a necessidade de aquisição de novas passagens para dar continuidade ao restante do pacote turístico, sublinhando o descaso da demandada com a sua situação. Em razão do exposto, postulou a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 6.050,33 (seis mil e cinquenta reais e trinta e três centavos) e danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), ambos acrescidos dos consectários legais. Valorou a causa e juntou documentos.

Devidamente citada, a requerida apresentou contestação (Evento 9), defendendo, prefacialmente, sua ilegitimidade passiva ad causam, ao argumento de ser mera intermediadora no processo de aquisição de passagens aéreas pelos consumidores junto às Companhias Aéreas, não

possuindo qualquer ingerência na atividade da Companhia Aérea, especialmente sobre o controle de embarque dos passageiros e, muito menos, nas regras para ingresso de imigrantes turistas nos países que são destinos das viagens. No mérito, asseverou ter cumprido integralmente o seu papel ao informar corretamente a parte Autora da necessidade de portar o certificado de vacinação para viajar, sublinhando estar a advertência sobre a documentação necessária apresentada em diferentes momentos. Rechaçou a pretensão de inversão do ônus probatório, atribuindo exclusivamente à requerente a culpa pelos transtornos ocorridos, ao não ler as advertências fornecidas e adotar as exigências pessoais necessárias para realização da viagem internacional. Imputou, ainda, a companhia aérea Copa Airlines a coparticipação pelo evento danoso ocorrido, ao aceitar declaração médica informal sobre a vacina para autorizar o embarque dos passageiros. Em razão do exposto, rechaçou as pretensões indenizatórias deduzidas contra si, pugnando a improcedência dos pedidos exordiais. Sucessivamente, requereu a fixação de eventual indenização em valor comedido.

Apresentada réplica (Evento 14), sobreveio Sentença (Evento 18), da lavra do Magistrado Edir Josias Silveira Beck, julgando a lide nos seguintes termos: Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES EM PARTE os pedidos iniciais, condenando a empresa aérea ao pagamento de R\$ 6.050,33 a título de indenização material, com correção monetária e juros legais de mora desde o desembolso da quantia, e R\$ 7.000,00 por danos morais, quantia esta monetariamente corrigida desde a presente data e com juros moratórios de lei contados da data em que a autora foi deportada (Súmula n. 54 do STJ). Recíproca a sucumbência, em distribuição proporcional dos ônus, condeno as partes ao pagamento pro rata das custas processuais. Em relação aos honorários de advogado, vai a autora condenado a pagar 10% sobre a diferença hoje existente entre o valor atualizado da causa e o total da condenação, indo a ré condenada a pagar 20% da condenação. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transitada em julgado, ao contador judicial para cálculo e procedimento de cobrança das custas devidas e, na sequência, arquivem-se.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação (Evento 21), pugnando a majoração do valor da indenização por danos morais para o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), bem como a condenação exclusiva da requerida ao pagamento dos ônus sucumbenciais, nos termos da Súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, questiona a aplicabilidade do entendimento sumular supracitado.

A requerida, por sua vez, interpôs recurso de apelação (Evento 27), sustentando a assertiva de que não houve falha na prestação do seu serviço. Alega ter cumprido integralmente o seu papel ao informar corretamente a parte Apelada da necessidade de portar o certificado de vacinação para viajar, sublinhando estar a advertência sobre a documentação necessária apresentada em diferentes momentos. Explica estar a necessidade da apresentação do comprovante de vacinação expressamente disposto no Voucher entregue à requerente, atribuindo-lhe a responsabilidade de ler as informações constantes no referido documento. Cita, ainda, o site da empresa, bem como o termo de condições gerais que foi preenchido e assinado pela parte Apelada no dia 04/09/2019, como prova do cumprimento do dever de informação, sustentando não ter ocorrido qualquer falha na prestação do seu serviço. Assevera que ao embarcar com declaração médica informal sobre a vacina a requerente descumpriu as recomendações expressamente dispostas nos documentos fornecidos para sua

viagem, rechaçando sua responsabilização pelos alegados prejuízos materiais e morais aventados pela requerente. Subsidiariamente, imputa à empresa de transporte aéreo a responsabilidade pelo ocorrido, em razão de ter permitido o embarque da autora sem a documentação necessária, defendendo a aplicabilidade da excludente de responsabilidade: culpa exclusiva de terceiro. Por fim, requer a minoração do valor da indenização por danos morais.

Contrarrazoado o recurso pela requerida (Evento 28), e pela autora (Evento 32), ascenderam os autos a este Tribunal.

## VOTO

### 1. Admissibilidade

É consabido que o procedimento recursal exige o preenchimento de pressupostos específicos, necessários para que se possa examinar o mérito do recurso interposto. Portanto, torna-se imperiosa, num primeiro momento, a análise dos pressupostos recursais, em razão de constituírem a matéria preliminar do procedimento recursal, ficando vedado ao Tribunal o conhecimento do mérito no caso de não preenchimento de quaisquer destes pressupostos.

Tais pressupostos são classificados como intrínsecos (cabimento, interesse recursal, legitimidade recursal, inexistência de fato extintivo do direito de recorrer) e extrínsecos (regularidade formal, tempestividade e preparo). Os pressupostos intrínsecos estão atrelados ao direito de recorrer, ao passo que os extrínsecos se referem ao exercício desse direito.

Assim, devidamente recolhidas as custas de preparo recursal por ambas as partes (Evento 21 – COMP2 e Evento 27 – COMP3), e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise dos recursos.

Tratam-se de recursos interpostos por ambas as partes contra Sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais movida por Flávia Laiz Hülse em desfavor de Viajar Barato Viagens e Turismo S/A, na qual o Magistrado a quo reconheceu a falha na prestação do serviço da requerida – consubstanciada no não cumprimento adequado do dever de informação, que impediu o gozo completo do pacote turístico internacional adquirido pela requerente – e sua consequente responsabilidade pelos danos sofridos pela autora, julgando parcialmente procedente a lide, para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$ 6.050,33 (seis mil e cinquenta reais e trinta e três centavos) e danos morais no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), ambos acrescidos dos consectários legais e da metade dos ônus sucumbenciais.

Em suas razões recursais, pretende a requerida a reforma da Sentença para afastar as condenações fixadas, asseverando não ter ocorrido qualquer falha na prestação do seu serviço. Sucessivamente requer a aplicabilidade da excludente de responsabilidade: culpa exclusiva de terceiro e/ou a minoração do valor da indenização por danos morais arbitrada.

A requerente, por sua vez, objetiva a majoração do valor da indenização por danos morais, e a condenação da requerida ao pagamento integral dos ônus sucumbenciais, prequestionando a matéria no ponto.

Delimitado o âmbito recursal, passa-se à análise das insurgências aventadas.

## 2. Do recurso da requerida

*Ab initio*, imprescindível ressaltar ter sido o Código de Defesa do Consumidor devidamente aplicado pelo Juízo de Primeiro Grau, inexistindo qualquer insurgência recursal neste tocante, razão pela qual a análise do presente recurso será realizada sob o manto da legislação consumerista.

Dito isso, é cediço que, à configuração da responsabilidade civil objetiva, prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, exige-se a comprovação da prática de conduta comissiva ou omissiva, causadora de prejuízo à esfera patrimonial ou extrapatrimonial de outrem, independentemente de culpa, decorrendo dessas situações, os seus pressupostos: ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

Diante desse contexto, incumbe a requerente demonstrar o dano e o nexo causal com a atividade desenvolvida pela demandada (artigo 14 do CDC), competindo à fornecedora do serviço, a fim de eximir-se da reponsabilidade, a comprovação de alguma das excludentes previstas no artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

*“§ 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.”*

Na hipótese, dessume-se incontroverso dos autos ter a parte autora adquirido, em agosto de 2019, pacote turístico internacional ofertado pela requerida, pelo valor total de R\$ 5.424,00 (cinco mil quatrocentos e vinte e quatro reais), contendo os seguintes serviços: a) deslocamento aéreo de São Paulo ao Panamá, no dia 23/10/2019 e hospedagem de dois dias em hotel naquele destino; b) deslocamento aéreo do Panamá para cidade de Cartagena (Colômbia), no dia 25/10/2019, com hospedagem de um dia; c) um cruzeiro de sete dias (26.10 a 02.11.19) pelo Caribe; e d) hotel em Cartagena 02.11 a 04.11.19 (Evento 1 – OUT 9).

Igualmente incontestável, o fato de a requerente, na data programada para início da viagem, ter sido impedida de ingressar no Panamá, restando deportada ao Brasil, em razão de não ter apresentado o comprovante da vacinação da febre amarela (Evento 1 – OUT 14).

De acordo com o alegado pela requerente em sua exordial, a responsabilidade pelo insucesso da sua viagem de férias decorreu da falha na prestação do serviço da demandada, a qual não informou

previamente sobre a necessidade da apresentação do comprovante de vacinação da febre amarela, para ingressar no Panamá.

A requerida, por sua vez, alega ter cumprido o dever de informação, atribuindo à desídia da autora, ao não ler as informações constantes nos documentos por si fornecidos, a responsabilidade pelo evento danoso ocorrido.

Sentenciado o feito, o Magistrado *a quo*, reconheceu que a requerida, ao responder os questionamentos específicos formulados pela autora acerca dos documentos necessários para viagem, atraiu para si a responsabilidade pelo ocorrido, julgando parcialmente procedente a lide, para condenar a demandada ao pagamento das indenizações por danos materiais e morais.

A demandada, no entanto, discorda da referida conclusão, insistindo na assertiva de ter cumprido integralmente o seu papel de informar à requerente sobre a necessidade de portar o certificado de vacinação para viajar. Alega estar referida exigência contida no voucher, bem como no termo de condições gerais que foi preenchido e assinado pela autora. Atribui, outrossim, à requerente (por ter embarcado sem a documentação necessária) ou a empresa aérea (por ter permitido o embarque sem a documentação necessária) a responsabilidade pelos transtornos ocorridos, pleiteando a aplicabilidade da excludente de responsabilidade: culpa exclusiva de terceiro.

Cinge-se, portanto, a celeuma recursal em analisar o cumprimento ou não pela requerida do dever de informação ao consumidor e sua consequente responsabilidade pelos danos aventados pela requerente.

Pois bem.

Como já dito, infere-se incontroverso dos autos, ter a requerente adquirido junto à demandada pacote turístico internacional com destino inicial programado para o Panamá (Evento 1 – OUT 9), tendo sido a entrada no referido país obstada em razão de a requerente não dispor do comprovante de vacinação da febre amarela.

De acordo com o alegado pela requerida e, conforme se extrai das condições gerais do contrato de prestação de serviços firmado entre as partes, competia à requerente a obrigação exclusiva de providenciar a documentação pessoal exigida para viagem, nos seguintes termos (Evento 9 – CONTR 5):

#### 9. DOCUMENTOS - INFORMAÇÕES BÁSICAS

9.1. O porte de documentos pessoais exigidos para a viagem é de obrigação exclusiva do CLIENTE, cabendo-lhe obter, por absoluta responsabilidade e com a devida antecedência, tudo a que for necessário para seu perfeito embarque (consultar despachantes, consulados e ANVISA).

[...]

9.3. Em outros destinos internacionais é necessário Passaporte, em bom estado de conservação, dentro do prazo de validade, com os respectivos vistos consulares e/ou de múltiplas entradas e atestados de vacinas para aqueles países que assim o exigirem.

No entanto, em que pese referida cláusula contratual prever a obrigação da consumidora no tocante a apresentação dos atestados de vacinas para realização da viagem, não há no ajuste supracitado qualquer especificação sobre o tipo de vacina exigido nos países que compunham o pacote turístico adquirido pela requerente.

Como se não bastasse, in casu, a requerida adotou conduta capaz de induzir a requerente em erro.

Isso porque, ao ser questionada especificamente pela autora sobre os requisitos necessários para viagem, deixou de informar sobre a necessidade da apresentação do comprovante de vacinação da febre amarela, limitando-se a orientá-la sobre a apresentação do passaporte, consoante se infere da cópia do e-mail trocado entre as partes, em 15/10/2019, senão vejamos (Evento 1 – OUT 14):

*De: Flavia Hulse*

*Date: ter., 15 de out. de 2019 às 14:54*

*To: Atendimento Viajar Barato*

*Boa tarde André. Temos que fazer mais alguma coisa? Documentos para viajar são só Carteira de Identidade e Passaporte?*

*De: Atendimento Viajar Barato*

*Date: ter., 15 de out. de 2019 às 14:56 To: Flavia Hulse*

*Sra. Flavia, boa tarde Só imprimir a documentação e aproveitar a viagem. REQUISITOS PARA EMBARQUE PARA VÔO INTERNACIONAL*

- *Exige passaporte original com validade mínima de 06 meses.*
- *Menor desacompanhado dos pais é necessário autorização com firma reconhecida em cartório.*
- *Não são aceitas documentação de profissionais como Advogados, Médicos, Engenheiros e Carteira Nacional de Habilitação (CNH).*

*Apresentação para embarque com 03h00 de antecedência ao horário de embarque*

Como visto, ao ser provocada pela requerente sobre os requisitos necessários para viagem, a requerida nada menciona sobre a necessidade do certificado de vacinação internacional, atraindo para si a responsabilidade pelo ocorrido.

Ressalte-se, ainda, que, apesar de a requerida ter acostado aos autos cópia do Voucher que alega ter enviado à requerente (Evento 9 – ANEXO 4), contendo a informação expressa sobre a necessidade da apresentação do certificado de vacinação, não logrou êxito em comprovar o efetivo envio da referida documentação à autora, que, inclusive, em sede de réplica (Evento 14 – PET 1), refutou expressamente o recebimento de tal documento.

Nessa senda, ressaltou-se inegável a falha na prestação do serviço da requerida, ao não prestar a



informação adequada à consumidora, mesmo tendo sido expressamente provocada nesse sentido, sobre a documentação necessária para realização da viagem internacional.

Inclusive, em situação semelhante, destaca-se da jurisprudência deste Sodalício:

*APELAÇÕES CÍVEIS. (...) TESES COMUNS. RESPONSABILIDADE POR FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INFORMAÇÃO. ART. 6.º, III, DO CDC. VIOLAÇÃO. RÉS QUE NÃO COMUNICAM AOS CONSUMIDORES A NECESSIDADE DE VACINA CONTRA A FEBRE AMARELA. MATERIAL EXPLICATIVO. ENTREGA NÃO COMPROVADA. EMBARQUE VEDADO PELAS AUTORIDADES. FALHA EVIDENCIADA. ART. 14 DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM ABALO ANÍMICO QUE SUPERA MERO TRANSTORNO. PROVA. DESNECESSIDADE. DANOS MATERIAIS. EMBARQUE VEDADO QUANDO OS PASSAGEIROS JÁ SE ENCONTRAVAM EM MANAUS. PASSAGENS DE VOLTA ADQUIRIDAS ATRAVÉS DO SERVIÇO DA APELANTE. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO. RETORNO ANTECIPADO. DESPESAS COM HOSPEDAGEM, TRANSLADO E RETORNO A FLORIANÓPOLIS. COMPROVAÇÃO. DESEMBOLSO DECORRENTE DA VIAGEM FRUSTRADA. RESSARCIMENTO DEVIDO. (...) (TJSC, Apelação Cível n. 2009.032691-8, de São José, rel. Artur Jenichen Filho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 30-10-2014).*

Afasta-se, outrossim, a pretensão da aplicabilidade das excludentes de responsabilidade previstas no artigo 14, §3º, inciso II, do CDC, porquanto o fato de a companhia aérea ter permitido o embarque da autora sem a documentação necessária, não afasta a sua responsabilização pelo insucesso da viagem, o qual decorreu única e exclusivamente em razão de a requerida não ter comunicado previamente à autora/consumidora sobre a integralidade da documentação necessária.

Desse modo, constatada a falha na prestação do serviço da requerida, decorrente da falta de informação adequada, deve a mesma ser responsabilizada pelos danos materiais (despesas com aquisição de novas passagens aéreas, deslocamento, hospedagem e ligações telefônicas – Evento 1 – OUT 5/13) e morais sofridos pela requerente.

Tocante ao pedido de minoração do valor da indenização por danos morais, registre-se que este será analisado em conjunto com o recurso da autora, que pretende a majoração da referida quantia.

### 3. Do recurso da autora

#### 3.1. Do quantum indenizatório

*In casu*, ambas partes se insurgem contra o valor da indenização por danos morais, fixada pelo Juízo a quo em R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

Em suas razões recursais, a requerida assevera ser excessiva a quantia indenizatória fixada, pugnando a sua minoração.

A parte autora, por sua vez, objetiva a majoração do referido valor para o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Pois bem.

*Ab initio*, impende destacar estar incontroverso nos autos o abalo moral sofrido pela autora, em razão da falha na prestação do serviço da demandada.

Ora, consoante bem demonstrado na exordial, além de a requerente ter sido impedida de ingressar no Panamá, privando-se de uma parcela do pacote turístico previamente adquirido, foi deportada para o Brasil (Evento 1 – OUT 4), tendo que arcar às suas expensas com as despesas de estadia, locomoção, ligações e novas passagens para conseguir usufruir do restante do pacote turístico que havia adquirido junto à requerida (Evento 1 – OUT 5/13).

Nessa senda, em virtude da inexistência de parâmetros legais para fixação da verba indenizatória, prepondera na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o arbitramento da indenização pelo Magistrado levará em consideração os critérios de razoabilidade e proporcionalidade além de analisar as peculiaridades do caso concreto.

Estabeleceu-se, ainda, a necessidade de analisar-se não só as possibilidades financeiras do ofensor - pois a reprimenda deve ser proporcional ao seu patrimônio material, para que surta efeito inibitório concreto -, mas igualmente do ofendido, pois o Direito não tolera o enriquecimento sem causa.

Outrossim, importante salientar que, em caso tais, a indenização arbitrada guarda, além do caráter compensatório pelo abalo causado em razão do ato ilícito praticado, também o caráter pedagógico e inibitório, vez que vista precipuamente coibir a continuidade ou repetição da prática pela requerida.

O montante indenizatório a ser fixado, portanto, deve respeitar as peculiaridades do caso, levando-se em consideração a extensão do dano impingido à parte autora (artigo 944 do Código Civil), mas igualmente o grau de aviltamento dos valores social e constitucionalmente defendidos (artigo 1º, incisos II e III, da Constituição Federal; artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) da dignidade humana e cidadania, tudo conforme a gravidade da ofensa.

Assim, da análise do caso concreto, vê-se, de um lado, a requerida, sociedade empresária de renome nacional, cuja falha na prestação do seu serviço – consubstanciada no não cumprimento do dever de informação à consumidora –, impediu a requerente de usufruir a integralidade do pacote turístico adquirido, causando-lhe diversos transtornos de ordem financeira e psíquica.

De outro norte, têm-se a autora, servidora pública federal que, na qualidade de consumidora adquiriu pacote turístico comercializado pela demandada, objetivando desfrutar com tranquilidade do seu período de férias, mas no entanto enfrentou diversos transtornos em razão da conduta desidiosa da parte demandada.

Nesse viés, curial observar a proporcionalidade entre o ato ilícito praticado e os danos morais suportados pela parte autora, de modo a compensá-la de forma razoável e proporcional à extensão do dano, sem, contudo, provocar a ruína financeira do ofensor, bem como, imprimir o necessário caráter inibitório e pedagógico visando evitar conduta reincidente por parte da demandada.

Dessarte, ponderadas as particularidades do caso em exame, sopesando-se os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, mantém-se o valor indenizatório fixado em Sentença (R\$ 7.000,00), pois, comparativamente às possibilidades financeiras da ofensora, se mostra suficiente à configurar a reprimenda pelo ilícito, bem como garante adequada composição do abalo anímico sem provocar enriquecimento indevido da autora.

### 3.2. Dos ônus sucumbenciais

Insurge-se, ainda, a requerente contra o reconhecimento da sucumbência recíproca, pugnando a condenação da requerida ao pagamento integral dos ônus sucumbenciais.

Pois bem.

No tocante aos encargos processuais, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

*“Há sucumbência recíproca quando uma das partes não obteve tudo o que o processo poderia lhe proporcionar. Se o autor pediu 100 e obteve 80, sucumbiu em 20, ao mesmo tempo em que o réu sucumbiu em 80. Quando a parte sucumbiu em parte mínima do pedido, não se caracteriza a sucumbência recíproca. [...] As despesas processuais e os honorários de advogados deverão ser rateados entre as partes, na medida de sua parte na derrota, isto é, de forma proporcional. [...] Quando a perda for ínfima, é equiparada à vitória, de sorte que a parte contrária deve arcar com a totalidade da verba de sucumbência (custas, despesas e honorários de advogado). A caracterização de “parte mínima do pedido” dependerá de aferição pelo juiz, que deverá levar em consideração o valor da causa, o bem da vida pretendido e o efetivamente conseguido pela parte.” (Código de processo civil comentado: e legislação extravagante. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 389, destaque no original).*

*In casu*, verifica-se que o ponto nodal da quaestio cingiu-se aos pedidos de condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, tendo a requerente obtido êxito em ambos pleitos.

O Magistrado a quo, no entanto, fixou a sucumbência de forma recíproca, em razão de o valor da indenização por danos morais ter sido arbitrado em quantia inferior a postulada pela autora em sua exordial.

Todavia, de acordo com entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, o fato de a indenização por danos morais ter sido fixada em quantia inferior à postulada na exordial, não implica no reconhecimento da sucumbência da parte autora, senão vejamos:

*Súmula 326 STJ. Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.*

Inclusive, nesse sentido, já se manifestou este Órgão Fracionário:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA.*

*PLEITO DE REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. SUBSISTÊNCIA. ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. VALOR DA CONDENAÇÃO A TÍTULO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL FIXADO A MENOR DO QUE O PEDIDO. FATO QUE NÃO IMPORTA EM SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA N. 326 DO STJ. PARTE RÉ QUE DEVE ARCAR COM A INTEGRALIDADE DE TAL ÔNUS. (...)* (TJSC, Apelação n. 0300499-80.2019.8.24.0007, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. André Luiz Dacol, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 16-03-2021).

E ainda:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO COM PACTO ACESSÓRIO DE SEGURO DE PROTEÇÃO FINANCEIRA PARA O CASO DE DESEMPREGO. OCORRÊNCIA DO SINISTRO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. INCLUSÃO DO NOME DO REQUERENTE NO ROL DE INADIMPLENTES. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO FIXADO EM VALOR INFERIOR AO POSTULADO NA EXORDIAL.*

*(...) RECURSO DO AUTOR. PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SUBSISTÊNCIA. PROVIMENTO DA INTEGRALIDADE DOS PEDIDOS AUTORAIS, PORÉM EM MENOR EXTENSÃO, QUE NÃO IMPORTA EM SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CONDENAÇÃO DA PARTE DEMANDADA AO PAGAMENTO INTEGRAL DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA REFORMADA NESTE ASPECTO.*

*(...) (TJSC, Apelação Cível n. 0304046-05.2015.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 09-06-2020).*

Nessa senda, impõe-se a reforma da Sentença neste tocante, com a aplicação do disposto no artigo 85, do Código de Processo Civil, ou seja, a demandada pagará integralmente as custas processuais e honorários advocatícios fixados na Sentença de Primeiro Grau.

### 3.3. Do prequestionamento

Por fim, a requerente prequestiona a matéria debatida nas razões recursais.

Nesse aspecto, há que se ressaltar não ter o Poder Judiciário obrigação de se manifestar sobre

toda e qualquer argumentação levantada pela parte, mas sim tão-somente fazer referência aos fatos e ao direito aplicável ao caso concreto, afigurando-se suficiente a abordagem completa do seu conteúdo jurídico, como ocorrido.

Ora, o Judiciário é um poder independente, que deve prestar sua função jurisdicional de forma universal, tendo sua atuação adstrita aos limites dos pedidos das partes. Entretanto, como forma de dispensar um serviço mais ágil e eficaz à coletividade, não pode ser refém de todo e qualquer argumento despropositado, tal qual o que encerra o presente recurso.

A resposta ao impulso oficial deve, assim, ater-se ao ponto nodal do litígio, sempre à luz do direito efetivamente aplicável ao caso concreto.

Ademais, o fato de uma decisão exarada por um dos Órgãos Judicantes do Estado afrontar disposição de lei, mesmo sem que haja expressa citação de seus artigos, já confere a possibilidade lógica (exegética) da parte manejar Recurso Especial. Não se faz, pois, necessário movimentar mais uma vez a dispendiosa máquina do Judiciário para o esclarecimento dialético das razões de decidir de matéria corretamente julgada.

Oportuna a transcrição:

*“O não acolhimento das teses contidas no recurso não implica obscuridade, contradição ou omissão, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. Não está o Tribunal obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento, consoante dispõe o art. 131 do CPC. Outrossim, é pacífico o entendimento no STJ de que os embargos declaratórios, mesmo quando manejados com o propósito de prequestionamento, são inadmissíveis se a decisão embargada não ostentar qualquer dos vícios que autorizariam a sua interposição. Confira-se, nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no Ag 680.045/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 03.10.2005; EDcl no AgRg no REsp 647.747/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 09.05.2005; Edcl no MS 11.038/DF, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12.02.2007.” (STJ, Resp 976.522-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 02/02/2010).*

Assim, rejeita-se o prequestionamento pretendido.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso da requerida e negar-lhe provimento e, conhecer do recurso da autora e dar-lhe parcial provimento tão somente para condenar a demandada ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios de sucumbência fixados em Sentença, com fulcro no artigo 85, §2º, e incisos do CPC.

**Desembargadora DENISE VOLPATO**

**Relatora**

## SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

### AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5028596-65.2020.8.24.0000/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA HAIDÉE DENISE GRIN

AGRAVANTE: CONCESSIONARIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE FLORIANOPOLIS S.A.

AGRAVADO: FABRICIO DE ABREU JUNKERS COMERCIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA DE USO DE ÁREA LOCALIZADA EM AEROPORTO INTERNACIONAL PARA INSTALAÇÃO DE LOJA DE VAREJO DE ARTIGOS DE MOTOSPORT. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE CONCEDEU TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA PARA DETERMINAR A SUSPENSÃO DAS CONTRAPRESTAÇÕES FINANCEIRAS DEVIDAS PELA CESSIONÁRIA ACIONANTE ATÉ DEZEMBRO DE 2020. INSURGÊNCIA DA CEDENTE ACIONADA.

TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA. ART. 300, *CAPUT*, DO CPC. REQUISITOS.

**(A) PROBABILIDADE DO DIREITO.** MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* EM RAZÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA SUPERVENIENTE. TEORIA DA IMPREVISÃO. ART. 317 DO CC. PANDEMIA DO COVID-19. REDUÇÃO DO FLUXO DE PASSAGEIROS NO AEROPORTO EM QUE LOCALIZADA A ÁREA CEDIDA. BAIXO CONTINGENTE DE CONSUMIDORES NO LOCAL QUE IMPORTA REDUÇÃO DO FATURAMENTO MENSAL DA CESSIONÁRIA E ÔBICE AO PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL DEVIDA À CEDENTE. MANIFESTA DESPROPORÇÃO ENTRE O VALOR DA PRESTAÇÃO ASSUMIDA E DO ENCARGO A SER CUMPRIDO NO ATUAL CENÁRIO PANDÊMICO. REPERCUSSÕES SOCIOECONÔMICAS DA PANDEMIA QUE DESEQUILIBRAM A RELAÇÃO CONTRATUAL LITIGIOSA COM MAIOR PESO PARA A CESSIONÁRIA. *FUMUS BONI IURIS* EVIDENCIADO.

**(B) PERIGO DE DANO.** MANUTENÇÃO DO CONTRATO LITIGIOSO NOS TERMOS ORIGINALMENTE PACTUADOS QUE AMEAÇA A CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ECONÔMICA DA CESSIONÁRIA E A PRÓPRIA MANUTENÇÃO DO NÉGOCIO SUB JUDICE. POSSIBILIDADE DE AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA VIVENCIADA PELA COMERCIANTE. *PERICULUM IN MORA* IGUALMENTE CONFIGURADO.

**(C) EXTENSÃO DA TUTELA.** ALTERAÇÃO LIMINAR DAS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS QUE DEVE SE DAR DE MODO A NÃO DESVIRTUAR A AVENÇA, NEM PREMIAR UM DOS CONTRATANTES EM DETRIMENTO DO OUTRO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DAS CONTRAPRESTAÇÕES DEVIDAS PELA CESSIONÁRIA QUE PREJUDICA SOBREMANEIRA A PARIDADE CONTRATUAL E QUE ENSEJA TRANSFERÊNCIA DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL PARA O POLO ADVERSO. CEDENTE QUE NÃO PODE RESPONDER INTEGRALMENTE PELO RISCO DO NEGÓCIO. VIABILIDADE, CONTUDO, DE REDUÇÃO DA CONTRAPRESTAÇÃO MÍNIMA AVENÇADA PARA 50% (CINQUENTA PORCENTO) DO VALOR PACTUADO. MEDIDA ADEQUADA E PROPORCIONAL QUE VIABILIZA A OPERAÇÃO DE AMBAS AS CONTRATANTES, PERMITE A MANUTENÇÃO DO NEGÓCIO LITIGIOSO E NÃO ONERA EXCESSIVAMENTE NENHUMA DAS LITIGANTES. REFORMA DO INTERLOCUTÓRIO NO PONTO.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.



Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 7ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para reformar a decisão objurgada e, assim: a) afastar a suspensão de exigibilidade das contraprestações mensais devidas pela agravada à agravante; e b) reduzir a contraprestação mínima para 50% (cinquenta por cento) do valor negociado entre as litigantes, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 2021.

**Desembargadora HAIDÉE DENISE GRIN**  
**Relatora**

## **RELATÓRIO**

CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE FLORIANÓPOLIS S.A. interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da ação revisional ajuizada por FABRICIO DE ABREU JUNKERS COMERCIAL, concedeu tutela antecipada de urgência nos seguintes termos:

*Em face do que foi dito, defiro em parte a tutela provisória de urgência para (i) suspender a cobrança das contraprestações mensais vencidas desde 18/03/2020, data de início da primeira isenção concedida pelo réu, e vincendas no ano de 2020, postergando o seu pagamento para 18/12/2020; (ii) determinar a ré que se abstenha de incluir o nome da parte autora em cadastros de inadimplentes e/ou protestar títulos que se refiram à contraprestação assumida contratualmente ou aplicar penalidades moratórias ou retirar do valor entregue a título de garantia do contrato, enquanto perdurar a pandemia, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), inicialmente limitada a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); (iii) suspender a exigibilidade das cláusulas contratuais que estabeleçam à parte autora níveis de serviço (horário de funcionamento, número de funcionários, funcionamento contínuo etc.) incompatíveis com as determinações e restrições sanitárias impostas pelas autoridades estatais no controle da pandemia (Evento 28 dos autos n. 5043905-57.2020.8.24.0023).*

Em síntese, a agravante sustenta que: a) não pode ser responsabilizada pela queda do fluxo de passageiros no aeroporto em que localizada a área contratualmente cedida à agravada, tampouco pelos prejuízos financeiros por esta vivenciados em razão da pandemia do Covid-19, circunstâncias essas que integram o risco do empreendimento; b) também está sendo diretamente afetada pelo atual cenário da aviação civil, porquanto a readequação da malha área nacional e o baixo contingente de consumidores implica redução de seu faturamento e prejuízo para cumprimento das obrigações por si assumidas perante a União e o BNDES; c) não é possível a mitigação do princípio da *pacta sunt servanda* e a consequente revisão do contrato firmado as partes; d) não há onerosidade excessiva capaz de justificar a alteração das disposições contratuais da avença litigiosa; e e) as disposições



da Lei n. 14.034/20 não se aplicam ao negócio firmado entre as litigantes, pois regulam apenas as relações de direito público existentes entre a União e concessionárias de serviço público. À luz de tais considerações, pugna pela reforma do interlocutório objurgado para que o pleito exordial de concessão de tutela antecipada de urgência seja rejeitado (Evento 1 destes autos).

Em decisão monocrática desta Relatora, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal restou deferido em parte (Evento 5 destes autos). Do decisum, extrai-se:

*Assim, deve-se viabilizar a operação de ambas as contratantes e, para tanto, a isenção do pagamento deve ser afastada e substituída pelo pagamento de 50% (cinquenta por cento) da garantia mínima originalmente pactuada para o ano de 2020, de forma provisória, até julgamento do mérito do presente recurso, devendo ser mantido os demais pontos da decisão agravada.*

A agravada apresentou contrarrazões (Evento 10 destes autos). Na sequência, vieram os autos conclusos para julgamento.

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Concessionária do Aeroporto Internacional de Florianópolis S.A., autora da revisional, visando a reforma da decisão que concedeu em parte a tutela antecipada de urgência requerida pela agravada em sua exordial, para: a) suspender a cobrança das contraprestações pecuniárias devidas pela cessionária à cedente até 18-12-2020; b) determinar que a cedente se abstenha de incluir o nome da cessionária nos órgãos de proteção ao crédito e de protestar os títulos concernentes àquelas contraprestações; e c) suspender a exigibilidade das cláusulas contratuais que estabeleçam à cessionária níveis de serviço incompatíveis com as determinações e restrições sanitárias impostas pelas autoridades estatais no contexto da pandemia do Covid-19 (Evento 28 dos autos de origem).

O recurso comporta conhecimento, porquanto cabível (artigo 1.015, I, do Código de Processo Civil), tempestivo (Eventos 32 e 35 dos autos de origem) e acompanhado do preparo (Evento 4 destes autos).

Passa-se, pois, ao exame do mérito recursal.

Volvendo vistas ao caderno processual, denota-se que as litigantes firmaram contrato de cessão temporária de uso de área localizada no aeroporto internacional de Florianópolis-SC, tendo por objetivo a instalação de loja de varejo de artigos de motosport pela cessionária agravada (**FABRICIO DE ABREU JUNKERS COMERCIAL**) e o recebimento de contraprestação financeira pela cedente agravante (**CONCESSIONÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE FLORIANÓPOLIS S.A.**) (Evento 1, Contrato 4, dos autos de origem).

Sob o fundamento de onerosidade excessiva decorrente da pandemia do Covid-19, a cessionária ajuizou a presente ação com o objetivo de revisar determinadas cláusulas da referida avença. Em sua exordial, requereu: a) a isenção da contraprestação mínima pactuada entre as contratantes enquanto estiver em operação apenas a malha aérea essencial ou, ao menos, até o restabelecimento de 80% da malha aérea regular; b) subsidiariamente, a redução da contraprestação mínima mensal e a suspensão da respectiva cobrança até 18-12-2020; c) a determinação para que a cedente se abstenha de inscrevê-la nos órgãos de proteção ao crédito e de aplicar outras sanções decorrentes da mora contratual; e d) a suspensão das cláusulas contratuais que versem sobre níveis de serviço, enquanto durar a pandemia (Evento 1, Petição Inicial 1, dos autos de origem).

Ademais, pugnou pela concessão de tutela antecipada de urgência para o deferimento liminar de todos os seus pedidos.

Pois bem.

No tocante à tutela antecipada de urgência, objeto da decisão hostilizada, é consabido que a concessão da medida pressupõe a presença concomitante da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (artigo 300, *caput*, do Código de Processo Civil). À vista disso, tais pressupostos serão abaixo analisados, separadamente.

### 1. Probabilidade do direito

Em que pese o contrato faça lei entre as partes, “o princípio *pacta sunt servanda* pode ser relativizado, visto que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como, por exemplo, a função social, a onerosidade excessiva e o princípio da boa-fé objetiva, devendo ser mitigada a força obrigatória dos contratos diante de [determinadas] situações” (STJ, AgInt no REsp 1.208.844/MT, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 15/12/2016).

Por tal razão, o artigo 317 do Código Civil dispõe que “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Em determinadas circunstâncias, tal desproporção pode inclusive autorizar a resolução do contrato pelo contratante excessivamente onerado (artigo 478 do Código Civil), a não ser que a contraparte aceite modificar equitativamente as condições da avença para garantir a conservação do negócio (artigo 479 do Código Civil).

No mais, a respeito da temática, lecionam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto:

*Depois da conclusão do negócio, na fase em que se trata de lhe dar efetiva execução, podem surgir acontecimentos novos, de mais variada natureza, que revolucionam o programa contratual de uma das partes, impedindo-a de*

*retirar da operação as vantagens esperadas ou, até, transformando-as em fonte de prejuízos.*

*Ao disciplinar a excessiva onerosidade superveniente, o legislador procurou dar resposta ao problema da alteração das circunstâncias. Quer se explique a resolução do contrato por se considerar subentendida a cláusula rebus sic stantibus, quer pela teoria da imprevisão, ou da base do negócio, a verdade é que, no direito contemporâneo, a alteração radical das condições econômicas dentro das quais o contrato foi celebrado tem sido considerada uma das causas que, com o concurso de outras circunstâncias, podem determinar a sua resolução ou revisão.*

*A cláusula rebus sic stantibus é uma reação à rigidez do princípio da obrigatoriedade, enfatizando na fórmula clássica do pacta sunt servanda. No alvorecer do século XX, o resgate da rebus sic stantibus pela via da teoria da imprevisão e da intervenção estatal na vontade contratual coincide com o advento do Estado Social na Europa do pós-Primeira Guerra Mundial. Pela própria denominação adotada, verifica-se que, para além da constatação da alteração das circunstâncias negociais, foi inserido um componente fortemente voluntarista: a imprevisibilidade dos acontecimentos. Os pressupostos da incidência da teoria da imprevisão são: (a) a imprevisibilidade; (b) a excepcionalidade da álea; (c) o desequilíbrio entre as prestações. (Manual de Direito Civil - Volume Único. 5 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, pp. 759-760 - grifou-se).*

Feitas essas considerações, adentra-se ao caso concreto.

Como já explanado, as litigantes firmaram contrato de cessão temporária de uso de área localizada no aeroporto internacional de Florianópolis-SC, tendo por objetivo a instalação de loja de varejo de artigos de motosport pela cessionária e o recebimento de contraprestação financeira pela cedente (Evento 1, Contrato 4, dos autos de origem).

Decorrem dos itens 3, 5 e 9 do instrumento contratual, extrai-se, em suma, as seguintes obrigações contratuais:

a) Da cedente: ceder à cessionária o direito de uso de determinada área de sua estrutura; obter e manter válidas as aprovações necessárias ao funcionamento do aeroporto; assegurar a posse mansa e pacífica da área cedida à cessionária; repassar à contraparte notificações e autos de infração relacionados à área cedida; e garantir o fornecimento do serviço de energia elétrica à cessionária, embora cobrando desta as taxas de uso correspondentes;

b) Da cessionária: repassar à cedente, mensalmente, parcela de seu faturamento mensal, observada a contraprestação mínima pactuada; garantir a manutenção e limpeza da área cedida; pagar a taxa de uso de energia elétrica; promover a logística e o plano de descarte de resíduos; atender às diretrizes de sustentabilidade da cessionária; fornecer, instalar e manter sistemas de proteção contra incêndio; dentre outros diversos encargos expressamente previstos no contrato.

Especialmente quanto ao repasse de valores, destaca-se dos Anexos B e C do instrumento contratual (Evento 1, Contrato 5, dos autos de origem) que, para o ano de 2020, a cessionária se comprometeu a realizar o pagamento à cedente de valor correspondente a 9% (nove por cento) do seu faturamento, observado o piso anual de R\$ 84.000,00 (oitenta e quatro mil reais), o que corresponde ao desembolso de, no mínimo, R\$ 7.000,00 (sete mil reais) por mês, apenas para o uso da área cedida.

Nesse cenário, é possível concluir que a redução do fluxo de passageiros em razão da pandemia do Covid-19 impacta negativamente no cumprimento das obrigações assumidas pela cessionária, uma vez que o baixo contingente de consumidores no local importa redução do faturamento mensal do estabelecimento instalando na área cedida e, conseqüentemente, óbice ao pagamento da contraprestação devida à cedente. Com efeito, há manifesta desproporção entre o valor da prestação assumida e o do encargo a ser cumprido no atual cenário, tendo em vista que até março de 2020 a cessionária auferia ao menos R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) mensais, ao passo que entre abril e junho do corrente ano não faturou mais do que R\$ 6.000,00 (seis mil reais) por mês (Evento 1, Outros 6, dos autos de origem e Evento 10, Documentação 3, destes autos), quantia essa que sequer alcança a contraprestação mínima avençada.

Por outro lado, infere-se que as repercussões econômicas decorrentes da pandemia, embora afetem, sem sombra de dúvidas, as atividades e a vida financeira da cedente, por certo não impactam diretamente nas obrigações por ela assumidas no contrato em exame, posto que seus deveres contratuais são reduzidos e não envolvem o dispêndio de quaisquer quantias em favor da cessionária.

Logo, ao menos em juízo, vislumbra-se presente a probabilidade de estarem configurados os pressupostos da onerosidade excessiva capazes de justificar a revisão contratual na espécie. Isso porque, além de a pandemia do Covid-19 ser considerada evento imprevisível, suas repercussões socioeconômicas desequilibraram as prestações atribuídas às litigantes no negócio *sub judice*, pesando muito mais em relação aos deveres contratuais da cessionária, se comparados aos da cedente.

Veja-se: não se está a dizer que a pandemia não atingiu os serviços prestados pela cedente e as obrigações por ela contraídas perante terceiros, mas tão somente que, no âmbito do contrato litigioso, seus encargos não foram direta e drasticamente afetados, daí porque reconhecida a onerosidade excessiva apenas da cessionária.

O *fumus boni iuris*, portanto, encontra-se presente na hipótese vertente. A propósito, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE. INTERLOCUTÓRIO QUE CONCEDEU EM PARTE A TUTELA PARA REDUZIR O ALUGUEL MENSAL PARA A METADE DO MÍNIMO AJUSTADO CONTRATUALMENTE OU PERCENTUAL SOBRE O FATURAMENTO, DURANTE O PERÍODO DE TRÊS MESES. INSURGÊNCIA DA RÉ. ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE, À HIPÓTESE, DA TEORIA DA IMPREVISÃO. LOCAÇÃO COMERCIAL DE SALA EM SHOPPING CENTER. AUTORA QUE DEMONSTROU A DIMINUIÇÃO DRÁSTICA NO FATURAMENTO DO RESTAURANTE EM RAZÃO DAS MEDIDAS ADOTADAS PARA MITIGAR A PROPAGAÇÃO DO VÍRUS SARS-CoV-2 CAUSADOR DA PANDEMIA DE COVID-19. INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS PRIVADAS EM CARÁTER EXCEPCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS IMPREVISÍVEIS E EXTRAORDINÁRIAS. ONEROSIDADE EXCESSIVA DA PRESTAÇÃO CONTRATUAL. TEORIA DA IMPREVISÃO. EXEGESE DO ART. 317 DO CÓDIGO CIVIL. REDUÇÃO DO ALUGUEL MOMENTÂNEA E PROPORCIONAL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n.**

5011733-34.2020.8.24.0000, rel. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 01-09-2020 - grifou-se).

## 2. Perigo de dano

*In casu*, o perigo de dano é cristalino, tendo em vista que a manutenção do contrato litigioso nos exatos termos em que firmado, especialmente quanto à contraprestação financeira pactuada, pode ameaçar a continuidade da atividade econômica da cessionária e até mesmo inviabilizar a manutenção da avença, o que importaria em perda para ambas as contratantes.

Com efeito, conservar a contraprestação mínima em R\$ 7.000,00 (sete mil reais) no contexto de pandemia e de reduzido fluxo de passageiros no aeroporto em que localizada a área cedida, mormente quando o faturamento mensal da cessionária sequer alcança referido patamar, é capaz de, por si só, agravar a situação financeira vivenciada pela parte e ensejar prejuízos irreparáveis.

Logo, também configurado o *periculum in mora* capaz de justificar a concessão de tutela antecipada de urgência.

## 3. Extensão da tutela antecipada de urgência

Então, presentes os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada de urgência, resta perquirir a extensão da medida a ser aplicada na hipótese vertente e, conseqüentemente, averiguar o acerto ou desacerto da decisão hostilizada.

Isso porque, em que pese a probabilidade do direito à revisão das cláusulas contratuais e o perigo de dano em postergar a análise do pleito para o momento de prolação da sentença, a alteração liminar das disposições avençadas deve se dar de modo a não desestruturar completamente o negócio, nem premiar um dos contratantes em detrimento do outro.

Pois bem.

Foram dois os principais requerimentos da cessionária: a) a isenção da contraprestação mínima pactuada enquanto estiver em operação apenas a malha aérea essencial ou, ao menos, até o restabelecimento de 80% da malha aérea regular; e b) subsidiariamente, a redução da contraprestação mínima pactuada e a suspensão da respectiva cobrança até 18-12-2020.

Por certo, isentar a cessionária do pagamento da contraprestação pactuada implicaria enriquecimento ilícito de sua parte e prejuízo excessivo à cedente, transferindo o desequilíbrio contratual para o outro polo da avença. Ora, ainda que sua atividade comercial esteja prejudicada e sua faturação reduzida em razão da pandemia, não se afigura viável que a cessionária utilize a área cedida sem custo algum, sob pena de desvirtuar a natureza onerosa do negócio, que pressupõe o repasse de prestações pecuniárias à cedente.

Embora em menor intensidade, suspender temporariamente a exigibilidade da verba também prejudicaria sobremaneira a paridade contratual, posto que a cedente ficaria meses sem auferir nenhum rendimento a que tem direito em razão do pacto sub iudice e, ainda, correria o risco de ter comprometido o cumprimento de suas obrigações perante terceiros. Frisa-se, no ponto, que o evento imprevisível que deu origem ao imbróglio atinge ambas as litigantes e não foi causado por nenhuma delas, de sorte que não é dado imputar à cedente a integralidade do risco do negócio e deixá-la sem nenhuma contraprestação por considerável período de tempo.

Noutro vértice, reduzir a contraprestação mínima é medida que se revela adequada e proporcional às especificidades do caso concreto, pois viabiliza a operação de ambas as contratantes, permite a manutenção do negócio litigioso e não onera excessivamente nenhuma das litigantes.

Assim sendo, conclui-se que a solução adotada na decisão monocrática que antecipou os efeitos da tutela recursal há de ser mantida incólume, de modo a afastar a suspensão determinada na origem, mas reduzir a contraprestação mínima para 50% (cinquenta por cento) do valor negociado.

Logo, considerando que as partes pactuaram o piso anual de R\$ 84.000,00 (oitenta e quatro mil reais) para o ano de 2020, o que corresponde a R\$ 7.000,00 (sete mil reais) mensais, deve a contraprestação mínima anual ser minorada para R\$ 42.000,00 (quarenta e dois mil reais), perfazendo o importe de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) mensais, valor esse devidamente alcançado pela receita da cessionária nos últimos meses (Evento 10, Documentação 3, destes autos).

As prestações mensais, como dito, são exigíveis de imediato, afastando-se a suspensão concedida no édito combatido.

No tocante aos demais pontos da tutela antecipadamente concedida (abstenção de aplicação de sanções decorrentes da mora contratual e suspensão das cláusulas que versem sobre níveis de serviço), o interlocutório não comporta qualquer reparo, até porque a agravante sequer se insurgiu especificamente a respeito.

Por fim, assevera-se que “a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada” (artigo 296, caput, do Código de Processo Civil). Portanto, sobrevindo alteração fática da situação em exame, é perfeitamente viável que as partes formulem, na origem, pedido de modificação ou revogação da tutela ora fixada.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para reformar a decisão objurgada e, assim: a) afastar a suspensão de exigibilidade das contraprestações mensais devidas pela agravada à agravante; e b) reduzir a contraprestação mínima para 50% (cinquenta por cento) do valor negociado entre as litigantes.

**Desembargadora HAIDÉE DENISE GRIN**

**Relatora**

## **APELAÇÃO Nº 0005028-53.2005.8.24.0058/SC**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0005028-53.2005.8.24.0058/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS ROBERTO DA SILVA

APELANTE: RESIDENCIAL CLUBE DE CAMPO TRILHA DOS CARROCOES

ADVOGADO: CRISTINE SCHREITER FURTADO (OAB SC007640)

ADVOGADO: WILSON FURTADO (OAB SC003457)

APELANTE: ODEMAR BAPTISTA

ADVOGADO: ODEMAR BAPTISTA (OAB SC005487)

APELADO: DAURITA LURDES BAPTISTA

ADVOGADO: LOACIR GSCHWENDTNER (OAB SC006935)

ADVOGAO: ODEMAR BAPTISTA (OAB SC005487)

APELADO: WALDIRIO BAPTISTA

ADVOGADO: LOACIR GSCHWENDTNER (OAB SC006935)

ADVOGADO: ODEMAR BAPTISTA (OAB SC005487)

**APELAÇÃO CÍVEL, AGRAVO RETIDO E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE USUCAPIÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.**

### **AGRAVO RETIDO DA RÉ.**

PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO QUE REJEITOU O PLEITO DE JUNTADA DE DECLARAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE TESTEMUNHA. INACOLHIMENTO. INSURGENTE QUE DESISTIU DA OITIVA DO TESTIGO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE SE ATRIBUIR O MESMO VALOR À ARGUIÇÃO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO A UM DOCUMENTO UNILATERAL. PROVA ORAL, ADEMAIS, QUE SERIA INÓCUA PARA O FIM PRETENDIDO. DECISUM MANTIDO.

### **INSURGÊNCIA DA DEMANDADA.**

APONTADO ERRO MATERIAL NA SENTENÇA. ACOLHIMENTO. SUPRIMENTO DO VÍCIO PARA SUBSTITUIR A EXPRESSÃO “POR MAIS DE 15 (QUINZE) DIAS” PARA “POR MAIS DE 15 (QUINZE) ANOS”. DECISÃO MODIFICADA NO PONTO.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO. REJEIÇÃO. JUÍZO SINGULAR QUE UTILIZOU COMO RAZÃO DE DECIDIR SENTENÇA PROLATADA EM OUTRO PROCESSO. POSSIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS FEITOS EVIDENCIADA. PROEMIAL RECHAÇADA.

*“A adoção da fundamentação ‘per relationem’ no acórdão, com a transcrição de sentença ou parecer, em*



*complemento às próprias razões de decidir, é técnica cuja legitimidade jurídico-constitucional é reconhecida há muito pelas Cortes Superiores, entendimento que não sofreu alteração com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil' (Des. Júlio César M. Ferreira de Melo). [...]” (TJSC, Embargos de Declaração n. 0000721-86.2013.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 25/08/2020).(TJSC, Agravo de Instrumento n. 5010266-20.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 15-12-2020).*

MÉRITO. TESE DE QUE OS AUTORES NÃO EXERCEM POSSE SOBRE DETERMINADA ÁREA INSERIDA NA METRAGEM MAIOR QUE COMPÕE O IMÓVEL OBJETO DA LIDE. AFASTAMENTO. INSURGENTE QUE PERDEU O DOMÍNIO DA PORÇÃO SUB JUDICE EM OUTRA AÇÃO DE USUCAPIÃO POR AUSÊNCIA DE EXERCÍCIO DE PODER FÁTICO. ATUAIS TITULARES REGISTRAIS DO IMÓVEL QUE FORAM CITADOS E NÃO CONTESTARAM A PRETENSÃO DOS DEMANDANTES. IMPOSSIBILIDADE DE A APELANTE DEFENDER A AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA USUCAPIÃO EM RELAÇÃO A TERRENO QUE NÃO É MAIS DE SUA PROPRIEDADE E SOBRE O QUAL NÃO EXERCE PODERES FÁTICOS DE POSSE. DECISÃO IRRETOCADA.

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.

#### **APELO ADESIVO DO ADVOGADO DOS AUTORES.**

PLEITO DE ELEVAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS. INACOLHIMENTO. DECISÃO QUE OBSERVOU OS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO ART. 85, §2º, DO CPC/2015. INCREMENTO DA VERBA JÁ ALCANÇADO POR OCASIÃO DO ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS RECURSAIS NESTE JULGAMENTO. PEDIDO REJEITADO.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 7ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, corrigir erro material da sentença, para que onde se lê: “por mais de 15 (quinze) dias” (evento 444, doc. 763), leia-se: “por mais de 15 (quinze) anos”, e para conhecer dos recursos e negar-lhes provimento, e majorar os honorários de sucumbência em favor do patrono da parte autora, conforme fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 22 de abril de 2021.

**Desembargador CARLOS ROBERTO DA SILVA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Residencial Clube de Campo Trilha dos Carroções (ré) e Odemar Baptista (procurador dos

autores) interuseram, respectivamente, recurso de apelação e recurso adesivo contra sentença (evento 444, docs. 754-764) que, nos autos da ação de usucapião ajuizada em face por Daurita Lurdes Baptista e Waldírio Baptista, julgou procedente o pedido inicial.

Para melhor elucidação da matéria debatida nos autos, adota-se o relatório da sentença recorrida:

*Daurita Lurdes Baptista e Waldírio Baptista intentaram o presente pedido de usucapião extraordinário, com fundamento no art. 1.238, Parágrafo Único, combinado com o art. 2.029, ambos do Código Civil, para reconhecimento do domínio sobre área de terras que descrevem na exordial, cuja posse, somada a de seus antecessores, vêm mantendo pacífica e ininterruptamente, pelo lapso temporal previsto na legislação de regência da espécie.*

*Aduzem, em resumo, adquiriram, por escritura pública, de Augustinho Cubas Machado, já falecido, a área de 162.450,41 m<sup>2</sup>, titulada na matrícula imobiliária 25.827, do Registro de Imóveis local. Nada obstante, alinharam que, por conta de outras aquisições do antigo proprietário, a totalidade da área do imóvel é muito superior, alcançando 444.845,32 m<sup>2</sup>, sobre cuja diferença, mantida a posse mansa e pacífica, pretendem a declaração de domínio, nesta usucapião.*

*Citados os confinantes, tão só o Residencial Clube de Campo Trilha dos Carroções insurgiu-se ao pleito aqui deduzido, afirmando, resumidamente: (1) irregularidade e nulidade da citação; (2) no mérito, que os autores não preenchem os requisitos da pretensão, pelo não exercício de posse pacífica, bem assim que não há cercas delimitando a área e, ainda, não comprovados os pagamentos dos tributos incidentes, como afirmado na vestibular, assinalando, por último, que área de sua legítima propriedade está abrangida naquela que se pretende usucapir.*

*Pugnou, alfim, pela rejeição do pedido formulado nos autos.*

*Redarguida a defesa, na interlocutória de fl. 314 rejeite a preliminar e designei audiência de instrução e julgamento, em cujo ato foram inquiridas as testemunhas arroladas pelas partes.*

*No provimento de fl. 449, deferi a realização de prova pericial, a qual, depois de muitos percalços, acabou sendo ultimada com a apresentação do laudo respectivo e apresentação de esclarecimentos, pelo expert do juízo, para, após, colher-se o posicionamento das partes interessadas, as quais, em posterior, ofertaram memoriais de razões finais, cada qual ratificando os pleitos já deduzidos por ocasião de suas anteriores manifestações nos autos.*

*É o relatório (grifado no original).*

Da parte dispositiva do *decisum*, extrai-se a síntese do julgamento de primeiro grau:

*Em vista do exposto, o mais que dos autos consta e o direito aplicável à espécie, julgo procedente a presente ação de usucapião extraordinária, intentada por Daurita Lurdes Baptista e Waldírio Baptista para, de consequência, reconhecer, em favor dos autores, a prescrição aquisitiva e o consequente domínio sobre a área de 444.845,32 metros quadrados, descrita na exordial e com memorial descritivo as fl. 9, para os devidos e legais efeitos.*

*Transitada em julgado a presente, expeça-se o competente mandado ao Cartório do Registro de Imóveis para as providências cabíveis à hipótese, salientando, desde já, a necessidade de os autores cumprirem o que dispõe*

*o art. 2.º, do Decreto 5.570/2005, combinado com o art. 225, § 3.º, da Lei 6.015/73, porquanto é indispensável a certificação/aprovação pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, posto que, com efeito, nos termos do contido no art. 2.º, inciso I, do Decreto 5.570/2005, a identificação de imóvel rural, consoante o disposto no art. 225, § 3.º, da Lei 6.015/1973, deverá ser exigida imediatamente após a publicação daquele decreto, o que ocorreu em 01/11/2005, no Diário Oficial da União.*

*Condene a contestante, Residencial Clube de Campo Trilha dos Carroções, ao pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios, estes que arbitro em R\$ 3.000,00 (três mil reais), na forma do contido no art. 85, § 8.º, do Código de Processo Civil.*

*Custas ex lege.*

*P. R. I. Após, archive-se (grifado no original).*

Em suas razões recursais (evento 444, docs. 770-787) a parte ré, preambularmente, postula a apreciação do agravo retido interposto, “objetivando ver apreciado o depoimento prestado por instrumento particular, mas que reproduz na íntegra depoimento que já havia sido dado no processo que serviu como base no julgamento do presente feito” (evento 444, doc. 774).

Ainda em sede preliminar, suscita a nulidade da sentença objurgada, pois “não atendeu as disposições do estatuto processual em vigor e se fundamentou em sentença prolatada a luz do CPC/1973, em cujo processo a usucapião tinha como objeto busca por domínio de área completamente diversa, por autores diferentes conforme se demonstrou” (evento 444, doc. 776).

No mérito, assevera que o Juízo singular adotou “entendimento errôneo de que a questão era a mesma já discutida nos autos do processo de n. 058.03.003647-7 que tramitou perante o mesmo juízo”, pois “o simples fato de que a extensão da área se encontrava na mesma matrícula não gera motivo para essa interpretação, até porque dentro de uma área tão extensa pode ocorrer ‘esbulho possessório’ em um determinado ponto e noutro não” (evento 444, doc. 776).

Aduz que “na perícia realizada no presente feito, a história foi diferente, haja vista que o perito nomeado pelo juízo foi outro e o levantamento da área, embora muito demorado (se justifica por se tratar de local de difícil acesso), passou pelo princípio do contraditório e abordou pontos minuciosos e indicando de maneira indubidosa que além das partes serem diferentes, o objeto também nada tinha a ver com o objeto primeiro, conforme será abordado no tópico seguinte. A perícia, Eméritos Julgadores, conforme será abordado no tópico seguinte, concluiu que jamais ocorreu “esbulho possessório” assim como que em nenhum momento estiveram os Apelados na posse da área usucapienda, pois a mesma continuava em poder da Apelante” (evento 444, doc. 777).

Por fim, “aponta em Recurso de Apelação o erro material constante ao final das fls. 47 da sentença, onde o MM. Juiz ao se referir a posse contínua afirma “... esta permitida, por mais de 15 (quinze) dias, pelos autores” (evento 444, doc. 787).

Com base nesses fundamentos, busca a reforma da decisão objurgada.

Já o advogado dos autores, em seu arrazoado adesivo (evento 461), postula a majoração da verba honorária arbitrada em seu favor.

Com as contrarrazões (evento 444, docs. 802-810), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer do Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira deixou de se manifestar quanto ao mérito, por entender desnecessária a intervenção do Ministério Público (evento 477, doc. 835), vindo os autos conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

## VOTO

Trata-se de agravo retido e recursos de apelação e adesivo interpostos respectivamente contra decisão que rejeitou a juntada de declaração extrajudicial de testemunha e contra sentença que julgou procedente o pedido inaugural.

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos reclamos interpostos.

De início, destaca-se que a decisão recorrida foi publicada quando já vigente o Código de Processo Civil de 2015 (20-3-2017 - evento 444, doc. 766), motivo pelo qual a referida norma regerá 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 a área total do imóvel objeto da ação possui 444.845,22 m<sup>2</sup> (quatrocentos e quarenta e quatro mil oitocentos e quarenta e cinco vírgula e vinte e dois metros quadrados). Igualmente inconcusso que a apelante defende a ausência dos pressupostos da aquisição do domínio via usucapião da fração de 41.049,90 m<sup>2</sup> (quarenta e um mil quarenta e nove vírgula noventa metros quadrados).

A controvérsia, portanto, cinge-se em verificar se merece acolhimento a tese de cerceamento de defesa arguida no agravo retido. Em relação ao recurso de apelação, cabe perquirir se há erro material na sentença; se a decisão objurgada é eivada de nulidade; e, no mérito, se deve ser julgado improcedente o pleito inaugural em relação à parte do terreno impugnada pela insurgente. No que tange ao apelo adesivo do procurador dos autores, deve-se verificar se a verba honorária fixada em seu favor merece majoração.

Sobre tais pontos, então, debruçar-se-á a presente decisão.

Adianta-se, desde já, que os recursos não comportam acolhimento. I - Do agravo retido:

Malgrado se trate de recurso não mais previsto no novo Código de Processo Civil, é cabível agravo retido interposto sob a égide do CPC/1973. Assim, antes de adentrar na análise dos recursos de apelação e adesivo, mostra-se necessário examinar o agravo retido interposto pela ré.

*In casu*, não merece acolhida a irresignação.

Compulsando os autos, observa-se que por meio do petítório do evento 440, docs. 453-454, a apelante manifestou a desistência da oitiva de testemunha antes arrolada, e, em substituição, acostou declaração extrajudicial por ela firmada. O Juízo singular, por sua vez, indeferiu a juntada sob os seguintes fundamentos:

*A dispensa de oitiva da testemunha Antônio Carlos Ramuski, pela contestante Residencial Clube de Campo Trilha dos Carroções, de fato, não justifica a permanência, nos autos, da “declaração” de fl. 365, de autoria daquele, mormente porque prestada sem o crivo do contraditório e de forma graciosa, em verdade, um documento unilateral e sem qualquer força probante ao deslinde desta causa.*

*Impõe-se, desta feita, na forma do contido no art. 130, do Código de Processo Civil, indefiro a juntada, neste feito, do referido documento (evento 440, doc. 471).*

De fato, como bem consignado pelo Togado singular, não é possível que se atribua o mesmo valor probante a uma arguição de testemunha, sob o crivo do contraditório e em sede de audiência de instrução e julgamento, a um documento unilateral produzido pela parte interessada.

Para além disso, é sabido que ao Magistrado é autorizado julgar antecipadamente o pedido “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência” (art. 330, I, do CPC/1973).

Assim, em razão do poder discricionário conferido ao Julgador, tem-se que ele pode valorar a prova e se manifestar a respeito da necessidade ou não de sua produção e de outras, além das constantes nos autos, para a formação de seu convencimento, a teor do que estabelecem os arts. 130 e 131 do CPC/1973, *in verbis*:

*Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

*Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.*

Nesse aspecto, a produção de outras provas - além daquelas constantes no caderno processual - só se afigura oportuna quando a parte interessada, além de trazer aos autos elementos que configurem início de prova do direito invocado, ainda demonstre a sua real necessidade para a comprovação dos fatos que sustentam sua pretensão, o que incoorreu no presente caso, uma vez que, como será melhor detalhado adiante, a questão a ser apreciada é eminentemente de direito, dispensando a análise de depoimentos testemunhais.

Portanto, rejeita-se o agravo retido. II - Do apelo da ré.

## II.I - Do erro material:

Merece acolhida o pedido de correção de erro material na fundamentação da sentença, para que onde se lê: “por mais de 15 (quinze) dias” (evento 444, doc. 763), leia-se: “por mais de 15 (quinze) anos”.

Assim, retifica-se a decisão no ponto, o que não implica em provimento do apelo nesse particular, uma vez que a modificação não influenciará no bem da vida aqui perseguido.

## II.II - Da preliminar de nulidade da sentença:

Sem razão a insurgente ao argumentar que a sentença é nula por ter utilizado como razão de decidir decisão prolatada em processo diverso, movido por outros autores e relativo a área usucapienda diferente da presente ação.

De início, destaca-se que a utilização pelo sentenciante da técnica de fundamentação *per relationem*, adotando-se parcialmente como razão de decidir sentença proferida em outra lide, por si só, não ofende o princípio da motivação das decisões, substancialmente porque não comprovou a parte recorrente ter experimentado prejuízo ao exercício do contraditório e ampla defesa, e porque tal técnica caminha ao encontro da economia e celeridade processuais.

Ademais, como será melhor elucidado no tópico seguinte, diferentemente do alegado pela apelante, há notável similitude fática entre as demandas, situação que justifica, e até recomenda, a adoção da mesma conclusão em ambos os julgamentos, a fim de evitar decisões conflitantes.

Nesse sentido, o STJ já decidiu:

*PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA ANALISAR SUPOSTA VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 489 DO CPC/2015. INEXISTENTE. DEFICIÊNCIA RECURSAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 284 DA SÚMULA DO STF.*

[...]

*III - Sobre a alegada violação do art. 489 do CPC/2015, diante da suposta falta de fundamentação do acórdão recorrido, que adotou os fundamentos da sentença de primeiro grau, verifica-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem assim a do STF, admitem a motivação per relationem, pela qual se utiliza a transcrição de trechos dos fundamentos já utilizados no âmbito do processo. [...] (AgInt nos EDcl no AREsp 1157783/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 04/12/2018- grifou-se).*

Em igual rumo, colhe-se deste Sodalício:

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC. [...] FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM NO ARESTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.*

*“A adoção da fundamentação ‘per relationem’ no acórdão, com a transcrição de sentença ou parecer, em complemento às próprias razões de decidir, é técnica cuja legitimidade jurídico-constitucional é reconhecida*



*há muito pelas Cortes Superiores, entendimento que não sofreu alteração com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil' (Des. Júlio César M. Ferreira de Melo). [...]” (TJSC, Embargos de Declaração n. 0000721-86.2013.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 25/08/2020).(TJSC, Agravo de Instrumento n. 5010266-20.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 15-12-2020).*

Assim, não há falar em ausência de fundamentação, razão pela qual rejeita-se a tese de nulidade da sentença.

### II.III - Do mérito:

Igualmente sem razão a recorrente no que tange ao pedido de reforma da decisão no mérito. Inicialmente, cumpre tecer algumas considerações para melhor elucidação da matéria.

Os recorridos ajuizaram a presente ação buscando o reconhecimento do domínio de uma área de 444.845,32 m<sup>2</sup> (quatrocentos e quarenta e quatro mil oitocentos e quarenta e cinco vírgula trinta e dois metros quadrados), sendo que, à exceção da apelante, nenhum dos confinantes e/ou proprietários registrais apresentaram resistência à pretensão inaugural.

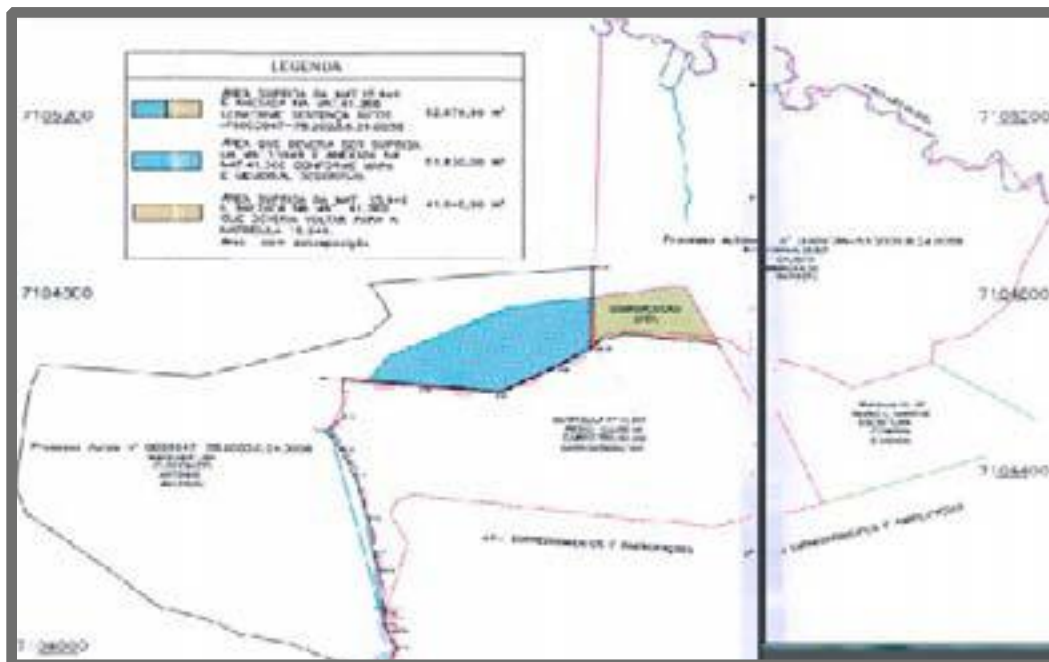
As razões da defesa da recorrente se subsomem às teses de que parte da área objeto da lide lhe pertence, e, em relação a essa mesma fração, os apelados não provaram o exercício de qualquer poder fático.

Com o objetivo de delimitar o terreno em discussão, o Togado singular designou perícia judicial, que categoricamente consignou que a parte do imóvel que a insurgente busca preservar, em verdade, já foi transferida a terceiros em razão de acolhimento de pedido de usucapião formulado em outra demanda.

Para melhor elucidação, colaciona-se o croqui apresentado pelo perito (evento 444, docs. 684-685), que identifica com clareza que as áreas hachuradas em azul e verde, que totalizam 92.879,90 m<sup>2</sup> (noventa e dois mil oitocentos e setenta e nove vírgula noventa metros quadrados), compunham parte da propriedade registral da recorrente e foram objeto da ação de usucapião de n. 058.03.003647-7, cujo pedido foi julgado procedente em favor de Clodoaldo Machado e esposa, tendo se operado o trânsito em julgado.

A parte verde, por sua vez, contida naquela porção maior, que é vindicada pelos recorridos na presente demanda e objeto de impugnação por parte da recorrente, possui 41.049,90 m<sup>2</sup> (quarenta e um mil quarenta e nove vírgula noventa metros quadrados). Veja-se:





Observa-se, ainda, que em decorrência da sentença prolatada nos autos da ação n. 058.03.003647-7, a área de 92.879,90 m<sup>2</sup> (noventa e dois mil oitocentos e setenta e nove vírgula noventa metros quadrados) deixou de integrar a matrícula n. 15.949 do Cartório de Registro de Imóveis da comarca de São Bento do Sul, em nome da apelante, e passou a compor a matrícula n. 41.366, em nome de Clodoaldo Machado (evento 440, doc. 446).

Nesse cenário, verifica-se a impropriedade de a apelante defender a ausência dos pressupostos para usucapião de área que não é mais sua e que sobre ela tampouco exerce poderes fáticos, notadamente porque a recorrente perdeu o domínio da aludida fração em outra demanda em razão de não os empreender, e porque nem mesmo os atuais proprietários se insurgiram em face da pretensão exordial.

Em arremate, como bem salientado pelo Juízo singular:

*[...] a aqui contestante, que no usucapião tombado sob n. 058.03.003647-7 perdeu, expressamente, porção de sua propriedade porque não exercia – fato notório praticamente – posse sobre ela, mantendo-se inerte, por muitos e muitos anos, com a ocupação pelo antecessor dos ora autores e, em posterior, por estes, busca, nestes autos, recuperar aquela perda, empregando, nada obstante, os mesmos argumentos já rejeitados, em decisão alcançada pela preclusão temporal, no outro pleito de reconhecimento de domínio suso mencionado.*

*Significa dizer, portanto, o inconformismo da contestante já foi objeto de apreciação judicial, valendo dizer, no ponto e a confirmar ainda mais tal conclusão, que o expert judicial, em seu laudo pericial, afirmou que parte “da área requerida e tendo sentença favorável pelo Sr. Clodoaldo A. Machado e parte da área requerida por Daurita Lurdes Baptista e parte da área constante no registro n.º 15.949 de propriedade de Parque Trilha dos Carroções Ltda. Se sobrepõem” (fl. 537), ou seja, parte dos 92.879,90 metros quadrados (parcela da matrícula imobiliária 15.949, do Registro de Imóveis local), de propriedade da ora contestante, já foram usucapidos e a*

*outra parcela se inclui na área cuja prescrição aquisitiva é aqui colimada.*

*Noutra passagem do trabalho pericial (fl. 569), respondendo afirmativamente a questionamento/observação da parte autora (fl. 560, item 24), o perito do juízo esclareceu que a soma das áreas sobrepostas (em referência, também, a área da usucapião já julgada, intentada por Clodoaldo Machado e sua mulher), com esta que se pretende aqui usucapir, totaliza os 92.000 e poucos metros quadrados que acabou sendo extirpada, na decisão transitada em julgado, proferida na usucapião alhures mencionada.*

*Quero dizer, pois, de qualquer forma e indubitavelmente, a discussão que se trava nestes autos diz respeito às mesmas questões já decididas e que guardam relação, direta, com a mesma área que a contestante afirma aqui de sua propriedade, a qual, lembro, é indiscutível, o que não implica, entretanto, na posse física, esta permitida, por mais de 15 (quinze) anos, pelos autores e antecessor, reitero (evento 444, docs. 763-764).*

Dessarte, observa-se que a pretensão da apelante é, em verdade, de desconstituir sentença já passada em julgado que lhe foi desfavorável, o que, como se sabe, deve ser feito por meio dos remédios processuais cabíveis.

Portanto, a manutenção da decisão recorrida é medida de rigor.

#### II.IV - Dos honorários recursais:

Por fim, seguindo 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. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 436-437).*

Dessa forma, tendo a decisão sido publicada após a entrada em vigor do CPC/2015, os honorários advocatícios de sucumbência devem ser majorados de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), na forma do art. 85, §§ 2º e 11, do citado diploma legal.

### III - Do recurso adesivo:

Igualmente não merece prosperar o pleito do advogado dos autores de elevação de seus honorários advocatícios sucumbenciais.

Pois bem.

A sentença deliberou no sentido de condenar a apelada adesiva ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), valor que foi majorado neste julgamento para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por ocasião da fixação da verba honorária recursal.

Sobre os critérios de mensuração dos honorários advocatícios, extrai-se da doutrina de Nelson Nery Júnior:

*[...] A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado (Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 295).*

Ademais, sabe-se que o arbitramento de honorários advocatícios não deve ser tão elevado a ponto de penalizar em excesso o sucumbente, nem tão reduzido que corresponda o aviltamento da atividade do advogado.

*In casu*, e para fins de análise do pleito recursal, deve-se partir da premissa de que em que pese a área usucapienda perfaça o total de 444.845,32 m<sup>2</sup> (quatrocentos e quarenta e quatro mil oitocentos e quarenta e cinco vírgula trinta e dois metros quadrados), a ré apresentou pretensão resistida tão somente em face da fração de 41.049,90 m<sup>2</sup> (quarenta e um mil quarenta e nove vírgula noventa metros quadrados), razão pela qual o arbitramento dos honorários devidos por ela ao advogado dos autores deve observar essa proporcionalidade, aplicando-se por analogia os termos do art. 87 do CPC/2015 (“Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários”).

Há que se ponderar, ainda, que a causa foi valorada em valor ínfimo (R\$ 500,00, evento 440, pet. 49) e o proveito econômico não foi liquidado, razão pela qual agiu com o costumeiro acerto o Juízo de primeiro grau ao fixar a verba por equidade, não havendo elementos concretos nos autos para a alteração pretendida.

No mais, verifica-se que: a) o insurgente atuou com grau de zelo profissional dentro do esperado, porquanto apresentou as teses necessárias aos interesses de seus clientes e não se omitiu nos atos processuais; b) o escritório de advocacia se localiza na mesma comarca em que tramitou o feito; c) houve a realização de perícia judicial e audiência de instrução e julgamento, atos nos quais o causídico se fez presente; d) a questão jurídica relativa à controvérsia travada entre as partes não se caracteriza como de alta indagação, uma vez que a parte ré buscava tão somente rediscutir matéria já passada em julgado em outros autos, de modo que não foram necessários estudos de maior complexidade acerca do direito material ou processual envolvido para defesa dos interesses dos outorgantes; e e) a tramitação processual, da inicial ao presente julgamento, levou aproximadamente 15 (quinze) anos, todavia, observa-se que apesar de a ação ter sido ajuizada em 10-5-2006 (evento 440, doc. 45), a citação da demandada foi perfectibilizada apenas em 3-11-2010 (evento 440, doc. 266), em razão de fornecimento de endereço equivocado pelos autores (evento 440, doc. 78) e indicação no polo passivo de pessoa jurídica diversa da confinante (evento 440, doc. 162).

Em vista disso, e considerando também que já houve incremento da remuneração do causídico em grau recursal em razão do desprovimento do apelo da ré, conclui-se que o patamar fixado na sentença a quo observou o disposto no art. 85, § 2º, incisos I a IV do CPC/2015 e se coadunou com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, atendendo ao primado da justa remuneração do trabalho profissional, motivo pelo qual não há razão para se majorar ainda mais a verba honorária já fixada.

Ante o exposto, voto no sentido de corrigir erro material da sentença, para que onde se lê: “por mais de 15 (quinze) dias” (evento 444, doc. 763), leia-se: “por mais de 15 (quinze) anos”, e para conhecer dos recursos e negar-lhes provimento, e majorar os honorários de sucumbência em favor do patrono da parte autora, conforme fundamentação.

**Desembargador CARLOS ROBERTO DA SILVA**  
**Relator**

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5036353-13.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR OSMAR NUNES JÚNIOR

AGRAVANTE: SINARA MORGAN CASTAGNARO XAVIER

ADVOGADO: LIGIA KARIN MINELA (OAB SC030916)

ADVOGADO: FABRICIA KALNIN VALERIO (OAB SC030663)

ADVOGADO: LUIZ EDUARDO CLETO RIGHETTO (OAB SC018453)

ADVOGADO: CAMILA HASSE CAPELANES (OAB SC057956)

AGRAVADO: FACEBOOK AGRAVO SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA.

ADVOGADO: CELSO DE FARIA MONTEIRO (OAB SC041534)

AGRAVADO: V&T MIDIA ON LINE LTDA

ADVOGADO: FABIO RAPHAEL GONÇALVES FABENI (OAB SC015113)

AGRAVADO: SOCIEDADE EDITORA BALNEENSE LTDA

ADVOGADO: FABIO RAPHAEL GONÇALVES FABENI (OAB SC015113)

AGRAVADO: SAMARA TOTH VIEIRA

ADVOGADO: FABIO RAPHAEL GONÇALVES FABENI (OAB SC015113)

AGRAVADO: FRANCIELE MARCON

AGRAVADO: ELAINE MAFRA,

**AGRAVO DE INSTRUMENTO.** AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DECISÃO QUE NEGA PEDIDO DA AUTORA DE EXCLUSÃO DE MATÉRIAS JORNALÍSTICAS DE SÍTIOS ELETÔNICOS E REDES SOCIAIS.

**INSURGÊNCIA DA AUTORA.** ALEGADO ABUSO DE DIREITO NA PUBLICAÇÃO

VEICULADA QUE TERIA AFRONTADO OS SEUS DIREITOS DA PERSONALIDADE. INSUBSISTÊNCIA. REPORTAGENS COM CONTEÚDO NITIDAMENTE INVESTIGATIVO, NARRATIVO E INFORMATIVO. LIBERDADE DE IMPRENSA EXERCIDA DENTRO DOS LIMITES. DIREITO DE INFORMAÇÃO DEVIDAMENTE PRATICADO. AUSÊNCIA DE EXCESSOS. NOTÍCIA DE MANIFESTO INTERESSE PÚBLICO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ANIMUSDIFAMANDI, CALUNIANDI OU INJURIANDI. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O CONSTRANGIMENTO EVENTUALMENTE SOFRIDO COM A CONDUTA DOS RÉUS. NÃO CABIMENTO DA PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DAS NOTÍCIAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 7ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de maio de 2021.

**Desembargador OSMAR NUNES JÚNIOR**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Sinara Morgan Castagnaro Xavier interpôs agravo de instrumento contra decisão que, nos autos da ação indenizatória n. 5018538-98.2020.8.24.0033, ajuizada em face de Facebook Serviços Online do Brasil Ltda., V&T Mídia Online Ltda., Sociedade Editora Balneense Ltda., Samara Toth Vieira, Franciele Marcon e Elaine Mafra, indeferiu o pedido de tutela de urgência almejada pela autora de indisponibilizar o acesso de terceiros a matérias jornalísticas editadas e divulgadas pelas rés.

Alegou o desacerto do pronunciamento hostilizado ao argumento de que as matérias contêm conteúdo sensacionalista e vexaminoso à sua imagem.

Indeferido o efeito suspensivo almejado (Evento 3) e apresentadas as contrarrazões pelas partes agravadas (Eventos 18 e 19, vieram os autos conclusos.

É o necessário relatório.

## **VOTO**

A decisão atacada merece ser mantida.

O Código Civil, em seu art. 186, preceitua que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e, em razão disso, consoante prevê o art. 927 do mesmo diploma, “fica obrigado a repará-lo”.

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 esta reste caracterizada: a conduta dolosa ou culposa do agente, o dano causado e o nexo de causalidade entre eles.

Anoto que a responsabilidade civil advinda de abusos perpetrados por meio da imprensa engloba a colisão de dois direitos fundamentais, quais sejam, a liberdade de expressão e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, previstos pelo art. 5º, incisos IX e X, da Constituição Federal. Ou seja, ao mesmo tempo em que o texto constitucional assegurou o direito à liberdade de expressão, garantiu também, em equivalente hierarquia, os direitos da personalidade, havendo a necessidade de ponderação dos interesses em conflito quando da análise de cada caso concreto.

Dessa forma, é cediço que a impossibilidade de restrição na liberdade de expressão e de informação nos veículos de comunicação social, prevista pelo art. 220 da CF/88, possui certos limites, devendo o exercício desse direito ser concretizado sem o cometimento de excessos. A reportagem jornalística deve cingir-se a expor fatos de relevante interesse público e coletivo, com caráter narrativo e informativo, sem o intuito específico de, assistido pela má-fé, injuriar, difamar ou caluniar os envolvidos.

Ou seja, ainda que seja necessário ao próprio Estado Democrático de Direito uma imprensa livre, o direito de informar não pode ser exercido de maneira irrestrita e abusiva, visando afrontar a dignidade das pessoas referidas nas notícias divulgadas.

Feitas tais premissas, vislumbro que, na hipótese sob enfoque, é evidente o cunho jornalístico da matéria em questão, estando presente o interesse de ordem pública adstrito ao direito de informação.

*In casu*, denoto que as reportagens colacionadas aos autos apenas noticiam a existência de boletins de ocorrência, denúncias e processos judiciais em virtude das supostas práticas de estelionatos pela parte ora agravante, além de informar que a acusada teve mandado de prisão cumprido e, posteriormente, voltou a ser posta em liberdade, em virtude de decisão judicial prolatada em sede de habeas corpus, todos fatos incontroversos nos autos.

Por outro lado, não observo qualquer conteúdo escrito com caráter injurioso ou difamatório, mas apenas matérias que reproduzem relatos de terceiros, consultas não sigilosas em sistemas de órgãos públicos, sempre tratando os fatos como suspeita de crime.

Nesse diapasão, não se pode responsabilizar os meios de comunicação quando houver simples reprodução de fatos ou do que foi afirmado por alguém, como no caso em comento.

Ademais, conforme reiteradamente exposto pelo Superior Tribunal de Justiça:

*Embora se deva exigir da mídia um mínimo de diligência investigativa, isso não significa que sua cognição deva ser plena e exauriente à semelhança daquilo que ocorre em juízo. A elaboração de reportagens pode durar horas ou meses, dependendo de sua complexidade, mas não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade. Isso se dá, em primeiro lugar, porque a recorrente, como qualquer outro particular, não detém poderes estatais para empreender tal cognição. Ademais, impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações satisfaz verdadeiro*



*interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial. (REsp 984.803/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi)*

Deste Pretório, menciono:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E PEDIDO DE RETRATAÇÃO PÚBLICA. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA EM JORNAL IMPRESSO. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E SENTENÇA CITRA PETITA AFASTADAS. NOTÍCIA VEICULADA COM CUNHO EMINENTEMENTE NARRATIVO E INFORMATIVO. DOMÍNIO PÚBLICO DAS INFORMAÇÕES VEICULADAS E INTERESSE DA COLETIVIDADE. INEXISTÊNCIA DE ANIMUS INJURIANDI. OFENSA NÃO CONFIGURADA. SENTENÇA*

*MANTIDA. APELO DESPROVIDO. I - Não há cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide se o juiz forma seu convencimento diante das provas documentais constantes dos autos, situação em que se mostra perfeitamente dispensável a instrução do feito, em homenagem aos princípios da celeridade e da economia processual. II - Inexiste nulidade da sentença por julgamento citra petita se, da leitura das razões de decidir, depreende-se com clareza o afastamento dos pleitos iniciais, mormente porque, uma vez reconhecida a ausência de qualquer ato lesivo ao direito de personalidade do Autor apto a ensejar a compensação pecuniária, por óbvio, não há falar em retratação pública pela Ré. III - Não caracteriza ofensa à honra, imagem ou reputação do Autor, agente público, a publicação de notícia que apenas divulga fato de relevante interesse coletivo em tom eminentemente narrativo e informativo, despida de má-fé, excesso ou abuso de direito. Destarte, não comprovado o “animus injuriandi” por parte da Ré, a responsabilidade civil não se concretiza, sob pena de violação do direito constitucional de liberdade de expressão, somando-se ao dever legal da imprensa escrita de bem prestar informações ao público em geral. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.028515-8, de Caçador, rel. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 04-09-2014). (grifei)*

*RECURSO ESPECIAL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CONDENATÓRIA - PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DE MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA EM REVISTA - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR A REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS - INSURGÊNCIA DA RÉ - RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA - ABORDAGEM DA MATÉRIA INSERTA NOS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO JORNALÍSTICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO DA*

*REPÚBLICA - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Hipótese: Trata-se de ação condenatória julgada procedente pelas instâncias ordinárias para condenar a requerida ao pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), a título de danos extrapatrimoniais experimentados pelo autor da demanda em razão de matéria jornalística publicada em revista. 1. A análise da pretensão recursal referente ao julgamento antecipado da lide e a necessidade de produção de outras provas para o deslinde da controvérsia demandaria o revolvimento do conjunto fático- probatório dos autos, providência esta vedada na instância especial. Incidência da Súmula n. 7 desta Corte. 2. A matéria relativa aos artigos 369 e 384 do Código de Processo Civil não fora discutida pelo Tribunal de origem, ainda que tenham sido opostos embargos de declaração, carecendo do requisito do prequestionamento. Súmula 211 do STJ. 3. Não evidenciado o caráter protelatório dos embargos de declaração, impõe-se o afastamento da multa prevista no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil. Incidência da Súmula 98 deste Tribunal. 4. No que diz respeito à violação dos dispositivos da Lei de Imprensa, em que pese declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 130/DF, esta Corte tem autorizado o conhecimento do recurso especial, a fim de analisar a tese de inexistência de*

*responsabilidade civil e a quantificação da indenização arbitrada. Precedentes.4.1. O teor da notícia é fato incontroverso nos autos, portanto proceder a sua análise e o seu devido enquadramento no sistema normativo, a fim de obter determinada consequência jurídica (procedência ou improcedência do pedido), é tarefa compatível com a natureza excepcional do recurso especial, a qual não se confunde com o reexame de provas. Para o deslinde do feito mostra-se dispensável a reapreciação do conjunto fático-probatório, bastando a valoração de fatos consignados pelo órgão julgador, atribuindo-lhes o correto valor jurídico, portanto, descabida a incidência do óbice da Súmula 7 do STJ.4.2. O mérito do recurso especial coloca em confronto a liberdade de imprensa (animus narrandi e criticandi) e os direitos da personalidade.4.2.1. A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como o compromisso com a veracidade da informação. Contudo, tal limitação não exige prova inequívoca da verdade dos fatos objeto da reportagem. Esta Corte tem reconhecido uma margem tolerável de inexatidão na notícia, a fim de garantir a ampla liberdade de expressão jornalística. Precedentes.4.2.2. Não se olvida, também, o fator limitador da liberdade de informação lastrado na preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade. Assim, a vedação está na veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar.4.2.3. Da notícia veiculada, muito embora aluda a fatos graves, não se vislumbra outro ânimo que não o narrativo, visto que a reportagem se limita a afirmar que o recorrido estaria sendo “investigado” pelas condutas tipificadas como crime ali descritas, o que, efetivamente, não se distancia do dever de veracidade, porquanto incontroversa a existência de procedimento investigativo.4.3. A forma que fora realizada a abordagem na matéria jornalística ora questionada está inserta nos limites da liberdade de expressão jornalística assegurada pela Constituição da República, a qual deve prevalecer quando em conflito com os direitos da personalidade, especialmente quando se trata de informações relativas à agente público.4.4. É sabido que quando se está diante de pessoas que ocupam cargos públicos, sobretudo aquelas que atuam como agentes do Estado, como é o caso dos autos, prevalece o entendimento de que há uma ampliação da liberdade de informação jornalística e, desse modo, uma adequação, dentro do razoável, daqueles direitos de personalidade.4.5. Com efeito, se a notícia limitou-se a tecer comentários, ainda que críticos, atribuindo a fatos concretamente imputados, por terceira pessoa, estas identificadas e referidas como as autoras das informações divulgadas (animus narrandi/criticandi), inclusive ante episódios que renderam a instauração de procedimento de investigação, como é o caso dos autos, daí porque deve ser afastada a responsabilização civil da empresa que veiculou a matéria, por se tratar de exercício regular do direito de informar (liberdade de imprensa), bem como do acesso ao público destinatário da informação.5. Recurso especial provido para julgar improcedente o pedido veiculado na demanda e afastar a multa imposta em sede de embargos de declaração (art. 538, parágrafo único, CPC).(REsp 738.793/PE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 08/03/2016) (grifei)*

Dessarte, não vislumbro, na hipótese, o intuito malicioso de difamar, injuriar ou caluniar o recorrente. Constato, na verdade, justamente o contrário: é nítido o animus narrandi e o animus informandi da reportagem veiculada pelos recorridos, na medida em que apenas discorrem sobre os acontecimentos de notável interesse público dentro dos limites constitucionais, não extrapolando o exercício regular do direito de informação, amparado pela liberdade de imprensa. Não cabe falar, assim, que os apelados, apoiados na má-fé, possuíam o condão de macular a imagem e a honra do insurgente quando aqueles apenas descreveram a realidade.

Possuindo a notícia manifesto caráter informativo, sem qualquer perpetração de excesso que tivesse o objetivo de ofender os envolvidos, não há como acolher a pretensão de exclusão das

matérias em sítios e redes sociais. Não olvido que, por certo, a recorrente tenha sofrido algum incômodo com as reportagens veiculadas. Ocorre que não há qualquer ato ilícito a ser imputado aos agravados, motivo pelo qual inexistente a possibilidade de estabelecer alguma relação de causalidade entre os alegados danos sofridos com a conduta destes.

Por estes motivos, mantenho a decisão interlocutória atacada.

## **RESULTADO**

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

**Desembargador OSMAR NUNES JÚNIOR**

**Relator**

**AÇÃO RESCISÓRIA (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 0075651-83.2009.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR TULIO JOSÉ MOURA PINHEIRO

AUTOR: KOLINA ARARANGUAENSE VEICULOS LTDA

AUTOR: AUTO COLINA LTDA

RÉU: JUGASA COMERCIAL DE VEICULOS S/A

AÇÃO RESCISÓRIA. ALMEJADA DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO DA COLETA PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL DESTA CORTE.

*ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE, POR OCASIÃO DA APRECIÇÃO DE RECURSOS DE APELAÇÃO E DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, CONSERVOU INCÓLUME SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DE JUGASA COMERCIAL DE VEÍCULOS S/A EM AÇÃO DE COBRANÇA, A FIM DE CONDENAR KOLINA ARARANGUAENSE VEÍCULOS LTDA. E AUTO COLINA LTDA. AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO NO VALOR DE R\$ 464.614,86 (QUATROCENTOS E SESSENTA E QUATRO MIL, SEISCENTOS E CATORZE REAIS E OITENTA E SEIS CENTAVOS), CORRESPONDENTE A 10% (DEZ POR CENTO) DO LUCRO OBTIDO COM A VENDA IRREGULAR DE AUTOMÓVEIS, ANTE A INVASÃO EM ÁREA DE ATUAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONCORRENTE ENTÃO AUTORA. APLICAÇÃO DA LEI FERRARI (LEI N. 6.729/79), QUE REGULAMENTA A RELAÇÃO ENTRE AS PRODUTORAS (MONTADORAS) E AS DISTRIBUIDORAS (CONCESSIONÁRIAS) DE VEÍCULOS TERRESTRES, BEM COMO A ATUAÇÃO DESTAS NO MERCADO.*

**AGRAVO RETIDO DA DEMANDADA (JUGASA COMERCIAL DE VEÍCULOS S/A), AUTUADO COMO AGRAVO DE INSTRUMENTO.**

ALMEJADA REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA PARA SUSPENDER O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA RESCINDENDA. NÃO CONHECIMENTO. VIA INADEQUADA. RECURSO INCABÍVEL NA HIPÓTESE. DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA QUE DEVE SER QUESTIONADA POR MEIO DE AGRAVO REGIMENTAL. PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA. CANCELAMENTO DA EQUIVOCADA AUTUAÇÃO COMO AGRAVO DE INSTRUMENTO, OUTROSSIM, QUE SE IMPÕE.

**AÇÃO RESCISÓRIA.**

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, SUSCITADA PELAS REQUERENTES EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS. SUSTENTADO VÍCIO, ANTE O INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE DO EXAME DO TEMA, APESAR DE JÁ TER SIDO ANALISADO NESTE FEITO, POR SE TRATAR DE QUESTÃO PROBATÓRIA, MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA SOBRE A QUAL NÃO CONFIGURA PRECLUSÃO PRO JUDICATO. HIPÓTESE EM QUE O FEITO ENCONTRESE APTO A JULGAMENTO. PERÍCIA ALMEJADA NESTA OCASIÃO QUE SE MOSTRA INÓCUA, POR TER COMO OBJETIVO A SUBSTITUIÇÃO DAQUELA EFETUADA NA ORIGEM. INVIABILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA QUE NÃO SERVE COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE

REEXAME OU DE NOVA REALIZAÇÃO DE PROVA QUE, NA INSTÂNCIA A QUO, FOI SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO E ANALISADA PELO MAGISTRADO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO, ANTE A PRERROGATIVA DO JUÍZO DE NÃO AUTORIZAR A PRODUÇÃO DE PROVAS QUE REPUTAR INÓCUAS. PRELIMINAR REJEITADA.

PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL, AVENTADA EM SEDE DE MEMORIAIS PELA SOCIEDADE EMPRESÁRIA RÉ. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DO DEPÓSITO PRÉVIO (ART. 488, INC. II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, APLICÁVEL AO CASO), SOB O ARGUMENTO DESTE TER SIDO CALCULADO EM FUNÇÃO DO VALOR NOMINAL DA CONDENAÇÃO, SEM INCLUIR A CORREÇÃO MONETÁRIA E OS JUROS LEGAIS. INSURGÊNCIA, EM VERDADE, QUE SE REFERE AO VALOR DA CAUSA, A QUAL DEVERIA TER SIDO OFERTADA INCIDENTALMENTE, POR MEIO DE IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA, NA ÉPOCA DA RESPOSTA À AÇÃO. PRECLUSÃO CONFIGURADA. ADEMAIS, IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DESTA MATÉRIA EM SEDE DE MEMORIAIS, NOS QUAIS É VEDADA A DISCUSSÃO DE MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NOS AUTOS.

#### PRELIMINARES DE NULIDADE PROCESSUAL.

ALEGADA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, EM RAZÃO DA AUTUAÇÃO DOS AUTOS INTEGRAIS DA PERÍCIA CONTÁBIL TER SIDO REALIZADA EM 18.08.2005, APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA, OCORRIDA EM 02.08.2005. TESE NÃO ACOLHIDA. PARTES QUE TINHAM CIÊNCIA DE QUE O LAUDO PERICIAL E OS RESPECTIVOS DOCUMENTOS QUE O EMBASARAM SE ENCONTRAVAM DEPOSITADOS EM CARTÓRIO DESDE 24.05.2004. ACESSO POSSIBILITADO ÀS PARTES. ADEMAIS, DEFERIMENTO, NA ÉPOCA, DE PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS, SUPERIOR AO USUAL, PARA MANIFESTAÇÃO DOS LITIGANTES A RESPEITO DA PROVA PRODUZIDA, EM RAZÃO DO VOLUME DA DOCUMENTAÇÃO. MÁCULA NA SENTENÇA OU VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO PROCESSUAL NÃO OBSERVADAS. PREFACIAL REJEITADA.

SUSCITADA OCORRÊNCIA DE NULIDADE DO ACÓRDÃO, POR SER EXTRA PETITA. ALEGAÇÃO DE QUE O TRIBUNAL EXTRAPOLOU A LIDE AO, NO FUNDAMENTO, INCLUIR A DISCUSSÃO SOBRE A “CONDUTA ATIVA DE COMERCIALIZAÇÃO” DA PARTE RÉ, ALÉM DE UTILIZAR AS EXPRESSÕES “ÁREA DE COMERCIALIZAÇÃO” E “ÁREA DE ATUAÇÃO” PARA DENOMINAR A “ÁREA DEMARCADA”. TESE NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE MANTEVE A INDENIZAÇÃO CONCEDIDA NA SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA QUE NÃO CONSISTE EM EXCESSO DE JULGAMENTO. ARGUMENTAÇÃO REFERENTE À “CONDUTA ATIVA DE COMERCIALIZAÇÃO” QUE SE TRADUZ EM ANÁLISE DOS FATOS DEBATIDOS NOS AUTOS. NULIDADE NÃO CONFIGURADA.

#### **MÉRITO.**

SUPPLICADA OCORRÊNCIA DE DOLO DA PARTE VENCEDORA EM DETRIMENTO DA PARTE VENCIDA, A FIM DE FRAUDAR A LEI (INCISO III DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973). ALEGAÇÃO DE QUE OS DOCUMENTOS UTILIZADOS PARA FUNDAMENTAR A AÇÃO FORAM OBTIDOS POR MEIO ILÍCITO (CONSILIUM FRAUDIS), POR TEREM SIDO ORIGINALMENTE ENTREGUES PARA EMBASAR RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. TESE ANALISADA NA SENTENÇA RESCINDENDA. AUSÊNCIA DE QUESTIONAMENTO NA APELAÇÃO E NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS PELA RÉ, QUE SÃO AUTORA E LITISCONSORTE ATIVA NESTA DEMANDA. IMPOSSIBILIDADE DE REDEBATE DA MATÉRIA, À MÍNGUA DE ARGUMENTOS OU DOCUMENTOS NOVOS APTOS A DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DE EIVA PASSÍVEL DE SER RECONHECIDA A PARTIR DA PRESENTE VIA RESCISÓRIA, A QUAL NÃO SE PRESTA COMO EXPEDIENTE RECURSAL. ADEMAIS, POSSIBILIDADE DE USO DE TAL



DOCUMENTAÇÃO, PORQUANTO PÚBLICA E SEM SIGILO, JÁ RATIFICADA POR ESTA CORTE EM DEMANDA OUTRA (AÇÃO INDENIZATÓRIA N. 004.06.002098-2, TRAMITADA PERANTE A 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE ARARANGUÁ, COM SENTENÇA CONFIRMADA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CÍVEL N. 2007.052490-3, TRANSITADA EM JULGADO EM 06.02.2008) E PELO TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SANTA CATARINA, EM REPRESENTAÇÃO APRESENTADA CONTRA O ADVOGADO DA ORA REQUERIDA PELO SUPOSTO USO INDEVIDO DE DOCUMENTOS EM PROCESSO JUDICIAL.

DEFENDIDA OCORRÊNCIA DE ERROS DE FATO (INCISO IX DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973), QUE SE TRADUZEM, EM SÍNTESE, NA EFETIVAÇÃO DE VENDAS DE AUTOMÓVEIS EM NÚMERO INFERIOR AO QUE EMBASOU A CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE ALGUNS DOCUMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS NÃO PODERIAM TER SIDO UTILIZADOS PARA DEMONSTRAR A EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO, SEJA POR SEREM MEROS PEDIDOS/ ORÇAMENTOS, SEJA POR ESTAREM INCOMPLETOS, SEJA POR CONTEREM INFORMAÇÕES EQUIVOCADAS. SUSTENTADA, OUTROSSIM, INDEVIDA AMPLIAÇÃO DA ÁREA DE ATUAÇÃO DA JUGASA COMERCIAL DE VEÍCULOS S/A PARA OUTRAS CIDADES FORA DE SUA ÁREA DE CONCESSÃO. NÃO ACOLHIMENTO. TESES QUE SE BASEIAM EM DOCUMENTOS SOBRE OS QUAIS HOUVE DISCUSSÃO E PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE AÇÃO RESCISÓRIA, POR ESTA NÃO SE TRADUZIR EM EXPEDIENTE RECURSAL.

SUSTENTADA OMISSÃO NA ANÁLISE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELO DETRAN, QUE AFIRMAM A VENDA DE NÚMERO INFERIOR DE VEÍCULOS AO INDICADO NA PERÍCIA CONTÁBIL. NÃO ACOLHIMENTO. DOCUMENTOS MENCIONADOS QUE NÃO SE PRESTAM A COMPROVAR TAL FATO. ADEMAIS, LAUDO PERICIAL QUE SE BASEOU EM NOTAS FISCAIS REGISTRADAS PERANTE O PRÓPRIO DETRAN.

ALEGADO DESCABIMENTO DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO CONTRA KOLINA ARARANGUAENSE VEÍCULOS LTDA. POR FATOS OCORRIDOS DESDE 1995, SOB O ARGUMENTO DE QUE A ATIVIDADE COMERCIAL DESTA INICIOU-SE EM 2000, BEM COMO QUE A CONCESSÃO DA JUGASA COMERCIAL DE VEÍCULOS S/A PERANTE A CONCEDENTE TEVE INÍCIO APENAS EM 1999. TESES NÃO ACOLHIDAS. AUTO COLINA LTDA., QUE ATUOU ENTRE O ANOS DE 1995 A 2000, E KOLINA ARARANGUAENSE VEÍCULOS LTDA. QUE FORAM CONDENADAS SOLIDARIAMENTE AO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO, POR PERTENCEREM AO MESMO CONGLOMERADO ECONÔMICO. JUGASA COMERCIAL DE VEÍCULOS S/A, POR OUTRO LADO, QUE LOGROU DEMONSTRAR QUE SUA ATUAÇÃO COMERCIAL PRINCIPIOU NA DÉCADA DE 70.

SUSTENTADA VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSIÇÃO DE LEI (INCISO V DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973), SOB O ARGUMENTO DE QUE, COM A MUDANÇA ADVINDA NA LEI FERRARI (LEI N. 6.729/79), A PARTIR DA LEI N. 8.132/90, NÃO É MAIS CABÍVEL INDENIZAÇÃO COM BASE NA “MARGEM DE COMERCIALIZAÇÃO” PELA INVASÃO DA “ÁREA DEMARCADA” DE OUTRA CONCESSIONÁRIA. NÃO ACOLHIMENTO. INDENIZAÇÃO QUE PERMANECE DEVIDA ÀS CONCESSIONÁRIAS PREJUDICADAS PELA CONDUTA ATIVA DA CONCORRENTE, COMO OCORREU NO CASO. HIPÓTESE EM QUE AS RÉS DA DEMANDA ORIGINÁRIA, NESTA AUTORA E LITISCONSORTE ATIVA, INSTALARAM FILIAL VELADA DENTRO DA ÁREA DE ATUAÇÃO DA JUGASA COMERCIAL DE VEÍCULOS S/A, REALIZANDO DIVERSAS VENDAS DE AUTOMÓVEIS. INDENIZAÇÃO CABÍVEL.

PRETENDIDO AFASTAMENTO DA SOLIDARIEDADE ENTRE AS REQUERIDAS NA LIDE ORIGINÁRIA, ORA AUTORA E LITISCONSORTE ATIVA. TESE NÃO ACOLHIDA. SOCIEDADES EMPRESÁRIAS QUE PERTENCEM AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA

DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE A DIVISIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO DO ART. 257 DO CÓDIGO CIVIL (COM CORRESPONDÊNCIA NO ART. 890 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916) – CUJA DICAÇÃO DISPÕE QUE “HAVENDO MAIS DE UM DEVEDOR OU MAIS DE UM CREDOR EM OBRIGAÇÃO DIVISÍVEL, ESTA PRESUME- SE DIVIDIDA EM TANTAS OBRIGAÇÕES, IGUAIS E DISTINTAS, QUANTOS OS CREDITORES OU DEVEDORES.” – E A SOLIDARIEDADE DA CONDENAÇÃO DECRETADA – A QUAL TEM O OBJETIVO DE FAVORECER O CREDOR, FACILITANDO A COBRANÇA DE OBRIGAÇÕES, INCLUÍDAS AS DIVISÍVEIS.

INOCORRÊNCIA DE QUAISQUER DAS AVENTADAS HIPÓTESES DO ART. 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (CORRESPONDENTE AO ART. 966 DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL VIGENTE). JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE IMPÕE, COM A CONSECUTÓRIA REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA NA PRESENTE LIDE RESCISÓRIA.

*ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DA AUTORA E DA LITISCONSORTE ATIVA, SOLIDARIAMENTE, AO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, QUE SE OPERA. CAUSA SEM CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SE AFERIR O PROVEITO ECONÔMICO. FIXAÇÃO DA VERBA ADVOCATÍCIA EM 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CAUSA, NOS TERMOS DO ART. 85, § 2º E INCISOS, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE. DEPÓSITO PRÉVIO REVERTIDO EM PROL DA RÉ, NOS TERMOS DO DECIDIDO NA SESSÃO DE JULGAMENTO.*

PLEITO DAS REQUERENTES FORMULADO EM ALEGAÇÕES FINAIS. PEDIDO DE AFASTAMENTO OU DE REDUÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, COMINADA EM VIRTUDE DO DESPROVIMENTO UNÂNIME DOS AGRAVOS INTERNOS (AUTOS NS. 0075651-83.2009.8.24.0000/50001 E 0075651-83.2009.8.24.0000/50002), INTERPOSTOS EM FACE DE INTERLOCUTÓRIO EXARADO NO PRESENTE FEITO. ACOLHIMENTO PARCIAL. PENALIDADE MANTIDA, ANTE O MANIFESTO CARÁTER PROTETATÓRIO DOS RECURSOS. QUANTIA ARBITRADA NAQUELE JULGAMENTO - 5% (CINCO POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA EM CADA RECLAMO -, PORÉM, REPUTADA EXCESSIVA. AUSÊNCIA DE MOTIVOS CONCRETOS PARA A SUA FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SANÇÃO REDUZIDA PARA 1% (UM POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA, PARA CADA INSURGÊNCIA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, não conhecer do agravo retido, ordenando-se, outrossim, o cancelamento de sua equivocada autuação como Agravo de Instrumento n. 0075651-83.2009.8.24.0000/TJSC; por votação unânime, afastar as preliminares invocadas pelas partes, nos termos da fundamentação e, no mérito, por maioria de votos, julgar improcedente o pedido de rescisão dos acórdãos exarados na Apelação Cível n. 2005.039555-7 e nos Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2005.039555-7/0001.00, que mantiveram incólume a sentença prolatada na Ação de Cobrança n. 020.02.016147-6, vencidos, em parte, os Desembargadores Robson Luz Varella e Altamiro de Oliveira; e, por via de consequência, por votação unânime, revogar a decisão de fls. 1.889/1.893 dos autos físicos SAJ na porção em que acolheu o pedido de tutela antecipada formulado, bem como condenar, solidariamente, a autora Kolina Araranguense Veículos Ltda. e a litisconsorte ativa Auto Colina Ltda. ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre



o valor da causa, bem assim à reversão, em favor da sociedade empresária requerida, do depósito judicial a que alude o art. 488, inc. II, do CPC/1973; além de reduzir a multa imposta no julgamento dos Agravos Internos ns. 0075651-83.2009.8.24.0000/50001 e 0075651-83.2009.8.24.0000/50002 para o mínimo legal de 1% (um por cento), nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2021.

**Desembargador TULIO JOSE MOURA PINHEIRO**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Kolina Araranguaense Veículos Ltda. contra acórdãos (Apelação Cível n. 2005.039555-7 e Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2005.039555-7/0001.00) que confirmaram sentença exarada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Criciúma, com trânsito em julgado certificado em 07.07.2008, proferida nos autos da Ação de Cobrança n. 020.02.016147-6, promovida por Jugasa Comercial de Veículos S/A em face de Auto Colina Ltda. e da sociedade empresária ora demandante.

Em primeiro grau, Kolina Araranguaense Veículos Ltda. e Auto Colina Ltda. foram condenadas ao pagamento de R\$ 464.614,86 (quatrocentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e quatorze reais e oitenta e seis centavos), quantia correspondente a 10% (dez por cento) do lucro auferido pelas requeridas com a venda irregular de veículos na área de atuação de Jugasa Comercial de Veículos S/A (sentença às fls. 56/86, vol 1, autos físicos SAJ), o que foi confirmado pela Primeira Câmara de Direito Comercial desta Corte (acórdãos de fls. 37/47 e 48/55, vol. 1, autos físicos SAJ).

Na exordial da presente Ação Rescisória, alegou Kolina Araranguaense Veículos Ltda., de início, que os documentos que embasaram a inicial da ação de cobrança foram obtidos por meio ilícito (*consilium fraudis*), por terem sido entregues por ex-funcionário seu, para serem utilizados para fundamentar Reclamatória Trabalhista. No mérito, defendeu a ocorrência de erros de fato, sob o argumento de que foram considerados como verdadeiros fatos inexistentes. Inicialmente, disse que, segundo documentos emitidos pelo Detran, as vendas efetivamente realizadas foram inferiores às indicadas na perícia. Afirmou, também, que meros pedidos/orçamentos foram considerados como notas fiscais, o que acarretou no reconhecimento de um número maior de vendas de veículos do que as efetivamente realizadas. Pontuou, num segundo momento, que, a partir de tais documentos, também foi indevidamente ampliada a área de atuação da Jugasa Comercial de Veículos S/A aos municípios de Nova Veneza e Treviso, bem como que foi atribuída erroneamente à autora a realização de venda a cliente residente em Porto Alegre/RS. Disse, também, que, ao se considerar apenas as vendas comprovadamente existentes, a indenização arbitrada consistiria em, no máximo, R\$ 153.322,91 (cento e cinquenta e três mil, trezentos e vinte e dois reais e noventa e um centavos).

Na sequência, asseverou que alguns documentos apresentados contêm erros ou são incompletos, pelo que não poderiam ter sido usados como prova. A respeito, disse haver solicitação de veículos diversos pela mesma pessoa, notas fiscais repetidas consideradas como mais de uma venda, pedidos anulados e cancelados reputados como válidos. Afirmou, ainda, que a autora foi indevidamente condenada por fatos supostamente ocorridos a partir de 1995, uma vez que foi constituída apenas no ano 2000. Por fim, alegou ser descabido indenizar a empresa requerida por fatos referentes a 1995 quando a concessão da GM à ré Jugasa Comercial de Veículos S/A ocorreu apenas em 1999. De outro norte, sustentou a ocorrência de violação literal a dispositivo de lei. Nesse ponto, alegou, de início, a configuração de nulidade processual, pelo fato de a perícia ter sido acostada integralmente aos autos após a prolação da sentença. Disse, também, que, em que pese a ação de cobrança ter sido promovida em 2002, seu pedido foi baseado na redação original da Lei n. 6.729/79, quando deveria ter sido realizado com fundamento no texto alterado pela Lei n. 8.132/90. Com base nisso, sustentou que não há falar em “área demarcada” ou em “margem de comercialização”, expressões não mais constantes no texto normativo. Concluiu ser descabida, portanto, a indenização determinada pela magistrada sentenciante *a quo*, que utilizou tais parâmetros previstos na lei revogada. Nesse ponto, defendeu também o afastamento da solidariedade, sob o argumento de que a obrigação é divisível e as partes condenadas consistem em sociedades empresárias distintas. Disse, também, que o acórdão rescindendo incorreu em julgamento *extra petita* ao, em seu fundamento, ter incluído a expressão “conduta ativa de comercialização” e ao utilizar “área de comercialização” e “área de atuação” para denominar a “área demarcada”. Pelo exposto, requereu, em sede de antecipação de tutela, a suspensão do decisum rescindendo em sua parte condenatória, e, no mérito, com arrimo nos incisos III (dolo da parte vencedora, a fim de fraudar a lei), V (violação de literal disposição de lei), IX (erro de fato) e § 1º (erro por fato existente ou inexistente), todos do art. 485 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, a rescisão dos acórdãos e da sentença, e a prolação de novo julgamento, ou, ainda, sucessivamente, a anulação *ab initio* do feito, expurgando-se todas as provas ilícitas. Pleiteou, por fim, a citação da empresa Auto Colina Ltda., por esta ser litisconsorte ativa necessária (fls. 2/25, vol. 1, autos físicos SAJ).

Por julgamento monocrático realizado em 16.2.2009, o Exmo. Sr. Des. Relator que me precedeu concedeu a antecipação de tutela, a fim de suspender o cumprimento da sentença condenatória cuja rescisão se busca na presente demanda. Na oportunidade, determinou a citação da sociedade empresária ré e de Auto Colina Ltda., esta na qualidade de litisconsorte ativa (fls. 1.889/1.893, vol. 10, autos físicos SAJ).

Em resposta, Auto Colina Ltda. aceitou sua condição de litisconsorte ativa e ratificou as alegações da exordial (fls. 1.901/1.903, vol. 10, autos físicos SAJ).

Irresignada com a decisão que concedeu a tutela antecipada, a sociedade empresária ré interpôs agravo retido (fls. 1.935/1.951, vol. 10, autos físicos SAJ), o qual restou contra-arrazoado pela demandante (fls. 2.385/2.392, vol. 12, autos físicos SAJ) e por Auto Colina Ltda. (fls. 2.428/2.434, vol. 12, autos físicos SAJ).

Na sequência, a requerida apresentou contestação (fls. 2.168/2.201, vol. 11, autos físicos SAJ).

Na peça, esclareceu, de início, que a autora Kolina Araranguense Veículos Ltda. e a litisconsorte Auto Colina Ltda. comercializaram veículos na cidade de Criciúma, a qual faz parte da sua área de atuação, por meio da sociedade empresária Mendes Comércio de Veículos Ltda. No tocante às argumentações exaradas na inicial, alegou que não houve ilegalidade na forma como foram obtidos os documentos que embasaram a demanda. Sobre isso, sustentou que a mencionada Reclamatória Trabalhista não tramitou em segredo de justiça, bem como que não houve dolo de sua parte. Insurgiu-se também contra os alegados erros de fato. Quanto aos documentos, afirmou que estes apenas serviram como início de prova, tendo as vendas irregulares sido confirmadas, a partir da análise de notas fiscais, por perícia técnica, a qual não foi questionada pela ora autora. Seguindo este raciocínio, disse que os pedidos/orçamentos cancelados ou anulados, bem como os que não constavam endereço, não foram considerados na realização da perícia. Sobre a sua atuação, sustentou que exerce atividade comercial na região desde a década de 60, pelo que a indenização por fatos ocorridos em 1995 é perfeitamente cabível. Por outro lado, a respeito da violação literal de lei, defendeu que a Lei n. 8.132/90 não revogou as expressões “margem de comercialização” e “área demarcada”, bem como manteve a obrigação da concessionária de atuar apenas em sua área. Nesse sentido, defendeu que a indenização concedida pela magistrada sentenciante condiz com a norma vigente, além de não representar interpretação aberrante. Também salientou ser cabível a solidariedade entre as sociedades empresárias autora Kolina Araranguense Veículos Ltda. e a litisconsorte ativa Auto Colina Ltda., por pertencerem ao mesmo grupo econômico. Defendeu, ainda, não ter sido configurada nulidade por sentença extra petita. Por fim, requereu a revogação da tutela antecipada concedida. No mérito, pleiteou a improcedência da rescisória e, subsidiariamente, o reconhecimento da integralidade das provas produzidas, em especial da perícia, e a manutenção da indenização, a qual não poderá ser inferior a R\$ 153.322,91 (cento e cinquenta e três mil, trezentos e vinte e dois reais e noventa e um centavos), valor reconhecido pela autora como devido.

Sobrevieram manifestações à contestação de Kolina Araranguense Veículos Ltda.

(fls. 2.393/2.401, vol. 11, autos físicos SAJ) e de Auto Colina Ltda. (fls. 2.435/2.445, vol. 12, autos físicos SAJ).

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro, deixou de se manifestar sobre o mérito da lide, por não vislumbrar interesse público primário a legitimar a intervenção do Parquet (fls. 2.414/2.416, vol. 12, autos físicos SAJ).

Após nova conclusão, por meio de memoriais, sustentou a ré Jugasa Comercial de Veículos S/A a insuficiência do depósito prévio, pelo que requereu o reconhecimento da inépcia da inicial (fls. 2.473/2.481, vol. 12, autos físicos SAJ).

Inicialmente pautado para o dia 13.06.2018, o julgamento foi adiado, ante o pedido das partes (fls. 2.456/2.457, vol. 12, autos físicos SAJ).

Em respeito ao contraditório, foi oportunizada às partes manifestação sobre os argumentos levantados por Jugasa Comercial de Veículos S/A em sede de memoriais (fls. 2.482/2.483, vol. 12, autos físicos SAJ).

Na oportunidade, Kolina Araranguaense Veículos Ltda. requereu o não acolhimento da preliminar de inépcia da inicial por insuficiência do depósito prévio levantada nos memoriais; a intimação das partes para especificação de provas e, finda a instrução, para apresentação de alegações finais; a requisição dos autos principais à comarca de origem, para comprovar a existência de documentação obtida mediante dolo, conforme requerido na exordial (item 5.4.2 – fl. 25, vol. 1, autos físicos SAJ) (fls. 2.489/2.500, vol. 12, autos físicos SAJ).

Em resposta, este subscritor decidiu, monocraticamente, não analisar a preliminar de insuficiência de depósito prévio, levantada em sede de memoriais pela parte ré, para examiná-la na sessão de julgamento; indeferir o pedido de intimação das partes para especificação de provas, ante a desnecessidade de dilação probatória no presente caso; não requisitar os autos da ação originária, por tal medida não ser necessária ao deslinde do feito; e, por fim, determinar, com fulcro no art. 187 do Regimento Interno desta Corte e no art. 973 do atual Código de Processo Civil, a intimação das partes para, no prazo de 10 (dez) dias, sucessivamente, querendo, apresentarem suas derradeiras alegações (fls. 2.652/2.658, vol. 13, autos físicos SAJ).

Contra esta decisão, Auto Colina Ltda. opôs embargos de declaração (Autos n. 0075651-83.2009.8.24.0000/50000 – fls. 2.661/2.664, vol. 13, autos físicos SAJ), os quais foram rejeitados (decisão às fls. 2.689/2.693, vol. 13, autos físicos SAJ).

Também contra a decisão que indeferiu a dilação probatória foram interpostos agravos internos (Autos n. 0075651-83.2009.8.24.0000/50001 e (Autos n. 0075651-83.2009.8.24.0000/50002) por Kolina Araranguaense Veículos Ltda. (fls. 2.665/2.670, vol. 13, autos físicos SAJ) e por Auto Colina Ltda. (fls. 2.695/2.698, vol. 13, autos físicos SAJ), *respectivamente*.

Kolina Araranguaense Veículos Ltda., na ocasião, requereu a suspensão do prazo para apresentação de alegações finais, o que foi deferido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Machado Júnior, que atuou temporariamente no feito por ocasião de minhas férias (fls. 2.676/2.677, vol. 13, autos físicos SAJ).

Após a apresentação de contrarrazões por Jugasa Comercial de Veículos S/A (fls. 2.704/2.713, vol. 13, autos físicos SAJ), ambos os agravos internos foram conhecidos e desprovidos de forma unânime pelo Grupo de Câmaras de Direito Comercial, tendo havido a fixação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do atual Código de Processo Civil (fls. 2.739/2.760, vol. 13, autos físicos SAJ).

Em cumprimento à decisão proferida às fls. 2.652/2.658 (vol. 13, autos físicos SAJ), mantida com o desprovimento dos mencionados agravos internos, foi reaberto o prazo para oportunizar às partes o oferecimento de suas derradeiras alegações (fl. 2.802, vol. 13, autos físicos SAJ).

As autoras, Kolina Araranguaense Veículos Ltda. (fls. 2.765/2.799, vol. 13, autos físicos SAJ) e Auto Colina Ltda. (fls. 2.804/2.817, vol. 13, autos físicos SAJ), sustentaram a ocorrência de cerceamento de defesa, ante o indeferimento da produção de prova pericial contábil, que reputam imprescindível ao deslinde do feito. Além disso, requereram o afastamento da penalidade prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil cominada no julgamento dos agravos internos ou,

sucessivamente, sua redução ao patamar mínimo. Ratificaram, outrossim, o pedido de procedência da demanda.

De seu turno, a ré Jugasa Comercial de Veículos S/A, repisando as teses já levantadas, pleiteou pela improcedência (fls. 2.819/2.826, vol. 13, autos físicos SAJ).

## VOTO

### Do agravo retido.

Interpôs a demandada agravo retido, pretendendo a revogação da decisão monocrática na porção em que concedeu a antecipação de tutela, a fim de suspender o cumprimento da sentença rescindenda (fls. 1.889/1.893, vol. 10, autos físicos SAJ).

Aludido recurso foi equivocadamente autuado como Agravo de Instrumento n. 0075651-83.2009.8.24.0000 (fl. 2.378, vol. 11, autos físicos SAJ).

O reclamo não merece ser conhecido.

Isso porque, em sede de ação rescisória, o recurso cabível para impugnar decisões monocráticas é o agravo regimental, consistindo erro grosseiro a interposição de agravo retido ou de instrumento.

A propósito, já decidiu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça que “*Em ação rescisória, da decisão unipessoal que causar gravame a parte, não é cabível o agravo retido*”. (Recurso Especial n. 594.832/RO, rel. <sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, j. em 28.06.2005).

Colhe-se também da jurisprudência pátria:

**AGRAVO RETIDO. Incabível agravo retido de decisão interlocutória proferida em ação rescisória. RECURSO NÃO CONHECIDO. AÇÃO RESCISÓRIA. Art. 485, VI do CPC. PROVA PERICIAL FALSA. Não acolhimento.**

*Alegação de que o valor contido na nota promissória exequenda sofreu adulteração, com alteração do valor de R\$ 1.000,00 para R\$ 10.000,00. Acórdão rescindendo proferido com base em laudo pericial conclusivo no sentido de inexistência de indícios de adulteração. Pretensão de reforma do v. acórdão sob o argumento de que a prova pericial realizada é falsa. Descabimento. Nova perícia realizada nestes autos com conclusão idêntica àquela realizada nos autos da ação originária. Litigância de má-fé caracterizada. AÇÃO IMPROCEDENTE (TJSP, 9º Grupo de Direito Privado, Ação Rescisória n. 0209219-39.2012.8.26.0000, rel. Des. Afonso Bráz, j em 04.03.2015) (grifou-se).*

Também:

**AÇÃO RESCISÓRIA - DECADÊNCIA - PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - VIA ELEITA INADEQUADA - AUSÊNCIA DE SITUAÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 485 DO CPC - SUCEDÂNEO RECURSAL - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. A ação rescisória é um meio independente de impugnação à sentença de mérito, transitada em julgado, sem ser recurso, que busca**

*desconstituir a coisa julgada material com a instauração de nova relação jurídica processual. Apesar do esforço do patrono do autor, a pretensão contida no exordial não merece prosperar, pois não restaram caracterizadas as hipóteses previstas 485, III, VI e IX, do CPC. As provas carreadas aos autos não têm a força que a parte autora pretende lhe empreender. (TJMG, 14ª Câmara Cível, Ação Rescisória n. 1.0000.09.506381-4/000 (5063814-49.2009.8.13.0000), rel. Des. Rogério Medeiros, j. em 04.08.2014) (destacou-se).*

Pelo exposto, não se conhece do recurso.

Outrossim, considerando sua equivocada autuação individualizada como Agravo de Instrumento n. 0075651-83.2009.8.24.0000, à Diretoria de Cadastro e Distribuição Processual para que efetue o cancelamento de sua distribuição.

### **Da ação rescisória.**

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Kolina Araranguense Veículos Ltda. contra acórdãos (Apelação Cível n. 2005.039555-7 e Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2005.039555-7/0001.00) que confirmaram sentença exarada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Criciúma, com trânsito em julgado certificado em 07.07.2008, proferida nos autos da Ação de Cobrança n. 020.02.016147-6, promovida por Jugasa Comercial de Veículos S/A em face de Auto Colina Ltda. e da sociedade empresária ora demandante.

Preambularmente, registra-se terem sido atendidos os pressupostos para o processamento da demanda rescisória, a saber: a) não ter decorrido o lapso decadencial de 2 (dois) anos (art. 495 do CPC/1973, então vigente); b) haver sido efetuado o pagamento do depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a que alude o art. 488, inc. II, do CPC/1973, então vigente (fl. 1.886, vol. 10); c) constar do caderno processual cópias da decisão rescindenda (sentença às fls. 56/86 e acórdãos às fls. 37/47 e 48/55, vol. 1, autos físicos SAJ), bem como certidão dando conta do trânsito em julgado desta (fl. 190v., vol. 1, autos físicos SAJ).

Cumpre lembrar, outrossim, que, por se tratar de medida drástica, destinada a elidir a coisa julgada material, a ação rescisória exige, para o seu processamento, além dos pressupostos comuns às demais ações, a ocorrência de uma (ou mais) das hipóteses elencadas taxativamente no art. 485 do Código de Processo Civil de 1973, então vigente à época do manejo da *actio, in verbis*:

**Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:**

*I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;*

**III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;**

*IV - ofender a coisa julgada;*



**V- violar literal disposição de lei;**

*VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;*

*VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;*

*VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;*

**IX- fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;**

*§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.*

*§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato. (destacou-se).*

A redação do aludido dispositivo, a despeito de modificada em alguma medida pelo Código de Processo Civil atualmente em vigor, agora com previsão no art. 966 deste, teve conservadas as hipóteses de cabimento sob exame na presente demanda, com modificação redacional apenas para adaptar-se ao entendimento jurisprudencial, a exemplo daquele que vinha conferindo contornos não restritivos à expressão “violar literal disposição de lei”, com o fito de que fossem abarcadas violações de quaisquer normas jurídicas em sentido amplo (STJ, AR n. 2.779/DF, rel. Min. Jorge Scartezzini, Terceira Seção, j. em 9.6.2004, DJ 23.8.2004, p. 118).

Veja-se do novel *Codex*:

**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.*

*§ 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. (grifou-se).*

Feita esta digressão, passa-se à apreciação da demanda.

De início, cabe esclarecer que, ao longo da peça inicial foram elencadas algumas nulidades, cuja análise será realizada em tópicos antes do exame do mérito, para melhor compreensão do julgamento.

Antes, porém, necessário perquirir sobre as preliminares suscitadas pela parte ré nos memoriais e nas alegações finais.

### **Da preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelas autoras em sede de alegações finais.**

Alegaram ambas as demandantes a ocorrência de nulidade por cerceamento de defesa, ante o indeferimento da produção de prova pericial, que afirmam ser necessária ao deslinde do feito.

Inicialmente, cabe fazer a ressalva de que, embora tal questão incidental já tenha sido analisada neste processo (decisão às fls. fls. 2.689/2.693 - vol. 13, autos físicos SAJ, e julgamento, por este colegiado, dos Agravos Internos ns. 0075651-83.2009.8.24.0000/50001 e 0075651-83.2009.8.24.0000/50002, às fls. 2.739/2.760, autos físicos SAJ), é possível a análise de tal argumentação nesta oportunidade, por não haver preclusão pro judicato quanto a questões probatórias, considerada matéria de ordem pública (A propósito: STJ, AgInt no AREsp n. 853.867/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 21.02.2017, DJe 10.03.2017).

Esclarecido isso, volta-se à insurgência.

Como já bem desenvolvido no julgamento dos citados agravos internos, em que pese a argumentação veiculada, não se vislumbra nulidade por cerceamento de defesa em decorrência do indeferimento da prova pericial, por se entender que o feito encontra-se apto a julgamento.

Como sabido, é prerrogativa do magistrado, destinatário das provas, indeferir os pedidos de produção probatória que entender inócuos (como neste caso) ou simplesmente protelatórios, conforme prevê o art. 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil vigente.

No tocante à prova pericial almejada, vale lembrar que esta é desnecessária, por ter como objetivo substituir a perícia contábil realizada na origem, o que não cabe em sede de ação rescisória, por não se tratar o expediente de sucedâneo recursal.

Isso porque o laudo pericial e os documentos que o embasaram poderiam ter sido impugnados a tempo e modo na época em que foram apresentados em juízo, mediante o instrumento processual cabível, não podendo a parte revolver o tema em sede de juízo rescisório.

Para melhor compreensão do tema, faço remissão às razões delineadas no julgamento dos Agravos Internos antes mencionados:

*(...) Com os presentes agravos internos, pretendem as recorrentes a realização de prova pericial contábil, a fim de apurar o valor devido com base em documentação que julgam apta para tal desiderato. Sobre isso, repisam a tese de que a perícia realizada na origem baseou-se em documentação falsa ou insuficiente. Também afirmam, com base nisso, a necessidade de elaboração de despacho saneador, a fim de que sejam fixados os pontos controversos e determinada a intimação das partes para se manifestarem a respeito de eventual produção probatória.*

*Observa-se que o requerimento de produção de perícia contábil objetiva demonstrar as alegações suscitadas na exordial, referentes a erro de fato e erro por fato existente ou inexistente. Nesse ponto, questiona-se a documentação utilizada para embasar as decisões proferidas nos autos originários, sustentando, para cada caso, a sua incapacidade para demonstrar certo fato, a existência de erros em seu teor ou a sua incompletude.*

*Defende a parte autora que tal contexto probatório levou o juízo a erro, ao demonstrar equivocadamente que Kolina teria celebrado vendas de veículos a mais do que as efetivamente realizadas, que a área de autuação da Jugasa seria maior do que a existente, que teria sido atribuída a prática de condutas a Kolina antes da sua constituição como pessoa jurídica e que Jugasa teria sido prejudicada por atos anteriores ao início da sua concessão.*

*Pois bem.*

*Nos termos explanados na decisão ora combatida, os vícios alegados pelas agravantes acerca da documentação que embasou a perícia e a resolução do feito originário referem-se a documentos que se encontram acostados ao presente feito, contexto que já permite a análise da tese, pelo que não se mostra necessária eventual dilação probatória para demonstrá-los.*

*Observa-se, portanto, que as ora insurgentes desejam, na verdade, a realização de nova perícia, que substitua a efetuada nos autos originários e que se baseie nos parâmetros que entendem mais adequado, o que não cabe em sede de ação rescisória, por esta não prestar como sucedâneo recursal.*

*Ressalte-se que a alegação de erro de fato em ação rescisória refere-se a aventadas circunstâncias que não foram levadas em consideração pelo juízo à época e que eram cruciais ao deslinde do feito. Isso não implica, contudo, o reexame ou a nova produção de provas submetidas ao crivo do contraditório e devidamente analisadas pelo magistrado na demanda principal, por tal situação poder ser questionada pela parte por meio do recurso cabível.*

*Nessa toada, cabe lembrar os seguintes julgados:*

*PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE O FATO. VALORAÇÃO DE PROVA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. RAZOABILIDADE. SOLUÇÃO JURÍDICA ADMISSÍVEL. PARÂMETROS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS DE ÉPOCA. INCABÍVEL REANÁLISE DE PROVAS. (...) IUDICIUM RESCINDENS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. VERBA HONORÁRIA. CONDENAÇÃO. 1. A viabilidade da ação rescisória por erro de fato pressupõe que, sem que tenha havido controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato, o julgado tenha admitido um fato inexistente ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido, que tenha influído de forma definitiva para a conclusão do decidido. 2. O erro de fato, necessariamente decorrente de atos ou documentos da causa, deve ser aferível pelo exame do quanto constante dos autos da ação subjacente, sendo inadmissível a produção de provas na demanda rescisória a fim de demonstrá-lo. 3. É patente a inexistência de erro de fato no julgado, seja em decorrência da controvérsia entre as partes quanto ao efetivo exercício da alegada atividade rural, seja porque houve pronunciamento judicial expresso. Embora reconhecida a existência de início de prova material do labor campesino, a prova testemunhal foi considerada inapta à extensão da eficácia probatória do documento, tendo em vista que as testemunhas ouvidas não comprovaram o exercício da atividade rural pelo período de carência. 4. O Juízo originário apreciou as provas segundo seu livre convencimento, de forma motivada e razoável, tendo adotado uma solução jurídica, dentre outras, admissível, não se afastando dos parâmetros legais e jurisprudenciais que existiam à época. 5. Ressalta-se que o entendimento adotado no julgado rescindendo se alinha com a tese posteriormente firmada pela 1ª Seção do c. Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Recursos Especiais autuados sob n.ºs 1.354.908/SP e 1.348.633/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos representativos de controvérsia. (...) Em juízo rescindendo, julgada improcedente a ação rescisória, nos termos dos artigos 269, I, do CPC/1973 e 487, I, do CPC/2015. (TRF 3, Ação Rescisória n. 0020293-83.2011.4.03.0000, rel. Des. Federal Carlos Delgado, j. em 8.3.2018) (destacou-se).*

*E:*

*AÇÃO RESCISÓRIA. PLEITO DE DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO PROFERIDO EM REQUERIMENTO DE FALÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À DISPOSIÇÃO LEGAL. ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO. MANEJO DA AÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1- Ação ajuizada com base nos incisos V e IX do artigo 485 do Código de Processo Civil. Alegação autoral de ausência de identificação de quem recebeu intimações dos protestos. Ausência de demonstração de vulneração manifesta aos dispositivos de lei mencionados. 2- O erro de fato que ocorre quando o julgado admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. Acórdão rescindendo que entendeu comprovada nos autos a identificação das pessoas responsáveis pelo recebimento da intimação dos protestos. Pretensão de produção de provas para demonstrar que quem recebeu a notificação não seria empregado da empresa. Entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência de que o erro de fato deve ser aferível de plano, sem dilação probatória. Rescisória que não permite mero juízo de reexame ou retratação, que tem sua via própria nos recursos ordinários. – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (TJRJ, Ação Rescisória n. 0013288-59.2013.8.19.0000, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira, j. em 17.11.2014) (grifou-se).*

*Vale colacionar, ainda, caso semelhante ao presente:*

*AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. MÉTODO UTILIZADO EM PERÍCIA CONTÁBIL. QUESTÃO OBJETO DE CONTROVÉRSIA E PRONUNCIAMENTO EXPRESSO NA DECISÃO RESCINDENDA. PRODUÇÃO UNILATERAL DE NOVA PERÍCIA. NECESSIDADE DO ERRO DE FATO COMPREENDER APRECIÇÃO DE FATO OU PROVA JÁ EXISTENTE NO PROCESSO ORIGINÁRIO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. A admissão da ação rescisória fundamentada em erro de fato pressupõe que a matéria não tenha sido objeto de controvérsia e sobre o qual o juiz tenha se pronunciado na decisão anterior e dependa da produção de novas provas.*

2. Constatado que o pedido foi deduzido com fundamento em nova perícia realizada unilateralmente pelos autores e apresentada somente junto à ação rescisória, bem como que a decisão impugnada já havia se manifestado quanto aos argumentos ora deduzidos, julga-se improcedente o pedido rescisório. 3. AÇÃO RESCISÓRIA PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. (TJDFT, 2ª Câmara Cível, Ação Rescisória n. 0703029-55.2017.8.07.0000, rel. Des. Luís Gustavo B. de Oliveira, j. em 16.11.2017).

*Também vale dizer que a perícia contábil requerida pelas agravantes em nada esclareceria a respeito da documentação em si, por consistir em exame que se presta apenas a quantificar o valor supostamente devido à agravada, sem analisar a retidão dos documentos que o baseiam.*

*Reputa-se, portanto, inócua a realização de nova perícia contábil para o deslinde do presente feito. (...) (fls. 2.744/2.747 e fls. 2.755/2.758 – vol 13, autos físicos SAJ).*

Assim, sendo reputada desnecessária a prova requerida e tendo o magistrado formado seu convencimento com o contexto probatório existente nos autos, não há falar em cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide.

Seguindo este raciocínio, repisa-se caso julgado por esta Corte:

**APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO. AÇÃO DE COBRANÇA. COBERTURA POR INVALIDEZ PERMANENTE TOTAL OU PARCIAL POR ACIDENTE. PAGAMENTO PARCIAL DA COBERTURA ADMINISTRATIVAMENTE. PEDIDO DE PAGAMENTO INTEGRAL. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA RÉ/SEGURADORA PRELIMINAR. ALEGADA A NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE SANEADOR. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE AOS LITIGANTES. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA O DESLINDE DO FEITO. PREFACIAL AFASTADA. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. PEDIDO DE PERÍCIA MÉDICA PARA VERIFICAÇÃO DA INVALIDEZ PERMANENTE E TOTAL. INSUBSISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA DESNECESSÁRIA AO DESLINDE DO FEITO. PRESENÇA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. PREFACIAL RECHAÇADA. (...) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. - “Não há cerceamento de defesa, em razão ausência de despacho saneador a indicar os pontos controvertidos e a questionar quais as provas pretendidas pela seguradora, se os documentos juntados ao processo permitem ao juiz a formação segura do seu convencimento” (Apelação Cível n. 2012.050771-4, de Fraiburgo, Segunda Câmara de Direito Civil, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 23-8-2012). - “Os fatos que a ré pretendia comprovar com a prova pericial, ou seja, para avaliar se o autor apresenta invalidez permanente, bem como aferir o grau de redução funcional, conforme tabela de cálculo de Indenização de Invalidez Permanente por Acidente, estipulado pela SUSEP, que faz parte das Condições Gerais do Seguro, se mostra irrelevante no caso em apreço, porquanto os documentos colacionados aos autos, inclusive perícia realizada pela própria seguradora, a qual constatou a invalidez permanente, porém parcial. Nesse aspecto não há controvérsia entre as partes. Portanto, os documentos são suficientes para garantir um julgamento justo e seguro do processo” (Apelação Cível n. 2014.021694-3, de Joinville, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Saul Steil, j. 15-7-2014). (...) (Apelação Cível n. 0000811-86.2012.8.24.0036, rel. Des. Rubens Schulz, j. em 22.11.2016) (destacou-se).**

Pelo exposto, afasta-se a alegação de cerceamento de defesa.

### **Da preliminar de inépcia da inicial levantada em sede de memoriais pela sociedade empresária ré Jugasa Comercial de Veículos S/A.**

Sustentou a empresa ré a inépcia da inicial, sob o argumento de que o valor do depósito prévio (requisito inscrito no art. 488, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973, correspondente ao art. 968, inc. II, da legislação em vigor) é insuficiente. A respeito, disse que este foi calculado com base no valor nominal da condenação, enquanto que deveria ter sido em função deste montante, acrescido de correção monetária e juros legais.

A tese de inépcia não merece prosperar.

Observa-se que, ao se alegar a insuficiência do depósito, a parte requerida insurge-se contra a quantia utilizada como base de cálculo, isto é, questiona, na verdade, o valor dado à causa pela autora Kolina Araranguense Veículos Ltda., matéria que não pode ser conhecida em sede de memoriais.

Destarte, tendo em vista que, na época da resposta à inicial estava em vigor o Código de Processo Civil de 1973 (04.06.2009 – fl. 2.168, vol. 11, autos físicos SAJ), caso a parte ré desejasse insurgir-se contra o valor da causa atribuído, deveria ter promovido incidente de Impugnação ao Valor da Causa, previsto no art. 261 daquela legislação.

Para esclarecer a questão, cita-se o teor do dispositivo:

*Art. 261. O réu poderá impugnar, no prazo da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor. A impugnação será autuada em apenso, ouvindo-se o autor no prazo de 5 (cinco) dias. Em seguida o juiz, sem suspender o processo, servindo-se, quando necessário, do auxílio de perito, determinará, no prazo de 10 (dez) dias, o valor da causa.*

*Parágrafo único. Não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial.*

A propósito, *mutatis mutandis*, colhe-se da jurisprudência:

*AÇÃO RESCISÓRIA - FALTA DE PEDIDO DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INICIAL - INÉPCIA - NÃO OCORRÊNCIA - JUSTIÇA GRATUITA - IMPUGNAÇÃO NAS ALEGAÇÕES FINAIS - NÃO CABIMENTO - VALOR DA CAUSA - MESMO VALOR DA CAUSA QUE DEU ORIGEM DEVIDAMENTE CORRIGIDO - RETIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - QUESTÃO LEVANTADA APENAS NAS ALEGAÇÕES FINAIS PELA PARTE RÉ SEM PROVA DO ALEGADO (...) - Não se tem como corrigir o valor da causa, de ofício, se a sua suposta incorreção foi suscitada apenas em alegações finais, sem prova do valor da causa de origem. (...) (TJMG, 17ª Câmara Cível, Ação Rescisória n. 1.0000.12.053588-5/000, rel. Des. Evandro Lopes da Costa Teixeira, j. em 13.02.2014).*

Assim, por não ter exercido sua prerrogativa a tempo e modo corretos, precluiu o direito da parte ré de questionar o valor da causa – e, conseqüentemente, o montante depositado a título de caução.

Resta prejudicada, portanto, a análise de tal matéria nesse momento processual, ainda mais em sede de memoriais, instrumento que não se presta a debater matérias não aventadas no decorrer da demanda.

Seguindo este raciocínio, já decidiu esta Corte:

*Agravo de instrumento. Ação de adimplemento contratual. (...) Memoriais. Impossibilidade de se arguir teses defensivas novas nesta peça, servindo, apenas, para reforçar os fundamentos expostos nas razões do recurso ou das contrarrazões. Prazo para resposta ao presente reclamo transcorrido in albis. Argumento dos memoriais, por conseguinte, não conhecidos. (Agravo de Instrumento n. 0198014-67.2012.8.24.0000, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. em 16.02.2017) (grifou-se).*

Diante disso, não se conhece da preliminar levantada pela parte ré em sede de memoriais.

### **Do questionamento acerca da autuação tardia da integralidade da perícia contábil que embasou as decisões rescindendas.**

Sustentou a parte autora que, embora a perícia contábil tenha sido apresentada pela expert em 24.05.2004, esta foi integralmente autuada em 18.08.2005, após a prolação da sentença (02.08.2005). Disse, ainda, que apenas parte do laudo (as respostas aos quesitos e uma tabela) foi efetivamente acostado aos autos. Afirmou que tal cenário constitui violação a princípios processuais.

Razão não lhe assiste.

Conforme informações extraídas do SAJ – Sistema de Automação da Justiça, no tocante à ação de cobrança originária (Autos n. 020.02.016147-6), o laudo pericial contábil, acompanhado dos respectivos documentos que o embasaram, foi entregue pela perita Salete Feltrin em 24.05.2004. Na oportunidade, certificou-se no caderno processual:

*(...) CERTIFICO para os devidos fins, que nesta data, me foi entregue o laudo pericial contábil pela contadora Salete Feltrin, tendo sido entregue também, três (03) caixas de notas fiscais de compra e venda de automóveis (Caixas guardadas no arquivo desta Unidade Jurisdicional da 2ª Vara Cível – Notas volumosas). O referido é verdade e dou fé. (...).*

Observa-se, portanto, que, embora não tivesse sido formalmente autuada, a integralidade da perícia contábil se encontrava depositada em cartório, disponível para consulta pelas partes, fato devidamente comunicado com a certidão emitida acima transcrita, pelo que não se vislumbra qualquer violação aos princípios processuais, em especial o contraditório, ou mácula na edição da sentença.



Importante destacar, também, que, no decorrer do trâmite processual, foi oportunizado aos litigantes a manifestação acerca do laudo pericial. Na ocasião, inclusive, foi conferido pelo juízo prazo de 15 (quinze) dias, superior ao usualmente aplicado, ante o grande volume de documentos (despacho proferido em 27.05.2004, conforme informações extraídas do SAJ).

Diante disso, não merece prosperar a alegação.

### **Da preliminar de nulidade do acórdão que julgou a apelação, por este ser *extra petita*.**

Defendeu a parte autora a ocorrência de nulidade no acórdão que julgou a apelação, por ser *extra petita*. A respeito, sustentou que a decisão extrapolou os limites da lide ao, em seu fundamento, ter incluído a expressão “conduta ativa de comercialização” e ao utilizar “área de comercialização” e “área de atuação” para denominar a “área demarcada”.

Como se sabe, ao decidir o feito, deve o magistrado se ater aos pedidos formulados na demanda, sendo-lhe defeso conceder tutela diversa daquela pleiteada.

*É o que se extrai do art. 460 do Código de Processo Civil de 1973 – aplicável ao caso em virtude de o acórdão ter sido proferido ainda na vigência do anterior Estatuto Processual Civil –, cuja redação segue:*

*Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*

Observa-se, no caso, que o acórdão rescindendo manteve a sentença que deferiu o pleito indenizatório, sem inovar ou decidir além do requerido na exordial.

Quanto à alegação de que teria inovado ao incluir o debate sobre a “conduta ativa de comercialização”, importante destacar que, muito embora esta tese não tenha sido levantada na sentença, foi utilizada no acórdão para interpretar fatos debatidos nos autos (a saber, a invasão na área de atuação da Jugasa Comercial de Veículos S/A, com a instalação de filial e com a venda de automóveis), os quais, inclusive, foram alegados pela sociedade empresária demandante como causa de pedir (confira-se da exordial da Ação de Cobrança – fls. 193/198, vol. 1, autos físicos SAJ).

E não há falar em inovação com a utilização das expressões “área de comercialização” e “área de atuação” para denominar a “área demarcada”. Ora, considerando que foi utilizada a legislação nova no fundamento da decisão, nada mais lógico do que evitar utilizar a expressão modificada pela norma. Ainda assim, é evidente que, por mais que não carreguem o mesmo peso semântico, as expressões referem-se ao mesmo objeto, a saber: a localização geográfica em que a concessionária de veículos pode exercer a sua atividade comercial, conforme contratado com a concedente.

Importante ressaltar, ainda, que nada impede, segundo jurisprudência consolidada pelo



Superior Tribunal de Justiça, que o magistrado, por ocasião do exame do pedido, proceda à aplicação do direito com espede em fundamentos diversos daqueles apresentados pelos contendores. Veja-se:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO. DISCUSSÃO ACERCA DA CAUSA DEBENDI. ARTIGO 460 DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.*

*Não ocorre ofensa ao artigo 460 do CPC quando o julgamento ocorre nos limites do que foi pedido. Ademais, não há falar em julgamento extra petita, conforme jurisprudência desta Corte, nos casos em que o magistrado interpreta de maneira mais ampla o pedido e a causa de pedir formulados na inicial (AgRg no AREsp n. 400.904/MS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. em 17.12.2013).*

Vale mencionar também:

*AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO E FRANQUIA. CONFIGURAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, INSPIRADA POR JOINT VENTURE. PREJUÍZOS DECORRENTES DO ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES. RESPONSABILIDADE DE AMBOS OS CONTRAENTES PELO FRACASSO DO EMPREENDIMENTO COMUM. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (...) 2. Afasta-se a alegação de julgamento extra petita quando o provimento jurisdicional decorre de uma compreensão lógico-sistemática dos fatos e fundamentos expostos na petição inicial, entendido como aquilo que se pretende com a instauração da demanda. (...) 4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.296.028/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. em 22.08.2017).*

Assim, não se vislumbra, no caso, que o acórdão tenha extrapolado os limites dos pedidos realizados na inicial, pelo que não prospera a prefacial.

Superadas as preliminares, passa-se à análise do mérito.

### **Do mérito.**

Inicialmente, vale destacar ser possível o julgamento antecipado da lide no presente caso, ante a desnecessidade de dilação probatória, conforme previsto no art. 355, inc. I, do Código de Processo Civil vigente (correspondente ao art. 330, inc. I, da Lei Adjetiva Civil anterior), o que já restou consignado em decisão interlocutória proferida nestes autos (fls. 2.652/2.658, vol. 13, autos físicos SAJ) e no julgamento dos agravos internos que questionaram esta última (Autos ns. 0075651-83.2009.8.24.0000/50001 e 0075651-83.2009.8.24.0000/50002) (fls. 2.739/2.760, vol. 13, autos físicos SAJ).

Quanto ao mérito, por primeiro, sustentou Kolina Araranguense Veículos Ltda. (demandante), no que foi ratificada por Auto Colina Ltda. (litisconsorte ativa necessária), a ocorrência de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, de erros de fato e de violação literal à lei, passíveis de conhecimento nesta via rescisória (Art. 485. *A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...] III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida,*

*ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; [...] V - violar literal disposição de lei; [...] IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa; § 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. § 2º É indispensável, num como noutra caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.).*

A propósito, acerca da imputada ocorrência de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, gizou a nulidade da ação, por esta ter sido baseada em provas obtidas por meio ilícito (consilium fraudis).

A respeito, disse que a sociedade empresária Jugasa Comercial de Veículos S/A, ora requerida, teve acesso a documentos apresentados na exordial da ação de cobrança originária por estes terem sido entregues ao seu advogado (Dr. Roberto Silva Soares) por Nikson Frank Mendes, para propositura de Reclamatória Trabalhista. Reputa, neste diapasão, ser indevido o uso da documentação para fim diverso, atribuindo a ocorrência de dolo passível de reconhecimento por meio da presente via rescidenda.

A súplica não merece amparo.

Da análise dos autos, observa-se que tal matéria já restou apreciada pela sentença rescidenda (fls. 62/63, vol. 1, autos físicos SAJ), mas não foi objeto da apelação (fls. 37/47, vol. 1, autos físicos SAJ), nem dos embargos de declaração que impugnaram o acórdão que analisou o apelo (fls. 48/55, vol. 1, autos físicos SAJ).

Assim, tendo em vista que a temática já foi apreciada e que não foi objeto dos reclamos interpostos, reputa-se configurada a impossibilidade de redebate da matéria, não se prestando a ação rescisória como expediente recursal.

Colhe-se da jurisprudência pátria caso semelhante:

*ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. VEDAÇÃO. DOCUMENTO NOVO. DOLO. INOCORRÊNCIA. Se o requerente pretende fazer reviver discussão atinente a matéria já enfrentada na decisão que ora se visa rescindir, resta desautorizado seu reexame pela via eleita, sob pena de convolar-se essa numa nova apelação, situação sabidamente vedada pelo ordenamento pátrio, que estabelece a inadequação da via rescisória nas hipóteses em que se pretenda substituir recursos que não foram oportunamente interpostos. (TRF-4, Ação Rescisória n. 5007967-08.2013.404.0000, rel. Des. Fernando Quadros da Silva, j. em 15.5.2014).*

Não bastasse, a publicidade de referidos documentos – caráter que possibilita o seu uso para embasar a ação de cobrança originária de cuja sentença se busca a rescisão – foi reconhecida por esta Corte de Justiça e pelo Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

A propósito, foi este motivo que fundamentou a improcedência de ação condenatória (Autos n. 004.06.002098-2, tramitados na 2ª Vara Cível da Comarca de Araranguá) promovida por Nikson Frank Mendes contra Jugasa Comercial de Veículos S/A e o advogado Roberto Silva Soares, em

que pleiteou danos morais pelo uso indevido de documento por ele entregue para corroborar reclamatória trabalhista. Aludida decisão, salienta-se, foi confirmada pela Terceira Câmara de Direito Civil deste Tribunal, no julgamento da Apelação Cível n. 2007.052490-3 (acórdão acostado às fls. 2.116/2.122, vol. 10, autos físicos SAJ), com trânsito em julgado em 06.02.2008, conforme informações obtidas por meio do SAJ – Sistema de Automação da Justiça.

Seguindo o mesmo raciocínio, o Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Santa Catarina indeferiu representação apresentada por Nikson Frank Mendes contra o advogado Roberto Silva Soares pelo suposto uso indevido de documentos em processo judicial (veja-se às fls. 2.123/2.128 e 2.129, vol. 10, autos físicos SAJ).

Observa-se, portanto, que a matéria já foi decidida, não tendo o polo autor trazido argumentos ou documentos novos aptos a demonstrar a existência de eiva passível de ser reconhecida a partir da presente via rescisória, pelo que se afasta a invocada ocorrência de dolo da parte vencedora em detrimento da vencida, com o intuito de fraudar a lei.

Doutro giro, defendeu a acionante a ocorrência de erros de fato, sob o argumento de que foram considerados como verdadeiros fatos inexistentes. Inicialmente, disse que, segundo documentos emitidos pelo Detran, as vendas efetivamente realizadas foram inferiores às indicadas na perícia. Afirmou, também, que meros pedidos/orçamentos foram considerados como notas fiscais, o que acarretou no reconhecimento de um número maior de vendas de veículos do que as efetivamente realizadas. Pontuou, num segundo momento, que, a partir de tais documentos, também foi indevidamente ampliada a área de atuação da Jugasa Comercial de Veículos S/A aos municípios de Nova Veneza e Treviso, bem como que foi atribuída erroneamente à autora a realização de venda a cliente residente em Porto Alegre/RS. Disse, também, que, ao se considerar apenas as vendas comprovadamente existentes, a indenização arbitrada consistiria em, no máximo, R\$ 153.322,91 (cento e cinquenta e três mil, trezentos e vinte e dois reais e noventa e um centavos). Na sequência, asseverou que alguns documentos apresentados contêm erros ou são incompletos, pelo que não poderiam ter sido usados como prova. A respeito, disse haver solicitação de veículos diversos pela mesma pessoa, notas fiscais repetidas consideradas como mais de uma venda, pedidos anulados e cancelados reputados como válidos. Afirmou, ainda, que a autora foi indevidamente condenada por fatos supostamente ocorridos a partir de 1995, por ter sido constituída apenas no ano 2000. Por fim, alegou ser descabido indenizar a sociedade empresária requerida por fatos referentes a 1995, quando a concessão da GM à ré Jugasa Comercial de Veículos S/A ocorreu apenas em 1999.

De início, vale destacar que não podem ser analisadas, em sede de ação rescisória, as seguintes alegações: a) que alguns documentos não constituem prova da venda de automóveis (seja por não consistirem em notas fiscais, seja por conterem erros, seja por serem incompletos, seja por representarem vendas anuladas);

b) que a indenização deveria ter sido arbitrada em valor inferior pelo fato de as vendas efetivamente realizadas serem inferiores ao que foi atestado pela perícia, em razão dos equívocos presentes na documentação apresentada na ação de cobrança; e c) que a área de atuação da Jugasa

Comercial de Veículos S/A teria sido aumentada para as cidades de Nova Veneza, Treviso e Porto Alegre/RS.

Isso porque tais argumentações fazem referência aos documentos apresentados com a inicial daquela demanda – alguns, inclusive, utilizados para embasar a perícia contábil –, os quais já foram objeto de discussão e pronunciamento judicial (confira-se da sentença, às fls. 75/79, vol. 1, autos físicos SAJ), tendo a parte, à época, tido plena oportunidade para questionar a idoneidade destes por meio dos instrumentos processuais cabíveis, não se prestando a rescisória como expediente recursal.

Neste senda, colige-se da jurisprudência pátria:

*PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. TESE DE VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI FEDERAL E DE ERRO DE FATO NÃO MERECE ACATAMENTO. UNÂNIME.*

*1. Tese de sentença baseada em erro de fato não merece prevalecer. A toda evidência a parte pretende a reapreciação de fatos e provas cuja pretensão deveria ser veiculada no momento e mediante meio próprios, pois o postulante intentou a ação rescisória como sucedâneo de recurso, o qual não foi manejado no tempo oportuno, operando-se a preclusão, a teor do que estabelecem os artigos 471 e 473, ambos do CPC. O laudo tido por não devidamente analisado foi alvo de deliberação pelo Juízo que através de seu livre convencimento motivado não o compreendeu como suficiente para demonstrar erro médico, portanto não houve erro de fato sobre documento, mas sim análise acurada do mesmo.*

*2. Não há que se falar em violação literal de lei federal, pois o art. 6º, inciso VIII, o art. 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor e também o art. 927 do Código Civil não são auto-aplicáveis, devendo estar temperados pelo entendimento do Juízo. Em verdade, em questões consumeristas não há que se falar em inversão do ônus da prova de forma automática, pois esta apenas será deferida se o Juízo compreender preenchidos os requisitos para tanto. Deferi-la ou não é baseado no livre convencimento do magistrado. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 465.067/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 08/04/2014) (TJPA, Ação Rescisória n. 201230141917, rel. Des. Diracy Nunes Alves, j. em 4.11.2014) (destacou-se).*

Ainda sobre a documentação, importante ressaltar que também não prospera a arguição de que não foram levados em conta os documentos apresentados pelo DETRAN a respeito das vendas efetivamente realizadas.

Nesse ponto, disseram a autora Kolina Araranguense Veículos Ltda. e a litisconsorte Auto Colina Ltda. que, durante o curso do processo, o DETRAN, ao ter sido instado para apresentar as respectivas notas fiscais de compra e venda de veículos supostamente realizadas pelas referidas arguentes (fl. 1.205 dos autos originais, SAJ), anotou, por meio de ofício colacionado à fl. 1.216 daqueles autos SAJ, que apenas 28 (vinte e oito) veículos foram comercializados – vários, aliás, dentre os quais não eram objeto da ação de cobrança – número muito inferior aos 459 (quatrocentos e cinquenta e nove) indicados pela perícia.

O polo acionante, contudo, não logrou demonstrar suas alegações.

Ressalte-se que, ao contrário do que foi sustentado, os documentos apresentados às fls. 1.205 e 1.216 do SAJ (exibidos às fls. 1.852 e 1.853 destes autos, vol. 10, autos físicos SAJ) não servem para tal desiderato, pois consistem apenas, respectivamente, em ofício do Juízo de origem ao Ciretran de Criciúma, requisitando notas fiscais, e em ofício de resposta do supervisor da referida Ciretran, informando o encaminhamento de tais documentos dentro do possível, sem se vislumbrar qualquer relatório que indicasse o número de veículos efetivamente vendidos.

Ainda que assim não fosse, observa-se que a perícia contábil que embasou a condenação da autora Kolina Araranguense Veículos Ltda. e da litisconsorte Auto Colina Ltda. foi realizada com base em notas fiscais de compra e venda dos veículos (a propósito, veja-se das planilhas exibidas às fls. 2.295/2.333 e 2.334/2.367, vol. 11, autos físicos SAJ), obtidas a partir dos registros do Departamento de Trânsito (confira-se das respostas aos quesitos de fls. 2.275/2.277, vol. 11, autos físicos SAJ).

Por outro lado, vale destacar que, ao contrário do que afirma a parte autora, a indenização à sociedade empresária Jugasa Comercial de Veículos S/A é devida por fatos ocorridos em 1995, pois sua concessão para venda de automóveis da marca GM iniciou na década de 70, como demonstrado (vide às fls. 2.238/2.266, vol. 11, autos físicos SAJ) (contrato às fls. 2.239/2.239v., vol. 11, autos físicos SAJ).

Outrossim, também não prospera a alegação de que Kolina Araranguense Veículos Ltda. não pode ser condenada a pagar indenização referente a fatos anteriores a 2000, quando iniciou sua atividade comercial.

Isso porque extrai-se da leitura da sentença que as sociedades empresárias requeridas na demanda originária de cobrança (Kolina Araranguense Veículos Ltda. e Auto Colina Ltda.), a primeira autora e a segunda litisconsorte ativa na presente lide, foram condenadas solidariamente ao pagamento de indenização pela venda indevida de veículos dentro da área de atuação da então autora (Jugasa Comercial de Veículos S/A), ora ré (fls. 56/86, vol. 1, autos físicos SAJ), por pertencerem ao mesmo conglomerado econômico.

De outro norte, no tocante à apontada violação de disposição legal, disse a parte acionante que, em que pese a ação de cobrança ter sido promovida em 2002, seu pedido foi baseado na redação original da Lei n. 6.729/79 (conhecida como Lei Ferrari), alterada pela Lei n. 8.132/90. Com base nisso, sustentou que não há falar em “área demarcada” ou em “margem de comercialização”, expressões não mais constantes no texto normativo. Concluiu ser descabida, portanto, a indenização determinada pelo magistrado a quo, que utilizou tais parâmetros previstos na lei revogada. Afirmou, também, que o acórdão rescindendo incorreu em julgamento extra petita ao, em seu fundamento, ter incluído a expressão “conduta ativa de comercialização” e ao utilizar “área de comercialização” e “área de atuação” para denominar a “área demarcada”. Nesse ponto, defendeu também o afastamento da solidariedade, sob o argumento de que a obrigação é divisível e as partes condenadas consistem em sociedades empresárias distintas.

Razão também não lhe assiste.

Baseia-se o pleito indenizatório na Lei Ferrari (Lei n. 6.729/79), a qual disciplina a relação comercial entre produtores (sociedades empresárias concedentes) e distribuidores (concessionárias que efetuam a venda de veículos automotores de via terrestre). Esta norma, promulgada antes da ordem constitucional vigente, sofreu alteração significativa em sua redação em 26.12.1990, com a edição da Lei n. 8.132/90.

Especificamente quanto à matéria em análise na presente demanda (indenização pela venda de veículos dentro da área de atuação de concessionária concorrente), previa a legislação em sua redação original:

*Art. 5º São inerentes à concessão:*

*I - área demarcada para o exercício das atividades do concessionário, que não poderá operar além dos seus limites;*

*II - distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado.*

*§ 1º A área demarcada poderá conter mais de um concessionário da mesma rede.*

*§ 2º Na eventualidade de venda de veículo automotor ou implementos novos a comprador domiciliado em outra área demarcada, o concessionário que a tiver efetuado destinará parte da margem de comercialização aos concessionários da área do domicílio do adquirente.*

*§ 3º Por deliberação da concedente e sua rede de distribuição, o concessionário poderá efetuar a venda de componentes novos fora de sua área demarcada.*

*§ 4º Poderá o concessionário abrir filiais, agências ou dependências secundárias, circunscritas às distâncias mínimas entre o estabelecimento de concessionários e atendidas as condições objeto de ajuste entre o produtor e sua rede de distribuição.*

Após a alteração, passou a dispor:

*Art. 5º São inerentes à concessão:*

*I - área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades;*

*II - distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado.*

*§ 1º A área poderá conter mais de um concessionário da mesma rede.*

*§ 2º O concessionário obriga-se à comercialização de veículos automotores, implementos, componentes e máquinas agrícolas, de via terrestre, e à prestação de serviços inerentes aos mesmos, nas condições estabelecidas no contrato de concessão comercial, sendo-lhe defesa a prática dessas atividades, diretamente ou por intermédio de prepostos, fora de sua área demarcada.*

*§ 3º O consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição dos bens e serviços a que se refere esta lei em qualquer concessionário.*



§ 4º Em convenção de marca serão fixados os critérios e as condições para ressarcimento da concessionária ou serviço autorizado que prestar os serviços de manutenção obrigatórios pela garantia do fabricante, vedada qualquer disposição de limite à faculdade prevista no parágrafo anterior.

Acerca desta mudança, ensina Carlos Picchi Neto:

(...) O art. 5º da Lei vedava qualquer atuação fora dos limites estabelecidos, no entanto, com a alteração introduzida pela Lei 8.132/1990, houve importante alteração quanto aos limites impostos pela cláusula.

O objetivo da reforma foi o de preservar a livre concorrência e a livre iniciativa sem ferir a literalidade do texto normativo que admitia como lícita a divisão. Com efeito, preservou-se a competência geográfica para atuação dos distribuidores, mas agora não se impede mais que produtos sejam vendidos a alguém que os busque em outro membro da rede. Desse modo, concretizou-se a disposição que concede ao consumidor a liberdade de adquirir o bem onde melhor lhe convier (§ 3º do art. 5º da Lei 6.729/1979).

Estabeleceu-se, portanto, um equilíbrio entre a liberdade de concorrência e a divisão de mercado proposta pela Lei de 1979 ao firmar que, embora o concessionário não possa agir de forma ativa fora de sua área, o consumidor é livre para adquirir o bem de um ou outro concessionário sem vinculação geográfica.

Ademais, a restrição se justifica à medida que dá condições ao concessionário recuperar os investimentos realizados no contrato. Além disso, é uma contrapartida ao concessionário que se responsabiliza a prestar os serviços àqueles que o procure, em atenção aos objetivos de capilarização da marca. (Aspectos concorrenciais dos contratos de distribuição de veículos. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 103, n. 943, págs. 61-106, maio/2014; p. 99).

Observa-se, portanto, que a nova redação da norma ainda veda a comercialização de veículos pela concessionária fora de sua área de atuação. Contudo, permite a realização de negócios com os consumidores que procurarem pela concessionária, garantindo o exercício de seu direito de escolha. Assim, apenas se reputa indevida a atuação da concessionária que realiza captação de clientes, agindo no mercado de forma desleal.

Seguindo este raciocínio, já decidiu esta Corte:

AGRAVO RETIDO. DECISÃO QUE AFASTA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. PRELIMINAR RECHAÇADA CORRETAMENTE. PETIÇÃO INICIAL QUE PREENCHE OS REQUISITOS DOS ARTS. 282 E 283 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONCESSÃO COMERCIAL DE REVENDA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. VEDAÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DENTRO DA ÁREA DE AUTUAÇÃO DE OUTRA CONCESSIONÁRIA. APLICAÇÃO DA “LEI FERRARI” (LEI 6.279/79) E ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 8.132/90. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. PROVA DOCUMENTAL E PERICIAL QUE DEMONSTRAM POSTURA ATIVA DA CONCESSIONÁRIA REQUERIDA. VERBAS INDENIZATÓRIAS DEVIDAS. Deve ser afastada a preliminar de inconstitucionalidade da Lei nº 6.729/79, conhecida como “Lei Ferrari”, tendo em vista que a mesma não fere os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, pois as partes aderiram a contrato de concessão de revenda de veículos, que delimitam as áreas de atuação de cada concessionária. **Igualmente não foi**

*revogada a Lei 6.729/79, apenas ganhou novo texto, com as alterações acrescentadas pela Lei nº 8.132/90, que permite que os consumidores adquiram na concessionária de sua escolha, ficando esta sujeita, à indenização dos serviços de assistência técnica em garantia, prestados. Por outro lado, a atuação direta e exorbitante dos limites da área operacional, definida no contrato de concessão é considerada infração às regras previstas nos Contratos de Concessão, sujeitando a concessionária infratora ao pagamento dos prejuízos sofridos pela concessionária prejudicada. (Apelação Cível n. 2006.007814-2, rel. Des. Saul Steil, j. em 24.06.2010) (grifou-se).*

No caso, da leitura da inicial da ação de cobrança originária (Autos n. 020.02.016147-6), observa-se que Jugasa Comercial de Veículos S/A, ora requerida, com base na redação atual da Lei Ferrari, sob o argumento de que Kolina Araranguaense Veículos Ltda. e Auto Colina Ltda. invadiram sua área de atuação, pleiteou indenização em valor equivalente à margem de comercialização relativa à venda indevida de veículos (confira-se às fls. 192/210, vol. 1, autos físicos SAJ).

Na sentença, o magistrado a quo aplicou a legislação na sua redação original e, ao reconhecer que as sociedades empresárias Kolina Araranguaense Veículos Ltda. e Auto Colina Ltda. invadiram a área de atuação da Jugasa Comercial de Veículos S/A – por terem vendido automóveis e estabelecido uma filial velada em município em que não tinham autorização para exercer atividade comercial –, condenou-as ao pagamento indenização em valor referente à margem de comercialização da venda de automóveis fora da área de atuação daquelas (fls. 56/86, vol. 1, autos físicos SAJ).

Em segundo grau de jurisdição, o acórdão que julgou os recursos de apelação interpostos pelas partes (Autos n. 2005.039555-7) manteve a indenização fixada pelo juízo a quo. Na ocasião, aplicou a legislação vigente e destacou a postura ativa das requeridas de captação de clientela para fundamentar o desprovimento do reclamo das acionadas Kolina Araranguaense Veículos Ltda. e Auto Colina Ltda.

A propósito, extrai-se do acórdão combatido:

*(...) Segundo o número de transações realizadas fora de sua área reservada e dentro do território de atuação da autora, pelo comportamento ativo da ré na captação de clientela no aludido território, chegando ao ponto de instalar uma filial ou agência em Criciúma – dentro da área reservada à autora –, conclui-se que a atuação da ré não foi meramente passiva, restringindo-se a algumas poucas, esporádicas ou ocasionais transações, mas, sim, assumiu indubitavelmente um posicionamento extremamente ativo, sujeitando-a, portanto, a uma reparação financeira devida à concorrente, uma vez que foi evidenciado o prejuízo da autora de consideráveis proporções, já que nada lhe fora repassado pelo réu, concernente às vendas de veículos, peças e prestações de serviços, vindo a infringir, portanto, o disposto no art. 5º, § 2º, e art. 19, XIII, da Lei n. 6.729/79, com a nova redação dada pela Lei n. 8.132/90 e art. 1º do Código de Ética da empresa montadora. (...) (fl. 44, vol. 1, autos físicos SAJ).*

Constata-se, portanto, que, muito embora a sentença tenha sido amparada na redação anterior da norma em questão, os fatos que ensejaram a indenização (a saber, o estabelecimento de filial e

o exercício da atividade comercial na área de atuação da concorrente) foram analisados de acordo com a atual interpretação da norma após serem reavaliados em segunda instância.

Vale destacar, também, que a nova redação, apesar de ter suprimido a porção atinente à determinação do pagamento de parcela da “margem de comercialização” à concessionária que teve sua área de atuação invadida (§ 2º do art. 5º), manteve a vedação quanto à atuação na área destinada à concorrente.

Assim, uma concessionária que invade a área de sua concorrente, de maneira ativa, realizando captação de clientes, como ocorreu no caso, tem o dever de indenizar a sociedade empresária lesada, consistindo o valor representado pela parte da margem de comercialização, então estabelecido no percentual de 10% (dez por cento) do total da margem de comercialização, apenas um parâmetro utilizado pelo magistrado para a obtenção do quantum reparatório final de R\$ 464.614,86 (quatrocentos e sessenta e quatro mil, seiscentos e catorze reais e oitenta e seis centavos) (vide à fl. 84, vol. 1, autos físicos SAJ).

A respeito, vale destacar a ementa do acórdão rescindendo:

*(...) III – A quantificação dos valores devidos pela concessionária infratora a sua concorrente lesada não podem, contudo, ser exacerbados, mas sim comedidos, sendo, para tanto, a verificação da margem de comercialização de automotores um bom parâmetro às pessoas residentes ou domiciliadas na área de abrangência da concessionária prejudicada, apurados pela perícia judicial, com respaldo na tabela da ABRAC (fl. 38, vol. 1).*

De outro norte, não merece acolhida o pedido de afastamento da solidariedade entre as sociedades empresárias Kolina Araranguaense Veículos Ltda. e Auto Colina Ltda. para o pagamento da indenização decorrente da venda de automóveis dentro da área de atuação da Jugasa Comercial de Veículos S/A.

A condenação solidária justifica-se, no caso, em razão de ambas as sociedades empresárias terem, na época, o mesmo quadro societário, composto por Valério Mendes e sua esposa Celda Renata Natal Mendes, como bem se vislumbra dos contratos sociais apresentados pela autora (Kolina Araranguaense Veículos Ltda. – fls. 31/35, vol. 1, autos físicos SAJ) e pela litisconsorte (Auto Colina Ltda. – fls. 1.909/1.913, vol. 10, autos físicos SAJ) e das procurações dos respectivos causídicos que as representam nos presentes autos (Kolina Araranguaense Veículos Ltda. – fl. 27, vol. 1, autos físicos SAJ; Auto Colina Ltda. – fl. 1.904, vol. 10, autos físicos SAJ). Não bastasse, a ligação entre tais sociedades empresariais constitui fato notório na região Sul do Estado de Santa Catarina, como demonstrado pela ré Jugasa Comercial de Veículos S/A nas notícias de jornal colacionadas (fls. 2.376/2.377, vol. 11, autos físicos SAJ).

Assim, sendo ambas as sociedades empresárias pertencentes ao mesmo conglomerado econômico e tendo as duas atuado em prejuízo da ré Jugasa Comercial de Veículos S/A – como deixam patente as decisões que se busca rescindir, notadamente a sentença –, nada mais lógico que

sejam condenadas solidariamente, tal como anotado no comando sentencial, sendo, neste cenário, irrelevante que a obrigação seja divisível e decorrente de atos praticados por entes distintos.

Logo, diferentemente do que foi arguido, não se trata de presumir a solidariedade, mas de concluir por sua existência em razão dos elementos dos autos.

Não fosse apenas isso, vale destacar que não há incompatibilidade entre a divisibilidade do art. 257 do Código Civil (com correspondência no art. 890 do Código Civil de 1916) – cuja dicção dispõe que “havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores.” – e a solidariedade da condenação decretada – a qual tem o objetivo de favorecer o credor, facilitando a cobrança de obrigações, incluídas as divisíveis.

*Mutatis mutandis*, colige-se precedente da Corte da Cidadania:

*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE FATOS. INADMISSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO. SÓCIOS ADMINISTRADORES. SOCIEDADE LIMITADA. SOLIDARIEDADE. DIVISIBILIDADE. COMPATIBILIDADE.*

*1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.*

*2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.*

*3. O reexame de fatos em recurso especial é inadmissível.*

*4. As obrigações solidárias e indivisíveis têm consequência prática semelhante, qual seja, a impossibilidade de serem pagas por partes, mas são obrigações diferentes, porquanto a indivisibilidade resulta da natureza da prestação (art. 258 do CPC), enquanto a solidariedade decorre de contrato ou da lei (art. 265 do CC/02).*

*5. Inexiste incompatibilidade entre a divisibilidade e a solidariedade. Nada obsta a existência de obrigação solidária de coisa divisível, tal como ocorre com uma condenação em dinheiro, de modo que todos os devedores vão responder integralmente pela dívida. A solidariedade nas coisas divisíveis reforça o vínculo entre devedores, servindo de garantia para favorecer o credor, de modo a facilitar a cobrança.*

*6. Em regra, o administrador não tem responsabilidade pessoal pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em decorrência de regulares atos de gestão. Todavia, os administradores serão obrigados pessoalmente e solidariamente pelo ressarcimento do dano, na forma da responsabilidade civil por ato ilícito, perante a sociedade e terceiros prejudicados quando, dentro de suas atribuições e poderes, agirem de forma culposa.*

*7. Considerando-se que na hipótese dos autos ficou comprovado que todos os onze sócios eram administradores e que realizaram uma má-gestão da sociedade autora que lhe acarretou comprovados prejuízos de ordem material e que não há incompatibilidade qualquer entre a solidariedade passiva e as obrigações divisíveis, está o credor autorizado a exigir de qualquer dos devedores o cumprimento integral da obrigação, cuja satisfação não extingue os deveres dos coobrigados, os quais podem ser demandados em ação regressiva.*

*8.Recurso especial parcialmente provido para, reconhecendo a responsabilidade solidária dos sócios administradores, determinar o cumprimento integral por parte dos recorridos da obrigação de reparar os prejuízos materiais sofridos pela sociedade autora e reconhecidos por decisão judicial. (REsp n. 1.087.142/MG, rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. em 18.08.2011).*

Dessarte, inoportuna também a rediscussão da causa a partir da presente lide rescisória.

Observa-se, portanto, a toda evidência, que a pretensão rescisória, formulada sob as “roupagens” de ocorrência de dolo da parte vencedora a fim de fraudar a lei, de violação a literal disposição de lei e de erro de fato resultante de atos ou de documentos da causa (incisos III, V e IX do artigo 485 do Código de Processo Civil de 1973), almeja uma nova apreciação das questões que restaram decididas na lide originária e que foram confirmadas, ainda que tacitamente, pelas decisões colegiadas (acórdãos da apelação e dos respectivos embargos de declaração), o que deflui inviável.

Há de ser consignado, por oportuno, no tocante ao preconizado “dolo da parte vencedora a fim de fraudar a lei”, que o art. 485, inc. III, do Código de Processo Civil de 1973 dispõe que a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei. Entretanto, repisando excerto referido em precedente alhures mencionado, “*Se o requerente pretende fazer reviver discussão atinente a matéria já enfrentada na decisão que ora se visa rescindir, resta desautorizado seu reexame pela via eleita, sob pena de convolar-se essa numa nova apelação, situação sabidamente vedada pelo ordenamento pátrio, que estabelece a inadequação da via rescisória nas hipóteses em que se pretenda substituir recursos que não foram oportunamente interpostos.*” (TRF-4, Ação Rescisória n. 5007967-08.2013.404.0000, rel. Des. Fernando Quadros da Silva, j. em 15.5.2014).

Na mesma vertente, relativamente à preconizada “violação de literal disposição de lei”, que o “(...) fundamento para o ajuizamento da ação rescisória, mormente aquele previsto no inciso V do art. 485 do CPC – violação de literal disposição de lei –, é de tipificação estrita, em respeito à estabilidade das relações jurídicas acobertadas pela coisa julgada, visando a paz social e apenas em hipóteses excepcionais afasta-se tal regra (...)”, de modo que a “(...) ação rescisória não se presta para simples rediscussão da causa. Não tem por finalidade, diante de inconformismo da parte, rever o alegado equívoco. (...)” (STJ, AR 741/PE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, j. em 14.12.2009, DJe 1º.2.2010).

Da mesma forma, especificamente quanto ao invocado “erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”, tem-se que a ação rescisória proposta sob este motivo não serve para impugnar a injustiça do acórdão, ensejando o reexame da valoração da prova, mas sim, para buscar a rescisão de decisão fundamentada em fato inexistente ou que tenha desconsiderado fato que efetivamente ocorreu, cuja apuração fosse possível pelo simples exame dos autos, o que também não se verifica na hipótese.

Nesse contexto, colhe-se julgado desta Corte:



*AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL NA MODALIDADE ADEQUAÇÃO. DEMANDA QUE, SOB O ARGUMENTO DE QUE O PRONUNCIAMENTO JUDICIAL RESCINDENDO VIOLOU DISPOSIÇÃO LITERAL DE LEI E INCORREU EM ERRO DE FATO, VISA REDISCUTIR MATÉRIAS QUE DEVERIAM TER SIDO SUSCITADAS EM RECURSO DE APELAÇÃO. MANEJO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO DO RECLAMO CABÍVEL AO CASO. IMPOSSIBILIDADE. INTELECÇÃO DOS ARTS. 3º, 267, INC. VI, 485, INC. V E IX, TODOS DO CPC. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.*

*Mais e mais vezes o Poder Judiciário vem se deparando com pretensões que, a par de fazerem tábula rasa das específicas normas atinentes à ação rescisória, mostram-se, em realidade, travestidas de sucedâneos recursais ou expedientes outros, destinados, exclusivamente, à inescondível reapreciação de matérias não ventiladas a tempo e modo pelo contendor no feito pretérito ou, quiçá, já ampla e exaustivamente apreciadas no decisório que se visa rescindir. (Ação Rescisória n. 2009.044977-3, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 9.2.2012) (destacou-se).*

Finalmente, vale anotar que o preconizado enquadramento do intento rescisório na violação destacada no inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil de 1973 (falsidade de prova), porque aventado apenas em sede de alegações finais pelo polo autor (fls. 2.789/2.793 e 2.808/2.811, vol. 13, autos físicos SAJ), não pode ser apreciado sob tal prisma, já que não agitado na petição inicial, não tendo sido, outrossim, objeto de prévio requerimento de emenda (v.g. REsp n. 1.769.328/DF, rel. Min. Moura Ribeiro, Terceira Turma, j. em 26.02.2019).

Em suma, por todo o exposto, levando-se em conta a fundamentação dos acórdãos e da sentença digladiados, tem-se por inócuentes quaisquer das hipóteses invocadas do art. 485 do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 966 da legislação em vigor).

Assim, na medida em que a demanda rescisória não se preza à rediscussão da causa, sob pena de indevida transmutação da *actio* em recurso, é de ser julgado improcedente o pedido de rescisão dos acórdãos proferidos nos autos da Apelação Cível n. 2005.039555-7 e nos Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2005.039555-7/0001-00, que conservaram inalterada sentença prolatada na Ação de Cobrança n. 020.02.016147-6, em que Kolina Araranguense Veículos Ltda. e Auto Colina Ltda. foram condenadas ao pagamento de R\$ 464.614,86 (quatrocentos e sessenta e quatro mil, seiscientos e catorze reais e oitenta e seis centavos) a Jugasa Comercial de Veículos S/A, referente a 10% (dez por cento) da margem de comercialização dos veículos vendidos fora da área de atuação.

Diante disso, deve, também, ser revogada a decisão proferida pelo Exmo. Sr. Des. Relator que me precedeu (fls. 1.889/1.893, vol. 10, autos físicos SAJ) na porção em que acolheu o pedido de tutela antecipada formulado, a fim de suspender o cumprimento da sentença rescindenda.

### **Da sucumbência.**

Diante da improcedência da presente *actio*, devem a autora Kolina Araranguense Veículos Ltda. e a litisconsorte ativa Auto Colina Ltda. arcar, solidariamente (STF, Emb. Decl. no Ag. Reg. no



Recurso Extraordinário n. 508492, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 26.04.2011), com integralidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência.

Ainda, tendo em conta que o fato de se tratar de ação rescisória, na qual não há condenação, e por não ser possível determinar o proveito econômico obtido pela parte vencedora, deve a verba honorária ser fixada em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, como dispõe o § 2º e incisos do art. 85 do Código de Processo Civil vigente.

Dado o desfecho da presente actio, à luz do decidido durante a sessão de julgamento, o depósito a que alude o art. 488, inc. II, do CPC/1973 fica revertido em favor da parte requerida, a título de multa.

**Do afastamento/redução da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/15, requerido em sede de alegações finais pelas requerentes.**

Em sede de alegações finais, Kolina Araranguaense Veículos Ltda. e Auto Colina Ltda. requereram o afastamento da penalidade prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/15 cominada em seu desfavor no julgamento dos Agravos Internos ns. 0075651-83.2009.8.24.0000/50001 e 0075651-83.2009.8.24.0000/50002 ou, sucessivamente, sua redução ao patamar mínimo. A súplica merece prosperar em parte.

Inicialmente, vale ressaltar que a penalidade processual deve ser mantida, ante o caráter protelatório dos citados agravos internos (que, frise-se, foram desprovidos por unanimidade por este Órgão Julgador), os quais tinham por objetivo postergar o julgamento final da demanda rescisória, de modo a manter em vigência decisão liminar concedida precariamente no início do ano de 2009, a qual impede o cumprimento de sentença condenatória proferida em desfavor dos agravantes.

Entretanto, a quantia arbitrada no julgamento - 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa em cada recurso -, de fato, reputa-se excessiva, por não terem sido declinados motivos concretos a ensejar a incidência da sanção acima do mínimo legal na hipótese, pelo que se mostra necessário reduzir a penalidade para 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa para cada insurgência.

A título ilustrativo, colhe-se das Cortes Superiores:

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. MULTA FIXADA NO AGRAVO INTERNO COM BASE NO ART. 1.021, § 4º, DO CPC. EXORBITÂNCIA VERIFICADA. REDUÇÃO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS. 1. Quando for verificada a exorbitância do valor arbitrado a título de multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, permite-se que o julgador faça uma ponderação entre o valor da multa imposta com outros princípios processuais e constitucionais, tais como os da vedação do enriquecimento sem causa e do amplo acesso à justiça e, com isto, reduza o valor para patamares razoáveis e proporcionais à causa. Precedente. 2. No caso, sua imposição no montante de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa - R\$ 9.314.054,16 (nove milhões, trezentos e*

*quatorze mil e cinquenta e quatro reais e dezesseis centavos) - revela-se excessiva, razão pela qual se impõe sua redução a valores adequados ao caso, fixando-a no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, para reduzir o valor da multa imposta com base no art. 1.021, § 4º, do CPC. (STJ, EDcl no AgInt no AREsp 1319885/RS, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. em 11.02.2020, DJe 03.03.2020).*

No mesmo sentido:

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA. 1. A multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 tem por escopo inibir a interposição de recursos meramente protelatórios a fim de preservar a razoável duração do processo - sem descumar, todavia, da observância do princípio da proporcionalidade na sua aplicação. Precedentes. 2. O agravo interno anteriormente interposto pela parte embargante foi manifestamente protelatório. Assim, não é o caso de afastar-se a sanção aplicada. 3. Nada obstante, considerando o vultoso valor da multa imposta, a fim de adequá-lo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, impõe-se a redução da sanção pecuniária ao patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 4. Embargos de declaração acolhidos, unicamente para reduzir para R\$ 10.000,00 o valor da multa. (STF, AgR-ED no AI 868408, Rel. Min. Alexandre DE Moraes, Primeira Turma, j. em 30.11.2020, Publicação: 07/12/2020).*

Diante disso, acolhem-se parcialmente os pedidos formulados pelas demandantes em sede de alegações finais, a fim de reduzir a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPC/15, cominada no julgamento dos Agravos Internos ns. 0075651-83.2009.8.24.0000/50001 e 0075651-83.2009.8.24.0000/50002, para 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, em cada insurgência.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do agravo retido, ordenando-se, outrossim, o cancelamento de sua equivocada autuação como Agravo de Instrumento n. 0075651-83.2009.8.24.0000; afastar as preliminares invocadas pelas partes, nos termos da fundamentação, e julgar improcedente o pedido de rescisão dos acórdãos exarados na Apelação Cível n. 2005.039555-7 e nos Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2005.039555-7/0001.00, os quais mantiveram incólume a sentença prolatada na Ação de Cobrança n. 020.02.016147-6; e, por via de consequência, revogar a decisão de fls. 1.889/1.893 dos autos físicos SAJ na porção em que acolheu o pedido de tutela antecipada formulado, bem como condenar, solidariamente, a autora Kolina Araranguense Veículos Ltda. e a litisconsorte ativa Auto Colina Ltda. ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, bem assim à reversão, em favor da sociedade empresária requerida, do depósito judicial a que alude o art. 488, inc. II, do CPC/1973; além de reduzir a multa imposta no julgamento dos Agravos Internos ns. 0075651-83.2009.8.24.0000/50001 e 0075651-83.2009.8.24.0000/50002 para o mínimo legal de 1% (um por cento).

**Desembargador TULIO JOSE MOURA PINHEIRO**  
**Relator**

## VOTO DIVERGENTE

A presente rescisória promovida por KOLINA ARARANGUAENSE VEÍCULOS LTDA objetiva a desconstituição de acórdãos que mantiveram sentença exarada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Criciúma, prolatada em ação de cobrança, a qual foi ajuizada pela ora ré JUGASA COMERCIAL DE VEÍCULOS S/A contra a agora autora e AUTO COLINA LTDA., condenando estas últimas ao pagamento de R\$464.614,86 (quatrocentos e sessenta e quatro mil e seiscentos e quatorze reais e oitenta e seis centavos), correspondente ao percentual de 10% (dez por cento) do lucro auferido com venda irregular de veículos em área de atuação de JUGASA.

Após voto proferido pelo Exmo. Des Tulio Pinheiro em sessão datada de 11/11/2020, pedi vista dos autos para melhor compreensão e, após estudo do caso, consigno dissentir, com o máximo respeito, das razões meritórias bem lançadas pelo eminente Relator, por entender que o pedido rescisório comporta parcial procedência, conforme exposição a seguir.

Como introito jurisprudencial e doutrinário a que me filio para a formulação do juízo definitivo, extraio do voto do Exmo. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, que o **erro de fato** se dá quando se tratar “*de uma suposição inexata, de um erro de percepção ou de uma falha que escapou à vista do juiz, ao compulsar os autos do processo, relativo a um ponto incontroverso. O erro de fato constitui um erro de percepção, e não um critério interpretativo do juiz. Em suma, dá-se o erro de fato quando a decisão for fundada na suposição de um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido*” (Ação Rescisória n. 2015.021394-0, j. 09-03-2016).

Por outro lado, dos registros do Exmo. Des. Claudio Valdyr Helfenstein, destaco os limites restritivos de aceitação e análise do erro de fato: “[...] *é preciso que o fato existente que a sentença desconsiderou, ou o fato inexistente que a sentença admitiu como existente, não tenha sido matéria de controversa entre as partes. [...] Além disso, [...] é preciso que não tenha havido, no provimento judicial rescindendo, qualquer pronunciamento acerca do fato. [...] Não se presta a ação rescisória, portanto, a impugnar sentenças em que tenha havido má valoração da prova. A finalidade do remédio processual que aqui se estuda, no caso em análise, é a desconstituição de uma sentença que é fruto de uma percepção equivocada do que consta dos autos, e não da que é resultado de uma valoração equivocada da prova efetivamente percebida*” (Ação Rescisória n. 0121880-28.2014.8.24.0000, j. 14-12-2016).

Não menos verdade, este Grupo de Câmaras tem adstrito a linha de atuação da rescisória, estabelecendo que o erro seja cotejado “*primo ictu oculi*” sem embrenhar-se em objeções hermenêuticas.

Prosseguindo, quanto à **violação literal de lei**, bem destaca Dredie Didier: “[...] *há violação*

à lei, para efeito do cabimento da ação rescisória, **não apenas quando se contraria expressamente o dispositivo normativo, aplicando-o onde não cabe, mas também quando se lhe nega vigência ou, ainda, quando evidente erro na qualificação jurídica dos fatos**” (Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais. v. 3. 9. ed. Salvador: Podivm, 2011. p. 406).

E, não se pode negar sobre a hipótese de rescisão por violação literal de lei, o cabimento, seja na fase procedimental, quanto na etapa meritória (normas de direito material).

Sob outro prisma, extrai-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, **“o laudo técnico incorreto, incompleto ou inadequado que tenha servido de base para a decisão rescindenda, embora não se inclua perfeitamente no conceito de “prova falsa” a que se refere o art. 485, inciso VI, do CPC, pode ser impugnado ou refutado na ação rescisória, por falsidade ideológica”** (AR 1291 / SP, rel. Ministro Luiz Fux, DJe 02-06-2008).

Também, a Corte Superior considera **“ser cabível ação rescisória por ofensa ao artigo 485, inciso VI, do CPC/73, quando houver falsidade na prova produzida, pela falta de concatenação entre o objeto analisado e o laudo produzido”** (AgInt no REsp 1.482.669/SP, rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 14-12-2017).

Nesse sentido, cito julgado do Exmo. Des. Paulo Henrique Moritz Martins, no qual houve reconhecimento da configuração de prova pericial falsa, considerando que a avaliação do perito não correspondia à realidade, tendo em vista a falsidade das premissas que balizaram o cálculo indenizatório:

**AÇÃO RESCISÓRIA. [...] 1.2. PROVA PERICIAL FALSA (CPC/1973, ART. 485, VI). HIPÓTESE AUTORIZADORA DA RESCISÃO QUE TAMBÉM SE AMOLDA AO CASO DOS AUTOS. AVALIAÇÃO DO PERITO QUE NÃO CORRESPONDE À REALIDADE. FALSIDADE DAS PREMISSAS QUE BALIZARAM O CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO: IMÓVEL COMPOSTO EM GRANDE PARTE POR DUNAS, AVALIADO COMO SE ALI HOUVESSE VOCAÇÃO “TURÍSTICO-RESIDENCIAL”; UTILIZAÇÃO DO MÉTODO INVOLUTIVO (LOTEAMENTO FICTO); IMÓVEIS UTILIZADOS NA COMPARAÇÃO LOCALIZADOS EM REGIÕES COM LIBERDADE DE EMPREENDIMENTO (E NÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE). “[...] para que esteja configurada a falsidade suficiente para fundamentar a rescisória, basta que o fato atestado pela prova não corresponda à verdade. Pouco importa que essa alteração da verdade tenha ocorrido consciente ou inconscientemente. É suficiente, para caracterizar a falsidade, a mera desconformidade entre o efetivamente ocorrido e o fato atestado pela prova”. (Curso de direito processual civil. vol. III. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 499) 1.3. RELAÇÃO CIRCULAR ENTRE AS CAUSAS DE PEDIR EM CASOS SEMELHANTES. FARTA JURISPRUDÊNCIA DO STJ ADMITINDO A RESCISÃO. JUÍZO RESCINDENTE POSITIVO. Em casos semelhantes, há uma inegável relação circular entre as causas de pedir - injustiça da indenização e falsidade da prova. Se a perícia parte de premissas equivocadas, a indenização já não refletirá o imperativo de “justiça” inscrito na Constituição Federal. [...] (Ação Rescisória n. 0013102-86.1999.8.24.0000, j. 28-06-2017)**

Para mais, evidentemente, não há ignorar que a restrição procedimental no âmbito da rescisória

veda sua utilização como expediente recursal ordinário, fato que inquieta este julgador.

Pois bem. Delimitadas as reclamações invocadas na “actio”, no meu modesto tirocínio, merece a consentânea adequação entre fatos e documentos integrantes dos autos.

A autora aponta, inicialmente, dolo da ré JUGASA, acerca das provas obtidas na exordial da ação de cobrança. Assevera que a celeuma decorre do acesso da ré a documentos que, a princípio, estavam sob o pálio do sigilo empresarial e fiscal, ao passo que, em seu arrazoado, tais expedientes foram anexados aos autos desta demanda desde o volume 4 (fls. 216 em diante) até o volume 7 (fl. 1303), de modo que o acervo documental, em tese, seria de controle interno da autora KOLINA ou da litisconsorte ativa AUTO COLINA.

Por sua vez, a ré sustenta que referidos documentos se tratavam de cópias reprográficas embrenhadas em ação trabalhista, cujas peças não estavam sob sigilo (fls. 2172), ao passo que, na rescisória, conduzia tal argumento como documentos originais, fato este elucidado, segundo consta dos autos as fls. 2804, pelo Chefe de Cartório da 2ª Vara Cível da Comarca de Criciúma, anexado pela empresa AUTO COLINA, porém rejeitado o apensamento pelo eminente relator.

Colhe-se dos documentos originais que foram validados pelo referido cartorário, que reproduzem justamente aqueles citados no segundo volume dos presentes autos (a partir da fl. 216) guardando consonância com a decisão singular que atestou às fls. 114, 115 e 117 a alienação de veículos na área de abrangência da requerente (fls. 75 e 77).

Tais documentos, aliás, foram certificados pela 2ª Vara Cível da Comarca de Criciúma como genuínos, e não como simples reprodução reprográfica.

No mais, retira-se da manifestação judicial objurgada que “*os demais documentos (fls. 114, 115 117) [...] demonstram inequívoca venda a pessoa residente em área de abrangência da autora*” (fls. 75 e 77), justamente aquelas evidências documentais atestadas como originais pelo Chefe de Cartório aludido e não reprodução de cópias.

Dito isto, por serem os documentos autênticos, conduz-se a ilação de que tais expedientes, por serem legítimos diante da sua natureza, singularmente, não caberiam estar jungidos perante a ação trabalhista, a não ser que o Sr. Nikson, reclamante da ré JUGASA, tivesse facultado a esta última tais expedientes.

O fato teve desdobramentos na esfera disciplinar junto a OAB/SC, mas me atenho às questões conflituosas no âmbito do direito, com o propósito de justificar meu posicionamento.

Além disso, cogita-se de episódio relacionado aos honorários antecipados da Sra. perita pela ré JUGASA, mediante dação em pagamento de veículo automotor, cujos fatos foram cientificados posteriormente ao juízo, ao passo que o trabalho pericial não teria sido anexado tão logo aos autos.

Porém, são circunstâncias que não conduzem o meu voto, no que adianto acompanhar o proferido pelo eminente Relator com exceção a dois aspectos envolvendo erro de fato que, ao meu



sentir, persuadiram da decisão rescindenda, portanto, aptos ao manejo da rescisória.

Primeiramente, pondero acerca da existência de erro de fato quanto à condenação das autoras KOLINA e AUTO COLINA às vendas em “área demarcada” da ré JUGASA no período compreendido entre 1995/2003.

A sentença exarada pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Criciúma debruçou-se com riqueza de detalhes em cada venda demandada na ação de cobrança, delineando que teriam ocorrido em área de concessão da ré, inclusive, pontuando as circunstâncias que não poderiam estar submetidas à condenação.

O acórdão combatido, salve melhor juízo, não desvendou, de forma percuciente, como se davam as operações comerciais para cada venda, tal qual se pautou a sentença.

Registro que, tais questões, em momento algum, foram objeto de recurso, mas como a apelação implica na devolução integral da matéria, não vejo óbice ou inoportuno o exame da decisão primitiva para possível causa de invalidação do “decisum”.

Assim, perscrutando atentamente a exposição contida na exordial, atento para fatos que reputo inexistentes a partir da “causa petendi” situados em duas facetas:

*a) Condenação de vendas em “área demarcada” da Ré Jugasa pelas aqui autoras, Auto Colina e Kolina Araranguaense, do período compreendido entre 1995/2003 (Acórdão, fls. 43), sob alegação de que a Ré só teria obtido a demarcação de área (exclusividade em Municípios) em 26/08/1999, conforme documento de fls. 1772/1773. (fls. 11/12 da exordial)*

*b) Condenação de vendas através de orçamentos/pedidos, e não notas fiscais, em transações efetivamente não confirmadas (fls. 06); fora da área demarcada da Ré Jugasa (fls. 07/08), ou de operações canceladas/anuladas/repetidas. (fls. 10/11 da exordial)*

Por primeiro, pondero acerca da existência de erro de fato quanto à condenação de KOLINA e AUTO COLINA às vendas em “área demarcada” da ré JUGASA no período compreendido entre 1995/2003.

Após consulta dos autos, não encontrei expedientes documentais semelhantes ao anexado à fl. 1773, que conferissem exclusividade no espaço de atuação junto às respectivas municipalidades concernentes aos atos anteriores a 1999.

Do referido documento, vislumbrei “adendo” ao pacto de concessão em que sobeja definido que **“a partir de 26 de agosto de 1999, os Municípios abaixo descritos serão considerados como sendo a Área de Responsabilidade de Vendas e Serviços referida na Cláusula 6ª do Instrumento Particular de Contrato de Concessão [...]”** (fl. 1773).

Os municípios considerados foram: **“Cocal do Sul, Criciúma, Forquilha, Içara, Lauro**



**Muller, Morro da Fumaça, Orleans, Siderópolis e Urussanga**”; do contrário, faltaria sensatez quanto à definição estabelecida em 1999. Caso fosse factível a linha argumentativa da ré, o destacado documento sobreporia um anterior.

Ainda, pode extrair do “adendo”, sua incorporação ao Instrumento Particular do Pacto de Concessão (fls. 2245/2266), firmado pelos contendores na mesma data (26/08/1999).

A par disso, os dois instrumentos foram subscritos e guardam todos os atributos de um inovado ajuste contratual, apartando-se de um ordinário aditivo ou substituição de contratações pretéritas.

Tal contexto fica mais evidente quando, na defesa da presente “actio”, a ré se pronuncia afirmando que “a condição de ser a ré JUGASA concessionária da GM desde 1995 não foi questionada pela autora Kolina, não sendo, portanto, matéria controvertida: até porque é fato público e notório na região sul do Estado que a JUGASA é concessionária GM em Criciúma desde a década de 60” (fl. 2176).

Considerando a contraposição da ré e a ausência de indicação de trato protocolar abrangendo os municípios em que desenvolvia a prática comercial com exclusividade anteriormente a 1999, tenho que a asserção contestatória consolida de forma incontroversa a satisfatória adequação respeitante a um dos quatro pressupostos para a caracterização do erro de fato, isto é, que o erro de fato não exteriorizou debate acerca do objeto ou controvérsia suscitada na origem.

Admitindo, claramente, a ausência da alteração acerca da lide, JUGASA reconhece que “*a inicial de fls. 195 diz, claramente que a invasão de área está sendo feita desde 1995 [...] trata-se, portanto, de matéria preclusa, pois não questionada*” (fl. 2176), concluindo, ao dizer que a renovação do contrato de concessão, é praxe e se renova periodicamente.

Igualmente, compreendo que os adendos juntados à contestação não revelam discussão acerca da “área operacional”, tampouco revela-se adstrito a um ou outro município atrelado a sua circunscrição de atuação, sem qualquer anotação atinente a exclusividade, com exceção aquele destacado pela autora em 28/08/1999.

Portanto, dessume-se que, antes de 28/08/1999, não havia regime de domínio da ré. E, assim, a conclusão é manifesta, não é crível admitir inexistente um fato que não subsistiu.

A reparação intentada junto à ação de cobrança emerge da invasão da área de uma pela outra.

Levando em conta que as contendoras abrigam a concessão da marca Chevrolet, também identificada como General Motors do Brasil, a famigerada exclusividade só poderia ser perfectibilizada via instrumento contratual, vislumbrando, minimamente, a esfera de abrangência municipal.

Não é demais lembrar que o propalado “adendo” vinculado ao contrato de concessão vem incorporado com a expressão “**a partir de**”, demonstrando, portanto, que a área operacional da ré estava delimitada **desde 26/08/1999**, não havendo, qualquer outro instrumento documental anterior a esta data.

O extrato documental promovido pela ré JUGASA, na percepção deste julgador, também corrobora a tese preambular sustentada por KOLINA, de que inexistia circunscrição operacional ou exclusividade à JUGASA em evento anterior a 26/08/1999.

Como toda alegação vinculada a demonstração dos fatos implica na devida exibição probatória, restou anexado (fls. 2237 e 2238/2266), por JUGASA, documentação adjacente alcinhada como Anexo 5, titulada de “cópias da concessão especial à ré JUGASA desde 1961 e cláusulas gerais”. Mas, em que pese o conjunto de documentos inseridos, não aportou qualquer ajuste de vontade ou termo aditivo fazendo menção à área operacional antes de 26/08/1999.

Aclarando a cadeia de apontamentos reunidos pela ré JUGASA, buscando demonstrar a área e exclusividade do seu campo de atuação de forma infrutífera sobre provas que, data vênia, sobejaram insatisfatórias/inexistentes, colhe-se os seguintes destaques:

*Fls. 2238 Documento de 26/07/1991 que menciona “nome das pessoas que ocupam cargos de direção”;*

*Fls. 2239 “Acordo de Comercialização de Veículos Usados de Qualidade”, de 27/08/1971;*

*Fls. 2240/2242 “Adendo de localização e instalações em uso pela concessão”, de 11/08/1986, em que consta o endereço comercial da concessionária, metragem quadrada da construção e detalhamento dos cômodos;*

*Fls. 2243 Documento de 26/07/1991 que menciona “nome das pessoas que ocupam cargos de direção”;*

*Fls. 2245/2266 Instrumento Particular de Contrato de Concessão, assinado em 26/08/1999.*

*É evidente que não se busca tolher o direito indenizatório da ré pelas vendas nos limites de sua área delimitada. No entanto, não se pode albergar pleito sem a devida exclusividade e sem a área, desde que, estipulada contratualmente ou por outra forma de lei permitida.*

Desta feita, não vislumbro formalizada a delimitação da área circunscrita à JUGASA com data anterior a agosto de 1999.

Não há nenhuma demonstração de que a ré tenha anexado ao feito contrato de concessão subscrito antes de 26/08/1999, não se podendo admitir que a mesma detinha exclusividade anterior a agosto de 1999.

Ainda que, por hipótese, seja admitida que a concessão tenha sido instituída anterior aos atos de 1995, é imperativo que, para se reclamar indenização por venda de veículos no âmbito da área operacional, a outorga de exclusividade da concedente deveria ter ocorrido, fato que não se desponta no feito.

Além disso, a Lei Ferrari, aplicável ao caso, manifesta a necessidade de haver marcos restritivos de atuação e exclusividade na área de atividade. De outro lado, seja antes ou depois de sua alteração, autoriza simultaneamente mais de uma concessionária a atuar na mesma área (art. 5º, §1º).

Assim, conquanto os esteios probatórios conjecturados no “decisum” rescindendo tenham

adotado a proposição fática de que a ré detinha área de exclusividade pelo menos antes de 1995, no modesto entendimento deste julgador, os registros comprobatórios disponíveis nos autos dão conta de que o período operacional sobejou consolidado a partir de 26/08/1999.

Sob essa ótica, entendo que a pretensão autoral merece respaldo quando se ancora na assertiva de fato inexistente ao demonstrar que não havia área demarcada ou com exclusividade antes de 26/08/1999 pela ré nos municípios referidos, o que se harmoniza com a hipótese do art. 485, IX, c/c § 1º, do Código Buzaid.

Outrossim, reputo pertinente a aplicação do § 2º art. 485 do CPC/1973, considerando que a temática questionada – inexistência de área demarcada antes de 22/08/1999 – sequer chegou a ser objeto de análise pelo julgador rescindendo, ao passo que também não restou controvertido na origem, retratando questão relevante, mormente porque reverberou no período abrangido pela condenação delimitada entre 1995 e 2003, quando, na verdade, merece observância o interregno entre 1995 a 25/08/1999.

Prosseguindo, num segundo momento, manifesto a pertinência da análise quanto ao tema referente à contabilização das vendas, seja pelo emprego de pedidos ou orçamento (e não nota fiscal), de operações canceladas, reiteradas, invalidadas ou transações que, verdadeiramente, não restaram validadas.

De acordo com o Exmo. Des. Relator, no ponto, não seria admissível a rescisória, por representar verdadeira rediscussão da matéria, mais precisamente quando se refere à perícia judicial.

A esse respeito, faço pequena ressalva.

Chama a atenção a manifestação da Sra. Perita nomeada pelo magistrado “a quo” envolvendo prévia avença no pagamento de seus honorários, com dação em pagamento de veículo automotor de propriedade da ré, transferido antes da ciência do juízo, incluindo saldo a ser pago em dinheiro conforme abaixo discriminado:

### **Manifestação da Sra. Perita:**

*O valor de 5.000,00 (cinco mil reais) à vista*

*O valor de R\$ 10.605,00 em 4 parcelas de R\$ 2.651,25 (dois mil, seiscentos e cinquenta e um reais e vinte cinco centavos), sendo pagos em 30, 60, 90 e 120 a partir da presente data*

*O valor de R\$ 19.800,00 (dezenove mil e oitocentos reais), representado pelo bem a seguir descrito: Automóvel Corsa Wagon, ano 2001, completo (ar condicionado, direção hidráulica e trio elétrico), 1.0, gasolina, placa MBQ 4208.*

*O Acordo firmado com a Requerente tem o valor total de R\$ 35.405,00*

*Data: 03/11/2003 (fl. 2740 – repetido na fl. 1515 da ação originária, encartada em mídia as fls. 2699 destes)*

### **Manifestação da Ré Jugasa:**

*Segue abaixo proposta para pagamento de honorários conforme combinado.*

*Data 28/09/2003 (fl. 1850)*

Em síntese, tais fatos envolvendo a quitação de seus honorários sucederam-se junto a ação de cobrança, na esfera extrajudicial com a própria perita indicada pelo juízo quando, na verdade, tal conduta deveria manter-se equidistante dos interesses dos envolvidos, lembrando que a “expert” não era assistente da parte interessada.

Extraio deste imbróglio que, antes mesmo da iniciação dos trabalhos que seriam destinados a apuração de valores, montante de vendas, entre outras especificidades, o veículo objeto do acordo extra autos já havia sido transferido para a auxiliar do juízo, antecedentemente a ciência do juízo, fato que corrobora a juntada do DUT anexado aos autos devidamente preenchido.

Outro fato que chama atenção diz respeito a juntada dos documentos periciais.

Sem embargo de que foi depositado no cartório volumoso número de documentos no período de aproximadamente 2 (dois) anos, conforme voto do Exmo. Des. Tulio Pinheiro, que se pauta sempre pelas suas decisões abalizadas, da tramitação do processado, percebi que a deliberação de anexação dos mesmos restou confiada ao magistrado singular, porquanto sua Exa, “in literis”, enfatizou e ordenou que é “indispensável o exame da integralidade da mesma para prolação da decisão” (fl. 1807).

Com o máximo respeito, sob o ângulo de vista perfilhado pelo eminente relator, não era transitável, por ocasião da deliberação definitiva de primeiro grau, o alcance do amplo número de expedientes.

Ocorre que, o processado contava com milhares de folhas e só a perícia somava mais de 3000, de modo que expressiva pluralidade de documentos restaram acrescentados após sentença, sem falar na imprecisa e confusa reunião desses expedientes, motivo pelo qual não antevejo inviabilizado o exame da pertinente documentação, a qual justificaria, inclusive, uma adequada autuação, visando o pleno exercício de eventual impugnação.

A sentença explorou documento por documento as alienações abarcadas no decreto condenatório e, por tal fato, achou por bem acerca da necessidade da juntada da perícia por completo.

Esquadrinhando os termos da sentença, depreende-se das fls. 75 a 78 da rescisória, múltiplos apontamentos no que diz respeito às vendas, ocasião em que o magistrado destacou quais os que deveriam integrar ou não na condenação. Neste ensejo, sua Exa. inferiu que aproximadamente 1917 veículos foram vendidos por KOLINA e AUTO COLINA, em área adstrita, aparentemente, da empresa JUGASA.

Tal quantificação foi referendada pela decisão colegiada que ora se ataca.

Mas, procedendo o cotejo entre sentença e acórdão rescindendo, vislumbro, sob a ótica da fundamentação antes esposada, que numerosas vendas foram contabilizadas à JUGASA em desconformidade com a área circunscrita, como vendas ocorridas em Nova Veneza, Porto Alegre, Treviso.

Para além, tais pronunciamentos não analisaram os erros de fato aqui suscitados pela autora, quais sejam, vendas sem notas fiscais nos autos, em duplicidade/anuladas, etc.

Nesse viés, uma vez mais entendo preenchido o pressuposto à rescisão, na forma do § 2º do art. 485 do CPC/1973, já que configuro como fato existente a abrangência quanto à margem de comercialização das transações exclusivamente mediante notas fiscais insertas no feito e oriundas do Detran-SC, rechaçando a base documental amparada em orçamentos e/ou pedidos relativos às transações empreendidas fora da área operacional constante à fl. 1773, tampouco sobre operações repetidas ou invalidadas, atentando-se, segundo já frisado, para o período entre 26-08-1999 à 31-12-2003.

E, assim, seguindo a lógica processual e a verificação dos requisitos da ação rescisória embasada no erro de fato, tenho que os pressupostos da relevância do erro, da aferição com sustentáculo no ensaio da prova documental, da ausência de controvérsia e, por fim, da falta de manifestação judicial na origem, restaram satisfatoriamente demonstrados.

Com referência a primeira hipótese, a magnitude do impasse se verifica devido ao considerável número de fatos inexistentes adotados como existentes fossem.

Colhe-se, ainda, examinando os autos, que não se tratam de fatos isolados ou sem importância, mas caudalosos casos, chegando a passar a casa das centenas.

Logo, considerando que tais fatos foram considerados na sentença de primeiro grau e confirmado em grau recursal, inserindo no valor ressarcitório tais fatos como se vendas fossem (fato inexistente), torna-se manifesto a adequação ao parâmetro essencial.

Concernente ao segundo requisito, conforme já realçado, com a defrontação dos documentos juntados a exordial, essencialmente o de fls. 1717/1741, coadunado com a planilha inserida às fls. 1706/1716, motiva, plenamente a necessária aferição, sendo desnecessária nova prova para validar a ocorrência de erro, sendo suficiente os documentos que integram os autos.

E dessa análise, confere a ilação, absorto de razoável hesitação, o enfrentamento entre as vendas que o decisum originário levou em conta, com as citações (de folhas) referenciadas pelo decisum exarado.

Ademais, das fls. 1705/1716, apura-se que a autora procedeu a confrontação de todas as operações, fazendo menção a referência do aquisitor do bem, a folha dos autos onde se encontra o pedido/orçamento, a importância e o momento da operação, bem como as laudas dos autos onde

continha a nota-fiscal de venda, quando verificado.

Atinente a terceira formalidade a consolidar o erro de fato, guarda relação em não ter havido controvérsia acerca da matéria na ação oriunda do primeiro grau.

Além de admitido pela ré na peça de defesa, não se exarou qualquer objeção quanto aos documentos juntados ulteriores à decisão de instância inferior, tampouco foi utilizado recurso de apelação na oportunidade, remanescendo, portanto, o cumprimento do terceiro requisito.

Respeitante ao quarto requisito, observa-se que nenhum elemento fático inexistente ora invocado integrou qualquer situação motivacional oriunda do pronunciamento judicial da ação primitiva. Ao reverso, a sentença de primeiro grau e a decisão colegiada combatida que a positivou, apresentaram entendimentos convergentes a demanda rescisória, isto é, de que só poderiam ser contempladas as vendas concretizadas através de notas fiscais, ancoradas por instrumento contratual referente a área demarcada pela cedente, que, segundo o conjunto probatório, só passou a existir em 26/08/1999.

Diante de tais considerações, reputo merecer parcial acolhimento o pleito de rescisão, contudo, apenas para fins de depuração do excesso, não se mostrando pertinente a anulação completa da prova pericial, mas a estimativa e o somatório.

Justifico a razão de adotar este entendimento no fato de que, no meu singelo modo de pensar, o pronunciamento judicial não violou literal dispositivo de lei. O mesmo se diga com relação à prova pericial que, aliás, agrupou milhares de peças, como aquelas oriundas do DETRAN/SC, que autoriza a análise do legítimo “quantum”, lembrando que a autora sustenta aferição dos valores por meio das notas fiscais.

Igualmente, não vislumbro para o desenlace da controvérsia o reconhecimento da prova pericial como falsa, ainda que compilada por métodos não tradicionais e com contingências singulares, por primazia aos princípios da celeridade e da rápida solução do processo.

Da mesma forma, manifesto-me com referência ao cômputo dos valores, com alguns equívocos e com metodologia incongruente, atendendo, porém, estreitamente, aos pressupostos do art. 485, VI, do Digesto Processual Civil, tendo em vista que não se demonstrou a completa falsidade dos documentos, tal como aponta a postulante, merecendo ser utilizado, impondo-se, portanto, o seu recálculo, conforme ora preconizado.

Importante frisar que as partes, dada a sua proporção, convergem para que a respectiva indenização se dê com espeque na mesma documentação. De um lado, a autora sustenta sejam desconsideradas as vendas puramente nos pedidos/orçamentos, enquanto que a ré se escora nas vendas demonstradas pelas notas fiscais, de sorte que a remessa do feito a liquidação de sentença é o campo adequado para adequação do “quantum”.

Portanto, o ressarcimento de danos, a meu ver, aponta, como parâmetro mais equilibrado, com a demonstração das notas fiscais, haureadas junto ao órgão de trânsito, inclusive, oportunamente



instadas pelo Juízo, onde poderá ser averiguado os adquirentes e seus respectivos endereços, para certificar se os domicílios se encontram na esfera operacional da ré, a partir de 26/08/1999 até 2003.

Malgrado, concebêssemos a inexistência de erro de fato, a controvérsia poderia ser dirimida mesmo diante da ausência de diretriz da norma processual aplicável, por se entender aceitável a explanação circunstancial agregada na exordial para validar o direito reclamado, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - NÃO INDICAÇÃO EXPRESSA DO ENQUADRAMENTO LEGAL DOS MOTIVOS DA RESCISÃO - APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO "JURA NOVIT CURIA" E "DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS" - ART. 485, V, DO CPC. 1 - In casu, o autor não indicou precisamente na exordial qual inciso estava fundamentada a rescisória, contudo, deixou claro que a razão para rescindir a decisão de mérito fundou-se em violação literal de disposição de lei, ou seja, no inciso V do art. 485, do CPC. 2 - Não se pode deixar que um rigor processual implique na supressão de um direito. Aplica-se ao caso sub judice, os conceitos do "jura novit curia" e "da mihi factum, dabo tibi jus", sendo certo que a não indicação pelo autor do dispositivo aplicável, não obsta ao bom êxito da ação, desde que os fatos narrados se mostrem claros à aplicação dos fundamentos jurídicos. 3 - Recurso conhecido e provido para, anulando o v. acórdão a quo, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que este aprecie o mérito da ação rescisória. (REsp 352.838/SE, rel. Ministro Jorge Scartezini, julgado em 01/04/2003, DJ 16/06/2003, p. 369)*

No que toca a propalada violação à Lei Ferrari, com as suas respectivas alterações, acompanho o voto do eminente Relator, que não obnubilou a sua atenção ao identificar na decisão de primeira instância, bem como no acórdão rescindendo, vários preceitos revogados.

Sucedese, in verdade, que o respeitável arrazoadado não oferece condições, neste particular, para se projetar um enquadramento da dimanada Lei 8.137/1990, porquanto não alterou substancialmente o viés do regramento, sobretudo no que toca os parágrafos 1º, 2º, 3º e 4º do art. 5º da mencionada fonte legislativa, mas, apenas remodelou a norma, com referência aquela propecta obrigação mandatória, no sentido de conservar o parâmetro de "margem de comercialização" do texto de 1979, para vincular a diretriz legislativa, tendo em conta critérios e exigências afetas a convenção da marca.

Ainda que não se vislumbre nos autos tais critérios e exigências atribuídas a marca, inexistindo qualquer direção legal incorporado ao contrato de concessão juntado pela ré as fls. 2245/2266, considero plausível a deliberação dada pelo acórdão rescindendo, visando manter o critério, conforme acima nominado (margem de comercialização), intentando o dimensionamento das quantias a serem reparadas, porquanto ostenta parâmetro equilibrado, como método de apuração, de sorte que, a meu ver, inteiramente adequada a solução externada pelo Exmo. Des Tulio Pinheiro em não avistar a alegada violação literal de lei.

Com tais considerações, acompanho na integralidade da solução dada pelo eminente relator quanto ao desenlace do alegado "dolo" da parte vitoriosa, no que toca à violação literal de lei e concernente à prova

falsa, divergindo, com o máximo respeito, na porção pertinente aos erros de fato, acolhendo, portanto, em parte, o pedido rescindendo, a culminar na condenação de Auto Colina e Kolina Araranguaense ao pagamento de verba indenizatória, no percentual de 10% (dez por cento) do montante auferido por conta da margem de comercialização dos automotores vendidos, observando-se as notas fiscais insertas nos autos oriundas do Departamento de Trânsito de Santa Catarina, circunscritas às localidades municipais destacadas no documento de fl. 1773, tendo como base de apuração inicial a data de 26/08/1999, desdobrando-se até o dia 31/12/2003, “quantum” a ser contabilizado em liquidação, cuja importância é de incidir correção monetária e juros moratórios de 1% ao mês a contar da ciência desta decisão.

Derradeiramente, quanto ao arbitramento da multa amparada no § 4º do art. 1.021 do Código Fux, aplicada pelo colegiado em razão do desprovimento do agravo interno interposto contra monocrática que entendeu inaplicável ao caso a produção de provas, insurgiram-se Auto Colina e Kolina Araranguaense, em sede de alegações finais, requerendo seu afastamento ou minoração ao patamar mínimo.

Embora viável a incidência do art. 1.021, § 4º do CPC/15, no que entendo por manter a penalidade, a meu ver, merecer redução.

De acordo com referido dispositivo, é possível a condenação do “agravante a pagar ao agravado multa fixada **entre um e cinco por cento** do valor atualizado da causa”.

Ocorre que, sem específica motivação legal, a multa foi aplicada no patamar máximo, o que reputo ser restrito aos casos em que realmente haja reiteração de insurgências protelatórias, hipótese, contudo, que não me parece ser o caso em tela.

Auto Colina e Kolina defendiam a possibilidade de produção probatória em ação rescisória, o que foi rejeitado de forma monocrática. Mas, não há como considerar injusto ou protelatório tal pleito, muito menos que ele seja apreciado antes do encerramento do julgamento pelo colegiado, órgão responsável pelo desiderato.

Além disso, valho-me das disposições do art. 814, parágrafo único, e do art. 537, § 1º, ambos do Código Fux, que preveem a redução de multas processuais em caso de excessividade ou desproporcionalidade e irrazoabilidade, o que igualmente, antes da vigência do CPC/15, já era amplamente admitida pela jurisprudência.

Por essas razões, no ponto, voto no sentido de acolher os pedidos das requerentes para reduzir a multa ao patamar mínimo e total de 1% (um por cento).

**Desembargador ROBSON LUZ VARELLA**

**Relator**

## **CONFLITO DE COMPETÊNCIA CÍVEL (GRUPO CIVIL/COMERCIAL) Nº 5006815-50.2021.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR MARIANO DO NASCIMENTO

SUSCITANTE: GAB. 04 - 5ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

SUSCITADO: GAB. 04 - 3ª CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITADA). AÇÃO REVISIONAL PROPOSTA CONTRA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ENVOLVENDO CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO NS. 243271206 E 31019268. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL DISTRIBUÍDA POR SORTEIO. COMPETÊNCIA DECLINADA EM RAZÃO DE SUPOSTA PREVENÇÃO COM AGRAVO DE INSTRUMENTO ANTERIORMENTE DISTRIBUÍDO À QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. RECURSO QUE, TODAVIA, ENVOLVIA AÇÃO NA QUAL A PARTE AUTORA OBJETIVAVA A ANULAÇÃO DE CONTRATO DE RESERVA DE MARGEM CONSIGNADA (RMC) N. 26059834. CAUSA DE PEDIR DIVERSA. AUSÊNCIA DE CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES. PREVENÇÃO INEXISTENTE. COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA. CONFLITO PROCEDENTE.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do conflito de competência e acolhe-lo, a fim de determinar a remessa do feito ao juízo suscitado (3ª Câmara de Direito Comercial), nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 12 de maio de 2021.

**Desembargador ROGÉRIO MARIANO DO NASCIMENTO**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Cuida-se de conflito negativo de competência instaurado pela 5ª Câmara de Direito Comercial em face da 3ª Câmara de Direito Comercial, nos autos da apelação em ação revisional n. 5002489-33.2019.8.24.0092, proposta por Marcelo Augusto Ferreira em face de Banco BMG S.A., em que se objetiva a declaração de cláusulas abusivas nos contratos de empréstimos de ns. 243271206 e 31019268.

O Órgão Julgador suscitado, em decisão unipessoal da lavra do eminente Des. Jaime Machado

Júnior, em sede de admissibilidade, nos termos do art. 117 do Regimento Interno deste Tribunal, em razão de suposta prevenção, determinou a redistribuição dos autos ao Desembargador Roberto Lucas Pacheco, membro integrante da 5ª Câmara de Direito Comercial.

Por sua vez, a Câmara suscitante argumenta que a competência é da Terceira Câmara de Direito Comercial, uma vez que a prevenção indicada pela DCDP decorre da suposta conexão entre a apelação sub judice e os autos n. 0302455- 70.2019.8.24.0092, dos quais se originou o Agravo de Instrumento n. 4017112- 07.2019.8.24.0000. Todavia, neste último processo discutia-se a anulação do contrato de RMC n. 26059834. Ou seja, “Ainda que as partes sejam idênticas, a causa de pedir remota do feito em análise não é dado que as avenças sub judice são diversas.» (Evento 1 - Decisão 2)

Os autos vieram-me, então, conclusos.

*É o relatório.*

## VOTO

De início, salienta-se que se mostram dispensáveis as informações de que trata o artigo 954 do Código de Processo Civil, bem como a manifestação do Ministério Público - haja vista que, em observância ao disposto no artigo 951, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o caso não se adequa a quaisquer das hipóteses previstas no artigo 178 do mesmo diploma legal.

Pois bem.

No caso dos autos, a parte autora ingressou com ação revisional de contrato n. 5002489-33.2019.8.24.0092, que tramitou perante a 1ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis, objetivando a declaração de cláusulas abusivas nos contratos de empréstimos de ns. 243271206 e 31019268.

Julgado o feito, interposto recurso de apelação, os autos ascenderam a esta egrégia Corte, sendo distribuídos, por sorteio, ao Exmo. Des. Jaime Machado Júnior, integrante da 3ª Câmara de Direito Comercial.

Em Decisão Unipessoal, após a remessa dos autos à DCDP, que informou a possível existência de conexão com o Agravo de Instrumento n. 4017112-07.2019.8.24.0000, ou ainda com os autos ns. 5002490-18.2019.8.24.0092 e 5000278-24.2019.8.24.0092, determinou a redistribuição do recurso ao Des. Roberto Lucas Pacheco, integrante da 5ª Câmara de Direito Comercial.

Verificada a ausência de prevenção da 5ª Câmara de Direito Comercial, foi suscitado o presente conflito negativo de competência.

Pois bem.

De fato, ao proceder uma análise dos autos n. 0302455- 70.2019.8.24.0092, dos quais se originou o Agravo de Instrumento n. 4017112- 07.2019.8.24.0000, pode-se verificar que a lide, apesar de envolver as mesmas partes, versava sobre a anulação do contrato de RMC n. 26059834.

Quanto à possível prevenção relacionada aos autos n. 5002490-18.2019.8.24.0092, tem-se que o feito envolve revisão de contratos distintos, sob os ns. 227042829 e 230027634, os quais foram distribuídos ao Des. Sebastião César Evangelista, membro integrante da Terceira Câmara de Direito Comercial.

De outro lado, o feito n. 5000278-24.2019.8.24.0092, refere-se à ação de produção antecipada de provas, em que objetivava a parte autora a exibição de contratos, tendo a apelação sido distribuída à Segunda Câmara de Direito Comercial, sob a relatoria do Des. Newton Varela Júnior.

Deste modo, adianto, razão assiste à Suscitante. Explico.

O Art. 117 do Regimento Interno, prevê:

*Art. 117. A distribuição da ação, do recurso, do incidente, do reexame necessário e do pedido de tutela de urgência prevenirá a competência do relator para todos os feitos posteriores referentes ao mesmo processo ou a processo conexo, inclusive na fase de cumprimento de decisão, ressalvados os agravos em execução penal, que serão distribuídos livremente em relação ao relator da fase de conhecimento; a distribuição do inquérito e a distribuição realizada para efeito de concessão de fiança, decretação de prisão preventiva ou determinação de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirão a distribuição da ação penal.*

*§ 1º A distribuição realizada por equívoco não firmará nem modificará prevenção.*

*§ 2º Firmará prevenção, inclusive, a decisão que deixar de conhecer do feito ou que declarar prejudicado o pedido.*

*§ 3º Ocorrendo a reunião de feitos no primeiro grau posteriormente à distribuição de recursos a diferentes relatores, a prevenção em caso de nova distribuição será do relator que recebeu o primeiro recurso, exceto quanto às execuções de sentença promovidas por beneficiados em ações coletivas deflagradas por substituto processual. (...)*

Desse modo, sabendo que «Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir» e que «Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.» (art. 55, caput e §3º do CPC), não verificado, no caso em discussão, a identidade entre a causa de pedir remota que envolve a apelação n. 5002489-33.2019.8.24.0092 e os autos acima destacados (ns. 4017112-07.2019.8.24.0000, 5002490-18.2019.8.24.0092 e 5000278-24.2019.8.24.0092) julga-se procedente o presente conflito negativo, diante da ausência de prevenção, a fim de declarar competente a Egrégia Terceira Câmara de Direito Comercial para processar e julgar o recurso.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do conflito de competência e acolhe-lo, a fim de determinar a remessa do feito ao juízo suscitado (3ª Câmara de Direito Comercial).

**Desembargador ROGÉRIO MARIANO DO NASCIMENTO**

**Relator**

## PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5038120-86.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR MARIANO DO NASCIMENTO

AGRAVANTE: MATEUS CROZARIOL MANETA E OUTRO

AGRAVADO: LAERCIO ROSA

AGRAVADO: LAERCIO ROSA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS. CHEQUES. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE ACOLHE O PEDIDO DE DESBLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS MANTIDOS EM CONTA BANCÁRIA DA ESPOSA DO EXECUTADO, COM QUEM ESTE É CASADO EM COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. INSURGÊNCIA DO CREDOR.

SUSCITADO O AFASTAMENTO DA IMPENHORABILIDADE DOS VALORES MANTIDOS EM CONTA POUPANÇA EM RAZÃO DA MÁ-FÉ DO EXECUTADO, QUE A MOVIMENTA COMO SE CONTA CORRENTE FOSSE. INSUBSISTÊNCIA. APLICABILIDADE DO ART. 833, IV E X, DO CPC/15. IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA DE VALORES EM CONTA CORRENTE, INVESTIMENTO OU POUPANÇA, QUANDO NÃO ULTRAPASSAR 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE.

*“É possível ao devedor, para viabilizar seu sustento digno e de sua família, poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda” (REsp n. 1.340.120/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. em: 18-11-2014).*

AVENTADA A POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA PENHORA PARA PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM RAZÃO DA NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA. TESE RECHAÇADA. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DA NECESSÁRIA DISTINÇÃO ENTRE VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR E PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. EXCEÇÃO PREVISTA NO §2º DO ART. 833 DO CPC/15 QUE NÃO SE APLICA AO CASO CONCRETO, SOBRETUDO ANTE A AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE TAL MEDIDA NÃO COMPROMETE A SUBSISTÊNCIA DIGNA DO DEVEDOR. ADEMAIS, VERBA SUCUMBENCIAL DE CARÁTER ACESSÓRIO QUE NÃO PODE SER PRIVILEGIADO EM RELAÇÃO AO PRINCIPAL. PRECEDENTES.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade,



conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 11 de fevereiro de 2021.

**Desembargador ROGÉRIO MARIANO DO NASCIMENTO**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se, na origem, da execução de título extrajudicial n. 0303470-22.2017.8.24.0035, movida por Mateus Crozariol Maneta - Empresário Individual em desfavor de Laércio Rosa, objetivando a cobrança do valor de R\$ 49.210,18 (quarenta e nove mil, duzentos e dez reais e dezoito centavos) decorrente do alegado inadimplemento dos seguintes títulos:

- CHEQUE nº 851486, Banco do Brasil S/A, agência nº 1389-7, conta nº 1.430-3, no valor de R\$ 4.950,00, emitido em 22/09/2017;
- CHEQUE nº 851487, Banco do Brasil S/A, agência nº 1389-7, conta nº 1.430-3, no valor de R\$ 4.940,00, emitido em 29/09/2017;
- CHEQUE nº 851511, Banco do Brasil S/A, agência nº 1389-7, conta nº 1.430-3, no valor de R\$ 5.100,00, emitido em 18/10/2017;
- CHEQUE nº 851504, Banco do Brasil S/A, agência nº 1389-7, conta nº 1.430-3, no valor de R\$ 6.000,00, emitido em 10/10/2017;
- CHEQUE nº 851512, Banco do Brasil S/A, agência nº 1389-7, conta nº 1.430-3, no valor de R\$ 5.100,00, emitido em 20/10/2017;
- CHEQUE nº 851513, Banco do Brasil S/A, agência nº 1389-7, conta nº 1.430-3, no valor de R\$ 5.100,00, emitido em 25/10/2017;
- CHEQUE nº 851505, Banco do Brasil S/A, agência nº 1389-7, conta nº 1.430-3, no valor de R\$ 6.000,00, emitido em 27/10/2017;
- CHEQUE nº 851514, Banco do Brasil S/A, agência nº 1389-7, conta nº 1.430-3, no valor de R\$ 5.100,00, emitido em 27/10/2017;
- CHEQUE nº 851521, Banco do Brasil S/A, agência nº 1389-7, conta nº 1.430-3, no valor de R\$ 6.000,00, emitido em 31/10/2017; (evento 1, doc. 1, pp. 2-3)

Devidamente citado, o executado nomeou à penhora o veículo “FORD CARGO 1119, ano 2014, modelo 2015, movido à diesel, placas MLY 3439” (evento 8, doc. 12), apresentando embargos à execução autuado sob o n. 0300239-50.2018.8.24.0035.

Intimado, o exequente afirmou que o veículo nomeado pelo executado se encontra alienado fiduciariamente requerendo a expedição de ofício à instituição financeira credora para que informe acerca das condições daquela garantia a fim de identificar a viabilidade ou não da penhora (evento 19), o que foi atendido pelo magistrado a quo (evento 21), sobrevivendo as informações constantes no evento 26.

Ato contínuo, o exequente requereu a penhora dos direitos do executado sobre o indigitado veículo, bem como a penhora de valores em contas bancárias de titularidade daquele (evento 30).

Acolhida a pretensão pelo magistrado de origem (evento 33), restaram constrictos os montantes de R\$ 11.723,06 (onze mil, setecentos e vinte e três reais e seis centavos) e R\$ 54,66 (cinquenta e quatro reais e sessenta e seis centavos) (eventos 36-37), e lavrado o Termo de Penhora sobre os direitos creditícios do executado “no contrato de alienação fiduciária nº 201420569000 junto ao Banco Itaú Unibanco S/A, cuja garantia reside no veículo automotor FORD CARGO 1119, ano/modelo 2014/2015, Placa MLY 3439, Renavam 1029429100” (evento 39), além de determinada a inscrição do nome do devedor junto à SERASA (evento 40).

Ciente, o exequente requereu a expedição de alvará para levantamento do montante penhorado bem como o bloqueio de valores depositados em contas bancárias de titularidade de Adriana Meurer Rosa e do veículo registrado em nome desta, casada com o executado em regime de comunhão universal de bens e, caso ainda insuficiente para a quitação do débito, postulou a penhora e remoção da produção de cebolas, cujo cultivo e beneficiamento seriam desenvolvidos pelo demandado (evento 41).

Pelo juiz, deferido o pedido de penhora eletrônica de valores depositados em nome de Adriana Meurer Rosa e, se infrutífera a tentativa, determinou-se a penhora do veículo GM/VECTRA SD, Placas MHR 5253, Renavam 196426669, registrado em nome da esposa do executado (evento 48).

Bloqueado o montante de R\$ 41.315,01 (quarenta e um mil, trezentos e quinze reais e um centavo) (eventos 51 e 54) em conta de titularidade do cônjuge do demandado.

Adriana Meurer Rosa manifestou-se nos autos suscitando a impenhorabilidade dos valores bloqueados por meio do Sistema BacenJud sob o argumento de que depositados em conta poupança (evento 48).

Intimada a peticionante para apresentar extratos bancários da conta onde realizado o bloqueio, esta trouxe as informações contidas no evento 61.

Apresentada impugnação pelo exequente (eventos 63 e 75), sobreveio a decisão do evento 71 que reconheceu “a impenhorabilidade dos valores equivalentes a 40 salários mínimos constrictos nas contas bancárias de Adriana Meurer Rosa (fl. 94), com exceção do percentual de 50% do valor excedente aos 40 salários, o qual deve ser liberado em favor do exequente, ante a ausência de impugnação” e sobre a qual foram opostos embargos de declaração (evento 74).

Interposto, ainda, o agravo de instrumento n. 4000801-04.2020.8.24.0000 pelo exequente,

este foi provido para declarar a ilegitimidade da esposa do executado para propor incidente de impenhorabilidade (evento 86).

O executado veio, ainda, aos autos suscitando a impenhorabilidade dos valores penhorados (evento 80), o que foi impugnado pelo exequente (evento 85).

Sobreveio, então, decisão que declarou a perda de objeto dos embargos de declaração anteriormente opostos e decidiu acerca do pedido de impenhorabilidade apresentado pelo executado, nos seguintes termos:

*III- Diante do exposto, DECLARO impenhorável 50% do numerário bloqueado na conta bancária de titularidade de Adriana Meurer Rosa referente a meação do executado e determino o levantamento de tal quantia em favor do executado.*

*Preclusa a decisão, expeça-se alvará de 50% do valor constricto em favor do executado.*

*IV- Em seguida, intime-se a parte exequente para requerer o que entender de direito, no prazo de 15 dias. Intimem-se. Cumpra-se. (evento 89).*

*Irresignado, o exequente interpôs o presente agravo de instrumento alegando, em síntese: a) que a conta bancária utilizada pelo agravado e sua esposa, muito embora ostente o título de poupança ou aplicação, é verdadeira conta corrente, utilizada com a nítida intenção de frustrar a presente execução, o que configura a má-fé do réu e, conseqüentemente, afasta a impenhorabilidade; b) subsidiariamente, que seja mantida a penhora do valor de até 40 salários mínimos para satisfação dos honorários advocatícios devidos pelo agravado em favor dos procuradores do agravante, no processo de execução originário e na ação de execução n. 0302996-51.2017.8.24.0035, movido entre as mesmas partes, por se tratar de crédito de natureza alimentar. Forte em tais argumentos, postulou o conhecimento e provimento do recurso (evento 1 deste agravo de instrumento).*

Inicialmente distribuído à relatoria do Desembargador Torres Marques, o processo foi redistribuído a este relator, por vinculação, em razão do julgamento do agravo de instrumento n. 4000801-04.2020.8.24.0000 (evento 7 do recurso).

Ausente pedido antecipatório ou suspensivo, foi determinada a intimação da parte agravada (evento 10 do agravo de instrumento) que deixou transcorrer in albis o prazo sem apresentar contrarrazões (evento 18 do recurso).

Vieram-me os autos conclusos.

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento manejado em face de decisão interlocutória exarada nos autos de execução de título extrajudicial, na qual o togado singular acolheu parcialmente as alegações de impenhorabilidade dos montantes bloqueados por meio do sistema BacenJud em contas bancárias do executado e sua esposa.

Inconformado, o agravante pretende a manutenção da penhora realizada sobre valores depositados em conta corrente sob o argumento de que, evidenciada a má-fé do executado, restaria afastada a impenhorabilidade, a qual também deve ser afastada para fins de pagamento da verba sucumbencial, ante a sua natureza alimentar.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conhecimento do recurso, o qual, adiantado, não comporta provimento.

O art. 833, inciso X, do Código de Processo Civil de 2015, dispõe que é impenhorável “a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos”.

Todavia, consolidou-se em sede do Superior Tribunal de Justiça que “é possível ao devedor, para viabilizar seu sustento digno e de sua família, poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda” (REsp n. 1.340.120/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. em: 18-11-2014).

Ainda nesta linha, colacionam-se julgados mais recentes do Tribunal da Cidadania, em que restou referendado que valores inferiores a 40 (quarenta) salários mínimos são absolutamente impenhoráveis, independentemente de onde estejam depositados:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE APLICAÇÕES FINANCEIRAS. LIMITE DE IMPENHORABILIDADE DO VALOR CORRESPONDENTE A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: 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. 2. A jurisprudência desta egrégia Corte Superior é firme no sentido da impenhorabilidade de valor até 40 (quarenta) salários mínimos poupados ou mantidos pelo devedor em conta corrente ou em outras aplicações financeiras, ressalvada a comprovação de má-fé, abuso de direito ou fraude. 3. A regra da impenhorabilidade só pode ser mitigada no caso de pensão alimentícia, ou se comprovada a má-fé, abuso de direito ou fraude, o que não foi demonstrado no caso dos autos. 4. Agravo interno não provido (AgInt no AREsp 1512613/MG, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 4-5-2020). (grifei)*

Também:

*AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECLAMO DA PARTE ADVERSA. INSURGÊNCIA RECURSAL DOS AGRAVANTES. 1. Esta Corte possui entendimento no sentido de 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, ressalvando-se eventuais particularidades do caso concreto. Em qualquer circunstância, deverá ser preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de sua família» (AgInt no REsp 1407062/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 08/04/2019). 1.1. **É impenhorável valor depositado em caderneta de poupança até o limite de 40 salários mínimos, devendo-se ter, quanto a esse comando, interpretação restritiva, admitindo-se, apenas, a mitigação dessa ordem, no caso de pagamento de prestação alimentícia ou de comprovada má-fé ou fraude. Precedentes.** 2. Agravo interno desprovido (AgInt nos EDcl no REsp 1829036/SP, rel. Marco Buzzi, j. 30-3-2020). (grifei)*

Esta Corte Catarinense não diverge:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERE PEDIDO DE IMPENHORABILIDADE DOS VALORES BLOQUEADOS, VIA BACENJUD, EM CONTA DO DEVEDOR. INSURGÊNCIA DO EXECUTADO. **ALEGADA IMPENHORABILIDADE DAS QUANTIAS DEPOSITADAS EM CADERNETAS DE POUPANÇA, ATÉ O LIMITE DE 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS, ESTENDENDO-SE, TAMBÉM, AOS VALORES DEPOSITADOS EM FUNDOS DE INVESTIMENTO E CONTAS CORRENTES. ARGUMENTO ACOLHIDO. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. INTELIGÊNCIA DO ART. 833, X, DO CPC/2015. DECISUM MANTIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4003360-31.2020.8.24.0000, da Capital, rel. Sérgio Izidoro Heil, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 4-8-2020). (grifei)*

Ainda:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA DE EMPRESA. DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE IMPENHORABILIDADE DO VALOR BLOQUEADO VIA BACENJUD. CRÉDITO DE NATUREZA SALARIAL (VALOR RECEBIDO EM RAZÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COMO ARQUITETA AUTÔNOMA). IMPOSSIBILIDADE DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL. **BLOQUEIO QUE NÃO EXCEDE A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 833, INCISOS IV E X, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CASA. DECISÃO REFORMADA.** RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4000594-05.2020.8.24.0000, de Tubarão, rel. Jânio Machado, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 30-7-2020). (grifei)*

Também:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE REJEITOU A ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE VALOR BLOQUEADO VIA BACENJUD. INSURGÊNCIA DO EXECUTADO. MÉRITO. IMPENHORABILIDADE DOS VALORES CONSTRITOS VIA BACENJUD. NUMERÁRIO BLOQUEADO EM CONTA CORRENTE DO AGRAVANTE, COM SALDO INFERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. VERBA IMPENHORÁVEL, A TEOR DO ART. 833, X, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DA IMPENHORABILIDADE DE CONTA CORRENTE, FUNDO DE INVESTIMENTOS OU GUARDADOS EM PAPEL-MOEDA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR ESTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. “Há entendimento firmado do Superior Tribunal de Justiça de que “é possível ao devedor poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda” (REsp 1.330.567/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 19/12/2014). Recurso conhecido e provido. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4004031-54.2020.8.24.0000, de Itajaí, rel. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 9-7-2020). (grifei)*

No caso focado, à vista dos valores encontrados em conta de titularidade da esposa do executado, casados sob o regime de comunhão universal de bens, o magistrado determinou a liberação do montante constrito relativo à meação do executado porquanto inferior a 40 salários mínimos.

Agiu com acerto o magistrado mormente porque, conforme se extrai dos precedentes supracitados, a suposta movimentação da conta poupança alegada pelo recorrente como motivo para descaracterização do intuito de reserva econômica dos valores ali depositados, não é suficiente para afastar a impenhorabilidade, haja vista que o limite de 40 salários mínimos tem sido aplicado independente de se tratar de conta poupança, conta corrente ou investimentos diversos.

Ademais, conforme bem consignou o magistrado a quo, “o fato do executado e sua esposa viajarem para o litoral nordestino não tem o condão necessário para declarar penhorável a conta bancária, por falta de previsão legal nesse sentido.” (evento 89), de forma que as provas de que o executado e sua esposa teriam viajado para destinos turísticos, em março e abril de 2018, poucos meses após iniciado o processo, não se mostram suficientes para caracterizar a má-fé necessária ao pretendido afastamento da impenhorabilidade.

Noutro vértice, quanto ao pleito de manutenção da penhora dos valores em questão a fim de destiná-los ao pagamento da verba sucumbencial em razão da natureza alimentar desta, melhor sorte não guarda o recorrente.

Isso porque, conforme entendimento recentemente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, para a aplicação da exceção disposta no §2º do art. 833 do CPC/15 necessário fazer-se a distinção entre as verbas de natureza alimentar e as prestações alimentícias.

Colhe-se do julgado:



**RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR. EXCEÇÃO DO § 2º DO ART. 833. PENHORA DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENÇA ENTRE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA E VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. JULGAMENTO: CPC/15.**

1. Ação de indenização, na fase de cumprimento de sentença para o pagamento dos honorários advocatícios, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 12/02/2019 e atribuído ao gabinete em 18/06/2019.

2. O propósito recursal é decidir se o salário do devedor pode ser penhorado, com base na exceção prevista no § 2º do art. 833 do CPC/15, para o pagamento de honorários advocatícios, por serem estes dotados de natureza alimentar, nos termos do art. 85, § 14, do CPC/15.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 1.022, II, do CPC/15.

4. Os termos “prestação alimentícia”, “prestação de alimentos” e “pensão alimentícia” são utilizados como sinônimos pelo legislador em momentos históricos e diplomas diversos do ordenamento jurídico pátrio, sendo que, inicialmente, estavam estritamente relacionados aos alimentos familiares, e, a partir do CC/16, passaram a ser utilizados para fazer referência aos alimentos indenizatórios e aos voluntários.

5. O termo “natureza alimentar”, por sua vez, é derivado de “natureza alimentícia”, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, posteriormente conceituado pela EC nº 30/2000, constando o salário como um dos exemplos.

6. Atento à importância das verbas remuneratórias, o constituinte equiparou tal crédito ao alimentício, atribuindo-lhe natureza alimentar, com o fim de conceder um benefício específico em sua execução, qual seja, a preferência no pagamento de precatórios, nos termos do art. 100, § 1º, da CRFB.

7. **As verbas remuneratórias, ainda que sejam destinadas à subsistência do credor, não são equivalentes aos alimentos de que trata o CC/02, isto é, àqueles oriundos de relações familiares ou de responsabilidade civil, fixados por sentença ou título executivo extrajudicial.**

8. **Uma verba tem natureza alimentar quando destinada à subsistência do credor e de sua família, mas apenas se constitui em prestação alimentícia aquela devida por quem tem a obrigação de prestar alimentos familiares, indenizatórios ou voluntários em favor de uma pessoa que, necessariamente, deles depende para sobreviver.**

9. As verbas remuneratórias, destinadas, em regra, à subsistência do credor e de sua família, mereceram a atenção do legislador, quando a elas atribuiu natureza alimentar. No que se refere aos alimentos, porque revestidos de grave urgência - porquanto o alimentando depende exclusivamente da pessoa obrigada a lhe prestar alimentos, não tendo outros meios para se socorrer -, exigem um tratamento mais sensível ainda do que aquele conferido às verbas remuneratórias dotadas de natureza alimentar.

10. **Em face da nítida distinção entre os termos jurídicos, evidenciada pela análise histórica e pelo estudo do tratamento legislativo e jurisprudencial conferido ao tema, forçoso concluir que não se deve igualar verbas de natureza alimentar às prestações alimentícias, tampouco atribuir àquelas os mesmos benefícios conferidos pelo legislador a estas, sob pena de enfraquecer a proteção ao direito, à dignidade e à sobrevivência do credor de alimentos (familiares, indenizatórios ou voluntários), por causa da vulnerabilidade inerente do credor de alimentos quando comparado ao credor de débitos de natureza alimentar.**

11. As exceções destinadas à execução de prestação alimentícia, como a penhora dos bens descritos no art. 833,

*IV e X, do CPC/15, e do bem de família (art. 3º, III, da Lei 8.009/90), assim como a prisão civil, não se estendem aos honorários advocatícios, como não se estendem às demais verbas apenas com natureza alimentar, sob pena de eventualmente termos que cogitar sua aplicação a todos os honorários devidos a quaisquer profissionais liberais, como médicos, engenheiros, farmacêuticos, e a tantas outras categorias.*

*12. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ, REsp 1.815.055/SP, relª. Minª. Nancy Andrichi, Corte Especial, j. 3-8-2020). (grifei)*

No mesmo trilhar, é a jurisprudência deste Sodalício:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE INDEFERE O PEDIDO DE ENVIO DE OFÍCIO À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL A FIM DE CONHECER EVENTUAL SALDO EM CONTA DE FGTS PARA FUTURA PENHORA. RECURSO DA EXEQUENTE.**

**ALEGADA POSSIBILIDADE DE PENHORA POR SE TRATAR DE DÍVIDA DE NATUREZA ALIMENTAR. TESE RECHAÇADA. DÍVIDA ORIUNDA DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DÉBITO ACESSÓRIO. PRECEDENTE DA CORTE SUPERIOR AFASTANDO AS EXCEÇÕES DE MEIOS EXECUTIVOS AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MEDIDA QUE SE AFIGURA INÓCUA. DECISÃO MANTIDA.**

*Não há falar em reforma da decisão que indefere o envio de ofício à Caixa Econômica Federal, com o intuito de apurar-se eventual saldo em conta de FGTS, de titularidade do executado, por se tratar de dívida de natureza alimentar, quando constatados que os valores atinentes aos honorários advocatícios revelam verba acessória ao pleito principal.*

**Segundo a Corte Superior, “As exceções destinadas à execução de prestação alimentícia, como a penhora dos bens descritos no art. 833, IV e X, do CPC/15, e do bem de família (art. 3º, III, da Lei 8.009/90), assim como a prisão civil, não se estendem aos honorários advocatícios, como não se estendem às demais verbas apenas com natureza alimentar [...] conhecido e não provido. (STJ. Resp n. 1.815.055 - SP - Min. Rel. Nancy Andrichi - julgado em 3-8-2020).**

*Deve-se se ter em conta que as verbas relativas ao FGTS possuem normas específicas, as quais somente admitem exceções quando existente risco ao titular do fundo ou seus dependentes. Por conseguinte, o envio de ofício ao agente financeiro configura medida inócua, razão pela qual deve ser mantido o indeferimento. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5031712-79.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 26-11-2020). (grifei)*

*Mais:*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE DEFERIU A PENHORA DE NUMERÁRIOS DO DEVEDOR A TÍTULO DE FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO (FGTS) E ABONO SALARIAL DO PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL (PIS) EM RAZÃO DA VERBA EXECUTADA SER REFERENTE A HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA, BEM COMO AUTORIZOU O MANEJO DO SERASAJUD PARA RESTRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NO SERASA EXPERIAN. RECURSO DO EXECUTADO. AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE RECURSAL QUANTO AO PEDIDO**

DE IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA DO ABONO SALARIAL DO PIS. TESE AVENTADA PELA CREDORA EM CONTRARRAZÕES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA INTANGIBILIDADE DAS VERBAS ORIUNDAS DE FGTS E ABONO SALARIAL (PIS). TESE ACOLHIDA. REGRAMENTOS PRÓPRIOS A SEREM OBSERVADOS QUE REGISTRAM A IMPENHORABILIDADE DAS RUBRICAS. ART. 2º, § 2º, DA LEI N. 8.036/1990 E ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR N. 26/1975. EXCEPCIONALIDADE DE CONSTRIÇÃO SOMENTE EM CASOS ESPECÍFICOS DE OBRIGAÇÃO DE NATUREZA ALIMENTAR RELATIVA A SITUAÇÃO DE PARENTESCO. CASO CONCRETO QUE VERSA DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PENHORA INCABÍVEL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. ART. 833, IV, DA LEI ADJETIVA CIVIL QUE TRATA DE VERBAS REMUNERATÓRIAS E TRABALHISTAS DISTINTAS DO FGTS E ABONO SALARIAL DO PIS. **IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO MESMO QUE, EM TESE, APLICADA A EXCEÇÃO CONTIDA NO § 2º DO REFERIDO ART. 833. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE HAVER DIFERENÇA ENTRE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA E VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. MITIGAÇÃO DA REGRA GERAL DE IMPENHORABILIDADE (ART. 833, IV) INVIÁVEL EM HIPÓTESES DE EXECUÇÃO DE VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA. REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA NO PONTO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. NÃO ACOLHIMENTO. PERMISSÃO LEGAL A TANTO, NOS TERMOS DO ART. 782, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ALEGADA DIFICULDADE FINANCEIRA DO EXECUTADO QUE NÃO CONSTITUI RAZÃO SUFICIENTE PARA O INDEFERIMENTO DA MEDIDA, A QUAL INTEGRA OS INSTRUMENTOS COERCITIVOS CAPAZES DE ASSEGURAR A REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA EXECUTIVA, BEM COMO ATENDE AO PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4008477-37.2019.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Felipe Schuch, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 03-12-2020). (grifei)**

E, deste Órgão Fracionário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DEFINITIVO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BLOQUEIO DE VALORES VIA BACENJUD. IMPENHORABILIDADE NÃO RECONHECIDA NA ORIGEM. RECURSO DO EXECUTADO. MÉRITO. BLOQUEIO DE VALOR VIA SISTEMA BACENJUD. QUANTIA INFERIOR A QUARENTA SALÁRIOS MÍNIMOS (ART. 833, X, CPC). INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO STJ A RESPEITO DA IMPENHORABILIDADE DE CONTA CORRENTE, FUNDO DE INVESTIMENTOS OU GUARDADOS EM PAPEL-MOEDA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO POR ESTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. PRECEDENTES DESTA TRIBUNAL. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA EX OFFICIO, AINDA QUE POR FUNDAMENTO DIVERSO DAQUELE LANÇADO NO RECURSO, POR SER MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. “Há entendimento firmado do Superior Tribunal de Justiça de que “é possível ao devedor poupar valores sob a regra da impenhorabilidade no patamar de até quarenta salários mínimos, não apenas aqueles depositados em cadernetas de poupança, mas também em conta-corrente ou em fundos de investimento, ou guardados em papel-moeda” (STJ, EREsp 1.330.567/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 19.12.2014) **CUMPRIMENTO DE SENTENÇA REQUERIDO PARA COBRAR HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. VERBA QUE NÃO TEM NATUREZA ALIMENTAR. CASO QUE NÃO SE ENQUADRA NA EXCEÇÃO LEGAL (ART. 833, § 2º, CPC). IMPENHORABILIDADE DA REMUNERAÇÃO E DO VALOR GUARDADO EM CONTA BANCÁRIA DO DEVEDOR (ART. 833, IV E X, CPC). ORIENTAÇÃO**

**DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RESP 1.815.055/SP PELA CORTE ESPECIAL.**

*DEFENSORIA DATIVA. FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA PLEITEADA NAS RAZÕES RECURSAIS. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO REMUNERADA PELO SISTEMA ELETRÔNICO DE AJG - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA (ART. 8º, § 5º, RESOLUÇÃO 5/2019/CM/TJSC).*

*RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5026845-43.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 17-09-2020). (grifei)*

O agravante sustenta, ainda, ser possível a aplicação da excepcionalidade ao caso concreto uma vez que a penhora dos valores não colocará o executado e sua família em situação indigna por se tratar de reserva financeira, bloqueada há mais de um ano, sem que haja notícia da situação indigna vivenciada, além de que “as viagens feitas pelo Agravado e sua esposa demonstram que os mesmos gozam de confortável situação financeira” (evento 1, doc. 1, p. 16).

Não se olvida que, no julgamento do REsp. 1806438, também da relatoria da Ministra Nancy Andrighi e julgado em 13/10/20, restou consignado que “embora não se possa admitir, em abstrato, a penhora de salário com base no § 2º do art. 833 do CPC/15, é possível determinar a constrição, à luz da interpretação dada ao art. 833, IV, do CPC/15, quando, concretamente, ficar demonstrado nos autos que tal medida não compromete a subsistência digna do devedor e sua família.” (grifei).

Na vertente hipótese, contudo, as alegações do recorrente não encontram amparo no que dos autos de origem se extrai. Ao contrário do que afirma o recorrente, o executado insurge-se afirmando exatamente o enfrentamento de dificuldades decorrentes do bloqueio das reservas financeiras da família, apresentando o contracheque de sua esposa referente ao período da penhora, de onde se extrai o vencimento bruto de R\$ 3.119,36 (três mil, cento e dezenove reais e trinte e seis centavos), e o valor líquido de R\$ 1.819,41 (mil, oitocentos e dezenove reais e quarenta e um centavos), havendo inclusive o desconto do valor de R\$ 441,19 (quatrocentos e quarenta e um reais e dezenove centavos) destinado ao pagamento de empréstimo (evento 80, doc. 93).

Ademais, as fotos de viagens realizadas pelo executado e sua esposa juntadas no evento 85, doc. 2, dos autos de origem, são datadas de março e abril de 2018, ou seja, logo após a citação do executado ocorrida em 22/1/2018 (eventos 10 e 11 dos autos originários) e quase um ano antes da penhora realizada em 11/7/2019 (evento 54, doc. 55 da origem), não sendo suficiente para demonstrar a alegada «confortável situação financeira» dos executados no atual momento a excepcionar o presente caso.

Não fosse isso suficiente, é preciso observar que o pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, verba processual acessória, não pode receber tratamento privilegiado em relação ao principal. A corroborar:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE COBRANÇA*

- **DECISÃO DENEGATÓRIA DO PLEITO DE IMPENHORABILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS, COM DETERMINAÇÃO DE CONSTRIÇÃO SOBRE O MONTANTE - RECURSO DO EXECUTADO.** JUSTIÇA GRATUITA - [...] ARGUIÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA-CORRENTE - QUANTIA INFERIOR A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS - POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DO PROTETIVO LEGAL VERSADO NO ART. 833, X, DO CÓDIGO PROCESSUAL CIVIL, AINDA QUE NÃO SE TRATE DE CONTA-POUPANÇA - JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE DA VERBA À MANUTENÇÃO DO MÍNIMO EXISTENCIAL DO DEVEDOR - INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE NOTÍCIA DE OUTROS DEPÓSITOS TITULARIZADOS PELO EXECUTADO - **IMPOSSIBILIDADE, AINDA, DE AFASTAMENTO DA ALUDIDA REGRA PARA PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM FAVOR DO CAUSÍDICO DA EXEQUENTE - ESTIPÊNDIO PATRONAL QUE, POR CONSUBSTANCIAR RUBRICA ACESSÓRIA, NÃO PODE RECEBER TRATAMENTO MAIS FAVORÁVEL RELATIVAMENTE AO PRINCIPAL** -PRECEDENTES DESTES FRACIONÁRIO- IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA - RECLAMO PROVIDO. Consoante o disposto no art. 833, X, da Lei Instrumental Civil, é impenhorável a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos, preceito extensível aos depósitos mantidos em conta-corrente, fundos de investimento ou mesmo papel-moeda, desde que necessários à subsistência do devedor, na forma do entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça. Na espécie, o extrato juntado aos autos dá conta de que a importância constritada correspondia à totalidade dos valores poupados pelo executado, inexistindo indicativo de outros depósitos em seu nome. Ademais, a cifra bloqueada não superava o patamar de 40 (quarenta) salários-mínimos, podendo, pois, ser protegida pela impenhorabilidade. **Ainda, inviável a constrição dos valores com vistas ao adimplemento dos honorários do patrono da exequente. Isso porque, em que pese seu caráter alimentar, a remuneração do profissional consubstancia rubrica acessória na presente execução, não se podendo tomá-la como parâmetro para afastamento da impenhorabilidade, sob pena de subversão ao propósito do feito executivo, cuja finalidade precípua é a satisfação da dívida principal.** (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4027602-88.2019.8.24.0000, de Rio do Oeste, rel. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 12-05-2020). (grifei)

Assim, à luz dos precedentes acima mencionados, o decisório agravado não comporta reforma. Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

**Desembargador ROGÉRIO MARIANO DO NASCIMENTO**

**Relator**

## APELAÇÃO Nº 0306280-92.2016.8.24.0038/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ ZANELATO

APELANTE: ANTONIO CARDOSO (RÉU)

ADVOGADO: GABRIELA SOUZA COTRIM (DPE)

APELADO: BV FINANCEIRA SA CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO (AUTOR)

ADVOGADO: CRISTIANE BELINATI GARCIA LOPES (OAB PR019937)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO OBJETO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA PROPOSTA NA VIGÊNCIA DO CPC/2015. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA BUSCA E APREENSÃO E QUE REJEITA PEDIDO DO RÉU PARA OBRIGAR O CREDOR FIDUCIÁRIO À PRESTAÇÃO DE CONTAS NESTES AUTOS APÓS A ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO BEM FINANCIADO.

RECURSO DA PARTE RÉ REPRESENTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CURADORA ESPECIAL.

DEFENDIDA NECESSIDADE DE A SENTENÇA ESTABELECE OBRIGAÇÃO DE A CREDORA FIDUCIÁRIA DEMANDANTE PRESTAR CONTAS NOS PRÓPRIOS AUTOS DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO OU, SUBSIDIARIAMENTE, NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, CONTENDO ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR, VALOR DA ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO VEÍCULO APREENDIDO E INDICAÇÃO DE EVENTUAL SALDO REMANESCENTE EM FAVOR DO RÉU APÓS A QUITAÇÃO DO DÉBITO. PROPOSIÇÃO REJEITADA. OBRIGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS RELATIVA À VENDA DO BEM E ENTREGA DE EVENTUAL SALDO REMANESCENTE AO DEVEDOR FIDUCIANTE QUE CONSTA DE EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL NO ARTIGO 2º, “CAPUT”, DO DECRETO-LEI N. 911/69, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.043/2014, MESMO DISPOSITIVO QUE FUNDAMENTA A POSSIBILIDADE DE VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM ALIENADO ALVO DE BUSCA E APREENSÃO. NORMA QUE SE REFERE À PRESTAÇÃO DE CONTAS EXTRAJUDICIAL PÓS PROCESSO DE BUSCA E APREENSÃO, QUANDO DA VENDA DO BEM APREENDIDO. OBJETO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO QUE VISA TÃO SOMENTE À CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE DO BEM NO PATRIMÔNIO DO CREDOR FIDUCIÁRIO, NÃO COMPORTANDO APLICAÇÃO PARA ABRANGER DISCUSSÃO SOBRE A PRESTAÇÃO DE CONTAS DA VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM E EVENTUAL SALDO DEVEDOR A FAVOR DE UMA OU OUTRA PARTE LITIGANTE.

OBRIGAÇÃO DE PRESTAR CONTAS QUE, NÃO SENDO SATISFEITA VOLUNTARIAMENTE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA FIDUCIÁRIA APÓS O DESFECHO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO E A VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM, DEVE SER RECLAMADA EM AÇÃO AUTÔNOMA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS, CONFORME POSIÇÃO FIRMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA ACERTADA NO PONTO DEBATIDO.

*Consoante entendimento pacificado pela jurisprudência da Corte Superior de Justiça, “[...]6. As questões concernentes à venda extrajudicial do bem, imputação do valor alcançado no pagamento do débito e apuração acerca de eventual saldo remanescente em favor do devedor não podem ser discutidas, incidentalmente, no bojo da ação de busca e apreensão que, como se sabe, visa tão somente à consolidação da propriedade do bem no*



*patrimônio do credor fiduciário. 7. Assiste ao devedor fiduciário o direito à prestação de contas, dada a venda extrajudicial do bem, porém tal pretensão deve ser perquirida pela via adequada, qual seja, a ação de exigir/prestar contas. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido, com majoração de honorários.” (REsp 1866230/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020) [destacou-se]*

HONORÁRIOS RECURSAIS. AFASTAMENTO DAS TESES VENTILADAS NO RECURSO QUE CULMINAM NA NECESSÁRIA CONDENAÇÃO DO RÉU, ORA APELANTE, AO PAGAMENTO ADICIONAL DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECURSAL PREVISTOS NO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. EXIGIBILIDADE DESSA VERBA QUE SE MANTÉM SUSPensa, POR SER O DEMANDADO BENEFICIÁRIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso, majorando, ainda, em 2% (dois por cento), os honorários advocatícios a que condenada na origem a parte ré, ora apelante, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/2015, verba cuja exigibilidade, todavia, se mantém suspensa, por ser o réu beneficiário da gratuidade da justiça, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 15 de abril de 2021.

**Desembargador LUIZ ZANELATO**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Antônio Cardoso interpôs recurso de apelação cível da sentença do Evento 160 dos autos de origem, que, proferida pelo juízo da 2ª Vara de Direito Bancário da comarca de Joinville, julgou procedentes os pedidos formulados pela BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento em ação de Busca e Apreensão ajuizada em face do apelante.

Cuida-se, na origem, de ação de busca e apreensão aforada em 30-3-2016 pela BV Financeira S/A Crédito financiamento e Investimento, tendo por objetivo retomar o veículo objeto de contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária firmado com Antônio Cardoso, diante da suposta inadimplência da parte demandada, que, das 48 (quarenta e oito) parcelas contratadas, teria deixado de honrar o pagamento a partir daquela de número 8, vencida em 26-9-2015.

A medida liminar pleiteada foi deferida (Evento 17 dos autos de origem).

Cumprido o mandado pelo oficial de justiça, com a apreensão do veículo, foi, todavia, deixado

de citar a parte demandada em razão de Antônio Cardoso ter alterado seu endereço, encontrando em local incerto e não sabido (Evento 62).

Após diversas tentativas infrutíferas de citação do devedor, foi deferida a citação por edital, conforme decisão constante do Evento 101 dos autos de origem.

Citado o réu por edital, e não tendo este apresentado contestação no prazo que lhe competia, foi nomeado pelo juízo de origem curador especial, incumbência que ficou a cargo da Defensoria Pública Estadual (Evento 128 dos autos de primeiro grau).

Pela Defensoria Pública, na condição de curadora especial, foi apresentada contestação e reconvenção (Evento 131 dos autos de primeiro grau), na qual apresentou impugnação geral e genérica sobre os encargos contratuais os quais foram indicados como abusivos, requerendo-se a respectiva revisão para o fim de descaracterização da mora, bem como pleiteou a apresentação de prestação de contas pela instituição financeira autora, acerca da venda do bem apreendido, com a atualização do saldo devedor e respectiva devolução, para o réu, do eventual saldo remanescente que lhe pertencesse após a venda do veículo e quitação da dívida.

Impugnação da casa bancária (Evento 136 dos autos de primeiro grau) na qual defendeu a regularidade das cláusulas contratuais, bem como a inexistência de qualquer ilegalidade a ser revisada, reiterando os termos da inicial e pugando pela procedência da demanda. Destacou, no mais, que, alienado o veículo, nem sempre o valor obtido com a venda seria capaz de honrar a dívida, razão pela qual eventual saldo devedor será de responsabilidade do demandado.

Sobreveio sentença de mérito prolatada em 1-9-2020 pela magistrada Jaqueline Fatima Rover, da 2ª Vara de Direito Bancário da comarca de Joinville, que julgou procedente o pedido da inicial, o que se deu nos seguintes termos:

*BV FINANCEIRA SA CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO. propôs a presente ação em face de ANTONIO CARDOSO, objetivando a busca e apreensão do veículo descrito na petição inicial, em face do descumprimento de cédula de crédito bancário n. 12049000137480, garantida com alienação fiduciária entabulado entre as partes.*

*Alterado o valor da causa, foi intimada a autora para complementação das custas (evento 9), providência atendida no Evento 15.*

*A liminar foi deferida (evento 17), e cumprida (eventos 60-62).*

*Foi interposto agravo de instrumento pela autora (evento 81), tendo o e. Tribunal de Justiça concedido a tutela antecipada recursal (evento 84). A decisão final do recurso consta no Evento 99.*

*O réu foi citado por edital, tendo a Defensoria Pública apresentado contestação à ação de busca e apreensão e reconvenção, alegando abusividade dos juros remuneratórios e incidência destes na forma capitalizada, bem como negativa geral. Por fim, requereu: a) a aplicação do código de defesa do consumidor; b) reconhecimento das ilegalidades e da cobrança indevida com a devolução em dobro; e c) descaracterização da mora. (evento 131).*

*Manifestação da instituição financeira no Evento 136.*

*Proferido despacho intimando a autora para apresentar o título de crédito original em cartório (evento 138), providência atendida nos Eventos 147, 154 e 155.*

*Vieram os autos conclusos. É o relatório.*

**Decido.**

### **Julgamento antecipado**

*Inicialmente, saliento que profiro julgamento no estado em que o processo se encontra, na forma do art. 355, I, do NCPC, por se cuidar de matéria essencialmente de direito, sendo desnecessária a produção de provas.*

## **2. Reconvenção**

### **2.1. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor**

*Preambularmente, cumpre fixar a incidência do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas firmadas entre instituição financeira e respectivos clientes no âmbito de operações levadas a efeito segundo as regras do Sistema Financeiro Nacional.*

*Ademais, a matéria encontra-se sedimentada no âmbito da jurisprudência pátria, consoante se extrai dos termos da Súmula n. 297/STJ “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.*

*Desse modo, tratando-se de relação consumerista, assentasse a possibilidade de revisão de eventuais cláusulas abusivas constantes do contrato ajustado entre as partes, não obstante firmados voluntariamente, conforme alegou o réu.*

*No caso, discutem-se cláusulas inseridas em Cédula de Crédito Bancário n. 12049000137480, firmada entre as partes em 26/01/2015, e constantes dos autos (evento 1, informação 9).*

*Assim, estabelecida essa premissa, passo a analisar os pedidos vertidos na inicial, à luz da jurisprudência já solidificada sobre os encargos bancários sob discussão.*

### **2.2. Juros remuneratórios**

*A reconvinde defende a abusividade dos juros remuneratórios. O pleito não merece acolhimento.*

*Sobre o tema, resta amplamente cristalizada a jurisprudência das Cortes Superiores na esteira de que as instituições financeiras, quando atuam no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, não se sujeitam às restrições previstas na Lei de Usura, tampouco àquelas estabelecidas pela legislação civil, no tocante à cobrança de juros remuneratórios (Resp 1.061.530/RS, 2ª Seção – julgado pela sistemática dos recursos repetitivos).*

*Na mesma linha, o art. 192, §3º, da CF, já revogado, não continha em seu bojo norma auto-aplicável, dependendo de regulamentação infraconstitucional o limite de 12% enunciado em seu texto. É o que consta da Súmula Vinculante n. 7, editada pelo Supremo Tribunal Federal.*

*Diante disso, o único limite à cobrança dos juros remuneratórios exigidos pelas casas bancárias, decorre justamente da legislação consumerista, autorizando-se a restrição do encargo quando demonstrada a manifesta abusividade em sua cobrança.*

*Como parâmetro para aferição da mencionada abusividade, o Superior Tribunal de Justiça tem utilizado a média de mercado, índice mensal divulgado pelo Banco Central do Brasil que retrata o percentual médio de juros exigido a cada mês pelas instituições financeiras.*

*No caso em tela, verifica-se que em janeiro de 2015 as partes celebraram um contrato de financiamento para aquisição de veículo, na qual foram pactuados juros de 2,19% ao mês e 29,72% ao ano.*

*Em consulta ao site do Banco Central do Brasil, ente governamental que presta informações sobre as operações de crédito praticadas no mercado financeiro, segundo a Circular n. 2.957, de 30/12/1999 (www.bacen.com.br), evidencia-se, na tabela de juros prefixados - aquisição de bens/ veículos - pessoa física que, ao tempo da contratação, o percentual médio encontrado para a negociação era de 23,84% ao ano.*

*Nesse ponto, importante consignar que o entendimento emanado do Egrégio Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp n. 1061530-RS, apreciado pela sistemática dos recursos repetitivos, fixou a orientação 1, inerente aos juros remuneratórios, nos seguintes termos:*

#### **JUROS REMUNERATÓRIOS**

- a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;*
- b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;*
- c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;*
- d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.*

*Acerca da premissa constante da alínea «d» acima transcrita, retira-se do voto da Ministra Nancy Andrighi quando do julgamento do Recurso Especial acima enunciado:*

*A jurisprudência, conforme registrado anteriormente, tem considerado abusivas taxas superiores a uma vez e meia (voto proferido pelo Min. Ari Pargendler no REsp 271.214/RS, Rel. p. Acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 04.08.2003), ao dobro (Resp 1.036.818, Terceira Turma, minha relatoria, DJe de 20.06.2008) ou ao triplo (REsp 971.853/RS, Quarta Turma, Min. Pádua Ribeiro, DJ de 24.09.2007) da média. Todavia, esta perquirição acerca da abusividade não é estanque, o que impossibilita a adoção de critérios genéricos e universais. A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui um valioso referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados foram ou não abusivos.*

*E justamente por não ser estanque a fixação da «taxa média de mercado» como percentual de juros a ser observado em todas as avenças, a fim de mantê-la como média, é que há entendimentos no sentido de que quando a taxa avençada ultrapassar em percentual razoável a média de mercado divulgada pelo BACEN não haverá abusividade, caso contrário, deverá ser mantida.*

*O Enunciado IV do Grupo de Câmaras de Direito Comercial que integram o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina dispõe que «na aplicação da taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, serão observados os princípios da menor onerosidade ao consumidor, da razoabilidade e da proporcionalidade».*

*Sobre o tema, cito precedentes emanados das Câmaras de Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:*

*APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CONTRATO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. [...] JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA CONTRATADA QUE NÃO SUPERA A MÉDIA DE MERCADO EM MAIS DE 50%. ABUSIVIDADE NÃO CARACTERIZADA. «Nos contratos de mútuo em que a disponibilização do capital é imediata, o montante dos juros remuneratórios praticados deve ser consignado no respectivo instrumento. Ausente a fixação da taxa no contrato, o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa*

*para o cliente (STJ, REsp 1112879/PR, Segunda Seção, rela. MIna. Nancy Andrigli, DJe 19-5-2010 [...]) (TJSC, Apelação Cível n. 0313088-16.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli, 1ª Câmara de Direito Comercial, j. 09-02-2017).*

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. [...] JUROS REMUNERATÓRIOS. POSTULADA MANUTENÇÃO DA TAXA PACTUADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO FIRMADA NO RESP N. 1.061.530/RS (RECURSO REPETITIVO), NA SÚMULA 382 DO STJ E NO ENUNCIADO I DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTES TRIBUNAL. PERCENTUAL MUITO SUPERIOR À TAXA MÉDIA DE MERCADO DIVULGADA PELO BACEN. ABUSIVIDADE CONFIGURADA. LIMITAÇÃO AO PATAMAR APRESENTADO PELO BANCO CENTRAL. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0806540-02.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Newton Varela Júnior, 2ª Câmara de Direito Comercial, j. 14-03-2017).*

*Apelação cível. Ação revisional. Contrato de financiamento Alienação fiduciária em garantia. Aquisição de veículo. Sentença de improcedência. Insurgência da demandante. Período de normalidade. Juros remuneratórios. Taxa média de juros praticados no mercado nas operações financeiras, divulgada pelo Banco Central a partir de 01.01.1999, que não possui caráter limitador, servindo, todavia, como parâmetro à verificação de eventual abusividade. Encargo fixado na avença em apreço que não ultrapassa a média de mercado em mais de 10%. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade respeitados. Percentual pactuado preservado. Decisum mantido, nesse aspecto. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Apelação Cível n. 0006344-94.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, 3ª Câmara de Direito Comercial, j. 09-03-2017).*

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. [...] JUROS REMUNERATÓRIOS. ADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL N. 1.061.530/RS, DE QUE TRATA A MULTIPLICIDADE DE RECURSOS COM FUNDAMENTO IDÊNTICO À QUESTÃO DE DIREITO, COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO, SOB A RELATORIA DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI, QUE ESTIPULOU: (1) A AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE NA ESTIPULAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS SUPERIORES A 12% AO ANO; (2) A POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS TAXAS DE JUROS REMUNERATÓRIOS QUANDO CARACTERIZADA A RELAÇÃO DE CONSUMO E A ABUSIVIDADE RESTAR CABALMENTE DEMONSTRADA, ANTE AS PECULIARIDADES DO JULGAMENTO EM CONCRETO. HIPÓTESE VERTENTE EM QUE O PERCENTUAL PREVISTO NA AVENÇA SUPLANTA EM MUITO A TAXA MÉDIA PRATICADA EM MERCADO. ABUSIVIDADE PATENTEADA. LIMITAÇÃO DOS JUROS COMPENSATÓRIOS AO TETO VEICULADO PELO BANCO CENTRAL IMPERATIVA. REFORMA DA SENTENÇA QUANTO AO TEMA. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0500273-45.2012.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, 4ª Câmara de Direito Comercial, j. 14-03-2017).*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. [...] TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS PREVISTA NO CONTRATO EXIBIDO QUE NÃO SE MOSTRA ABUSIVA, EM SE CONSIDERANDO A TAXA MÉDIA DE MERCADO INFORMADA PELO BANCO CENTRAL. DESNECESSIDADE DA INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO. [...] (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4010374-08.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Jânio Machado, j. 02-03-2017).*

*Assim, entendo que, mesmo que superior à média de mercado divulgada pelo BACEN, a taxa exigida na avença em tela não se caracteriza como desproporcional a ponto de caracterizar abusividade e ensejar a interferência do Poder Judiciário na relação contratual.*

*Assim, deixo de acolher o pleito do autor no ponto.*

### **2.3. Capitalização de juros**



*A tese apresentada pela autora compreende a ilegalidade da capitalização de juros, pugnando pela proibição de incidência na avença firmada entre as partes.*

*Com efeito, relativamente à capitalização de juros, tal prática é admitida nos contratos bancários firmados após a edição da MP n. 1.963/2000, conforme entendimento já sedimentado pela jurisprudência pátria.*

*No caso, o ajuste sub judice foi celebrado sob a vigência do aludido diploma normativo, o que torna a pactuação do anatocismo válida.*

*Especificamente no que tange às cédulas de crédito bancário, a prática do anatocismo é legalmente permitida de acordo com o art. 28, § 1º, inc. I, da Lei n. 10.931/2004, verbis:*

*Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2o.*

*§ 1o Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:*

*I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação; [...]*

*Ademais, no que tange à Cédula de Crédito Bancário em tela, vejo que há cláusula idônea prevendo a prática da capitalização de juros (evento 36, contrato 88, fl. 1, item «encargos remuneratórios).*

*Assim, considerando que a avença em tela permite a incidência da capitalização de juros, porquanto devidamente pactuada, nos termos acima delineados, não há falar em abusividade.*

*Sendo assim, rejeito o pedido inicial no que tange à capitalização de juros praticada pela casa bancária.*

#### **2.4. Repetição de Indébito**

*Não há falar em procedência do pedido alusivo à repetição de indébito, pois não aferidas abusividades no que tange às taxas e encargos incidentes no período da adimplência.*

### **3. Busca e apreensão**

*Relativamente ao pleito de busca e apreensão, lastrado em negócio jurídico garantido por alienação fiduciária, sua procedência depende da comprovação do vínculo obrigacional e da mora do devedor, consoante arts. 2º e 3º, do Decreto-lei 911/1969.*

*Especificamente quanto à mora debitoris, deve ser demonstrada por protesto do título ou notificação efetivamente recebida no endereço do devedor ou indicado no contrato, ainda que por mera carta registrada com aviso de recebimento (AR), conforme art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 911/1969. Outrossim, é aceita a notificação recebida por terceiros no endereço, mas não aquelas devolvidas sob os motivos de “mudou-se” ou “ausente”, hipóteses nas quais deve ser procurado o novo endereço do devedor ou apontado o título em cartório. Neste particular, o Superior Tribunal de Justiça orienta que “é firme a jurisprudência no sentido de que, nos contratos de alienação fiduciária, para que ocorra a busca e apreensão do bem, a mora do devedor deve ser comprovada pelo protesto do título ou pela notificação extrajudicial, sendo necessária, nesse último caso, a efetiva entrega da notificação no endereço indicado pelo devedor” (STJ, AgRg no AREsp 520876 / RS, Ricardo Villas Bôas Cueva, 16.12.2014; grifei).*

*Uma vez havendo tal comprovação, a descaracterização da mora depende da convergência de dois requisitos, consistentes, primeiro, na demonstração de que efetivamente ocorreu a exigência de encargos abusivos em patamar elevado ao ponto de inviabilizar o cumprimento da obrigação e, segundo, no pagamento integral do valor incontroverso segundo a jurisprudência predominante, consoante arts. 396 do Código Civil (“Não*



*havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”), 330, § 3º, do CPC (“Na hipótese do § 2º, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados”) e 50, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 10.931/2004.*

*Outrossim, em se tratando de ação de busca apreensão, importa inicialmente verificar se houve o adimplemento ao menos do valor incontroverso, consoante parâmetros que correspondam ao pactuado ou à jurisprudência predominante, sem o qual a pretensão de recuperação do bem mutuado merece ser acolhida.*

*Aplicando tal entendimento ao caso concreto, verifico que o caderno processual se encontra devidamente instruído com o instrumento negocial e com a documentação que comprova a constituição do devedor em mora, de modo a suprir os requisitos normativos antes indicados.*

*De outro lado, a parte mutuária questionou os encargos pactuados, cuja legalidade daqueles alusivos ao período da adimplência já restou reconhecida no tópico 2 da presente decisão, não havendo falar em descaracterização da mora debitoris.*

*4. Do exposto, com base no art. 487, I, do CPC, REJEITO os pedidos formulados na reconvenção e, de outro lado, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na exordial da ação de busca e apreensão, para resolver o ajuste que acompanha a petição inicial, reconhecer o crédito em favor da instituição financeira e, conseqüentemente, consolidar a propriedade do veículo dado em garantia em seu favor e apreendido (eventos 60-62), tornando definitiva a liminar anteriormente deferida (art. 3º, § 1º, do Decreto-lei 911/1969).*

*Eventual saldo devedor em favor de alguma das partes, após a alienação extrajudicial do bem, deverá ser perseguido em via autônoma, acompanhada da devida prestação de contas (cf. STJ, REsp 265256 / SP, Luís Felipe Salomão, 05.02.2009; e, TJSC, AC 2008.003240-3, Jorge Luiz de Borba, 22.11.2010).*

*Remova-se eventual restrição sobre o(s) veículo(s) no sistema Renajud e oficie-se ao órgão de trânsito, informando a transferência da propriedade do veículo para instituição financeira ou quem ela indicar, em atenção ao art. 3º, § 1º, do Decreto-lei 911/1969.*

*Condene a parte passiva/reconvinte ao pagamento das custas e despesas processuais, conforme arts. 86 e 87 do CPC, suspensa a exigibilidade, ante o deferimento, neste momento processual, do benefício da justiça gratuita pleiteado.*

*Fixo os honorários sucumbenciais devidos pela parte antes referida ao(s) advogado(s) do(s) litigante(s) vencedor(es) em 10% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade, ante a justiça gratuita deferida.*

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

*Oportunamente, archive-se.*

Interposta a presente apelação pelo réu, por meio da Defensoria Pública na condição de curadora especial, sustenta o recorrente, em síntese, o direito à prestação de contas, a ser apresentada pela casa bancária contendo o saldo devedor atualizado detalhadamente, o preço de venda do veículo em alienação extrajudicial, a indicação de eventual saldo em favor do demandado após a quitação da dívida, acompanha do respectivo pagamento ao réu.

Em contrarrazões, a parte apelada defendeu a regularidade dos atos processuais praticados, pugnano pelo desprovimento do recurso com a manutenção da decisão objurgada.

Os autos ascenderam a este egrégio Tribunal de Justiça, vindo-me às mãos por prevenção em

razão do agravo de instrumento n. 4014906-88.2017.8.24.0000.

Este é o relatório.

## VOTO

### 1. Juízo de admissibilidade

Inicialmente, registra-se que a demanda foi ajuizada já fundamento no CPC/2015, de sorte que é este o diploma processual que deverá disciplinar o cabimento, o processamento e a análise do presente recurso, tendo vista o princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais).

Dito isto, e uma vez que a ausência de preparo se justifica pelo fato de o recurso estar sendo interposto pela Defensoria Pública na condição de curadora especial nomeada pelo juízo, tem-se que o recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual passa-se à análise das teses recursais.

### 2. Mérito do recurso

Por esta via recursal, o réu pede a reforma da sentença em único ponto, aquele a dispor que “eventual saldo devedor em favor de alguma das partes, após a alienação extrajudicial do bem, deverá ser perseguido em via autônoma, acompanhada da devida prestação de contas.”

Sustenta o recorrente que, diversamente do decidido pela magistrada de primeiro grau, a prestação de contas, - contendo o saldo devedor atualizado detalhadamente, o preço de venda do veículo em alienação extrajudicial, a indicação de eventual saldo em favor do demandado após a quitação da dívida, acompanhada do respectivo pagamento ao réu -, deve se dar nos autos da busca e apreensão ou, subsidiariamente, na fase de liquidação, e não em ação autônoma.

A tese, todavia, não merece acolhimento.

De fato, não pode ser negado o direito à prestação de contas relativa à alienação extrajudicial do veículo, com a respectiva devolução, ao devedor, de eventual saldo remanescente após a quitação da dívida, o que possui expressa previsão legal, sendo mandamento contido no mesmo dispositivo que autoriza o credor a promover por conta própria a venda do veículo apreendido.

É como se contempla do art. 2º, caput, do Decreto-Lei n. 911/69, com redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014:

*Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão,*

*hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, **devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.***

Tal previsão legal, no entanto, se refere à prestação de contas extrajudicial quando da venda do bem apreendido, o que pode ocorrer não apenas durante o curso processual, mas também, inclusive, após o próprio julgamento da ação de busca e apreensão.

Importante observar que o objeto da ação de busca e apreensão restringe-se apenas à execução da garantia contratual relacionada à inadimplência do financiamento, ou seja, limitando-se à retomada do bem financiado de acordo com a existência ou não de mora do devedor. A demanda não comporta a ampliação de seu escopo, assim, para abarcar discussão para além da existência/constituição da mora e da consequente retomada do bem, não havendo espaço ao debate sobre a prestação de contas e o valor de venda do veículo nela apreendido.

De tal sorte, não sendo satisfeita voluntariamente pela instituição financeira credora a obrigação de prestar contas e devolver eventual saldo remanescente em favor do demandado, após o desfecho da ação de busca e apreensão e a venda do veículo, deverá o cumprimento da obrigação ser reclamado por meio do ajuizamento de ação própria de prestação de contas, conforme posição firmada pelo Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. AÇÃO AUTÔNOMA.*

*1. Ação de busca e apreensão de veículo alienado fiduciariamente.*

*2. Ação ajuizada em 25/06/2018. Recurso especial concluso ao gabinete em 04/03/2020. Julgamento: CPC/2015.*

*3. O propósito recursal é definir se o devedor fiduciante pode pleitear a prestação de contas relativa à venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente no bojo da própria ação de busca e apreensão ou se, ao revés, há a necessidade de ajuizamento de ação autônoma para tal desiderato.*

*4. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.*

*5. No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, **devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.***

*6. As questões concernentes à venda extrajudicial do bem, imputação do valor alcançado no pagamento do débito e apuração acerca de eventual saldo remanescente em favor do devedor não podem ser discutidas, incidentalmente, no bojo da ação de busca e apreensão que, como se sabe, visa tão somente à consolidação da propriedade do bem no patrimônio do credor fiduciário.*

*7. Assiste ao devedor fiduciário o direito à prestação de contas, dada a venda extrajudicial do bem, porém tal*

*pretensão deve ser perquirida pela via adequada, qual seja, a ação de exigir/prestar contas.*

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido, com majoração de honorários. (REsp 1866230/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020, grifou-se).

Na mesma linha, extrai-se da Corte Superior os seguintes julgados que, justamente reconhecem ao devedor fiduciante interesse e legitimidade para postular em juízo, por meio de ação própria, a prestação de contas referente à venda extrajudicial do bem objeto de alienação fiduciária, porque tal requerimento não seria mesmo possível em sede da ação de busca e apreensão:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INTERESSE DE AGIR. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL DO BEM APREENDIDO. ADMINISTRAÇÃO DE INTERESSE DE TERCEIRO. CABIMENTO.

**1. Em se tratando de alienação extrajudicial de bem regulada pelo art. 2º do Decreto-Lei 911/1969, tem o devedor interesse de agir na propositura da ação de prestação de contas, no tocante aos valores decorrentes da venda e quanto à correta imputação destes no débito.**

Precedentes 2. Distinção em relação aos recursos especiais representativos de controvérsia 1.293.558/PR e 1.497.831/PR.

2. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (AgInt no REsp 1828249/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 16/11/2020, DJe 19/11/2020, grifou-se)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. INTERESSE PROCESSUAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. VEÍCULO AUTOMOTOR. ADMINISTRAÇÃO DE INTERESSE DE TERCEIRO. CABIMENTO.**

1. A violação do art. 844 do CPC/1973 não foi debatida no Tribunal de origem, o que implica ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula n. 282/STF.

**2. No caso de alienação extrajudicial de veículo automotor regida pelo art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969 - redação anterior à Lei n. 13.043/2014 -, tem o devedor interesse processual na ação de prestação de contas, quanto aos valores decorrentes da venda e à correta imputação no débito (saldo remanescente).**

**3. A administração de interesse de terceiro decorre do comando normativo que exige destinação específica do quantum e a entrega de eventual saldo ao devedor.**

**4. Após a entrada em vigor da Lei n. 13.043/2014, que alterou o art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969, a obrigação de prestar contas ficou expressamente consignada.**

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 1678525/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 05/10/2017, DJe 09/10/2017, grifou-se)

Aliás, porque pertinente ao caso, destaca-se, do supracitado REsp. 1.678.525/SP, excerto do

corpo do voto do Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira:

[...]

Possibilidade da prestação de contas

*A ação de prestação de contas constitui instrumento para conferir a correta administração de bens, valores ou interesses de terceiros. Possui procedimento singular, dividido em duas fases distintas, primeiramente averiguando-se o dever de prestar as contas, para depois se realizar o acerto dos valores.*

*Em relação à venda extrajudicial do bem, nos contratos de alienação fiduciária, existe precedente específico desta Corte, que concluiu pelo seu cabimento, conforme se observa na seguinte ementa:*

*ALIENAÇÃO FIDUCIARIA. Efetuada a venda do bem pelo credor, tem o devedor o direito a prestação de contas. (REsp 67.295/RO, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/8/1996, DJ 7/10/1996.)*

*Extrai-se do voto correspondente o seguinte: “O produto da venda, descontadas despesas, haverá de ser aplicado no pagamento do crédito, cabendo ao devedor o que eventualmente sobejar. Patente o seu direito de conhecer o valor das respectivas parcelas e, para isso, o caminho adequado é a prestação de contas.”*

*O interesse do devedor fiduciário é evidente nos casos de alienação extrajudicial. Se, por um lado, garante-se ao credor uma forma executiva extremamente célere e sem interferência direta do Estado, por outro, tem o devedor, no mínimo, o direito de saber da solução realizada pelo credor, a qual necessariamente afeta seu patrimônio.*

*O caso em exame exemplifica muito bem esse interesse. A autora menciona que adquiriu, em 2007, um veículo Fiat Uno Mille usado, ano 1994. Pagou 18 (dezoito) prestações das 36 (trinta e seis) pactuadas, quando o automóvel foi objeto de busca e apreensão e, passado mais de 1 (um) ano, não obteve informação nenhuma sobre o destino dos valores arrecadados com sua alienação.*

*Postulou o conhecimento do valor da alienação e a forma como se realizou a imputação do crédito.*

*Em outras palavras, busca saber o quantum da arrecadação e a forma de aplicação dos valores, sabendo-se que a lei impõe ao credor “aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver” (art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969).*

*No momento da alienação extrajudicial, precisamente com o produto da venda, surge a administração de interesse do devedor. Ao credor cumpre zelar pela correta destinação da quantia, nos moldes estabelecidos pela norma. Essa incumbência também está ligada ao patrimônio do devedor, o qual ficará vinculado pela dívida remanescente ou terá saldo a receber.*

*Portanto, a administração de interesse de terceiro decorre do comando normativo que exige destinação específica do quantum e a entrega de eventual saldo ao devedor fiduciário.*

*Caracterizada a administração de interesse de terceiro, é viável o ajuizamento da ação de prestação de contas, especificamente quanto à alienação extrajudicial do bem apreendido.*

*A interpretação da Súmula n. 384/STJ reforça esse entendimento. Sua redação é a seguinte:*

*Cabe ação monitoria para haver saldo remanescente oriundo de venda extrajudicial de bem alienado fiduciariamente em garantia.*

*O verbete trata da impossibilidade, também em alienação fiduciária, de a instituição financeira executar de*

pronto o eventual saldo remanescente da venda extrajudicial, pois não há título executivo hábil. Terá então que demonstrar, ainda que por **ação monitória**, eventual saldo devedor. Portanto, a cobrança do remanescente dependerá da demonstração efetiva dos créditos e débitos relativos à venda do bem, **concluindo-se surgir daí a obrigação de o credor apresentar contas.**

A respeito da súmula referida, oportuno citar o seguinte trecho do acórdão proferido no REsp n. 2.432, Relator Min. ATHOS CARNEIRO (QUARTA TURMA, julgado em 13/11/1990, DJ 17/12/1990):

Ora, admitida tal possibilidade legal, de o credor vender o bem pelo preço que melhor lhe aprouver, sem que o devedor possa pretender sequer uma prévia avaliação judicial ou extrajudicial, parece-nos necessário, embora tão respeitáveis opiniões em contrário, igualmente admitir a contrapartida: o saldo remanescente em favor do credor perde sua liquidez, restando o contrato, ou o título cambiário a ele vinculado, descaracterizado como título executivo. Necessário é ponderar que, salvantes exceções expressamente previstas em lei (como os créditos fiscais), o título executivo provém da prévia e expressa anuência do devedor quanto ao “an” e ao “quantum debeatur”. Vale ressaltar que o próprio Decreto-Lei n. 911 dispõe que se o preço da venda não for suficiente ao pagamento do crédito e despesas, “O devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado”, mas não refere que tal saldo possa ser cobrado pela via executiva.

Inegável, portanto, a existência de um vínculo entre o credor e o devedor, decorrente da correta imputação do saldo da venda extrajudicial do bem, o que autoriza a propositura da ação de prestação de contas.

A doutrina também entende nesse sentido, sendo oportuno citar, de início, Orlando Gomes, no ponto em que se refere à possibilidade de fiscalização dos atos de alienação extrajudicial pelo devedor:

É irrecusável ao devedor esse direito de fiscalização, pois, do contrário poderia o credor de má-se ou por desinteresse, vender a coisa por preço vil, seja para ficar, na realidade com a sua propriedade plena e definitiva, violando, no fundo, a proibição do pacto comissório, seja para continuar credor e receber mais do que lhe era efetivamente devido. Além disso, ao aplicar o produto da venda na satisfação do crédito, inclui o credor as despesas a que deu lugar, nada mais justo sendo que o devedor possa verificar sua exatidão. (Alienação Fiduciária em Garantia. São Paulo: Editora RT, 1970, pg. 110.)

A lição de Hélio do Valle Pereira retrata a possível efetividade da ação para o próprio credor fiduciário. Aponta que seria vantajoso ajuizar ação de prestação de contas (na modalidade de dar contas) para constituir o título executivo em relação ao saldo remanescente, o que, em sentido contrário, confirma a possibilidade dessa ação por parte do devedor:

A prestação de contas será particularmente importante nas relações entre fiduciante e fiduciário, tanto mais em respeito à apuração de saldo devedor subsequente à venda do bem objeto da garantia fiduciária.

O pedido pode ser formulado indistintamente por fiduciante ou fiduciário, pois assiste legitimidade ativa àquele que tem o dever de prestar contas (credor), assim como àquele que tem o direito de exigi-las (devedor) (art. 914 do CPC).

[...] Essa demanda terá uma vantagem adicional para o credor. É que vendido extrajudicialmente o bem, não se tem reconhecido liquidez suficiente para autorizar a imediata execução de saldo devedor. Seria necessário, pelo caminho cognitivo, obter sentença condenatória e, só então, migrar para a executiva. No entanto, pode o fiduciário adiantar-se, prestando contas e, reconhecido saldo em seu favor, prosseguir por meio de execução portítulo judicial (quanto à decisão que reconhecer o quantum em seu favor constituído). (A nova Alienação Fiduciária em garantia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008 pgs. 181/182).[destacou-se]

Portanto, há interesse de agir (utilidade e adequação) para o devedor fiduciário ajuizar ação de prestação de contas, especificamente quanto aos valores decorrentes do leilão extrajudicial do bem e a sua imputação no



*débito, ocorrida no curso da ação de busca e apreensão.*

**A título de esclarecimento, importa mencionar, que não há possibilidade de alcançar essa prestação de contas no próprio âmbito da ação de busca e apreensão.**

**Com efeito, além do objeto da ação ser restrito ao aspecto possessório, visando à consolidação da posse plena, porque não há título executivo a amparar eventual cumprimento de sentença a respeito do saldo remanescente.**

**Aliás, esse aspecto foi bastante discutido nesta Corte Superior, culminando com a edição da Súmula 384/STJ, acima transcrita, que esclareceu inexistir liquidez e certeza quanto ao saldo remanescente da alienação fiduciária.**

Sobre esse assunto, foram precisas as considerações do eminente Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, no REsp 265.256/SP, julgado em 05/02/2009, DJe 26/02/2009, conforme se verifica abaixo:

**A aplicação do art. 5º do DL 911/69, por outro lado, não tem o alcance pretendido pelo recorrente. Isso porque não se está a dizer que após a venda extrajudicial poderá preferir o credor a via executiva para o recebimento do saldo devedor remanescente.**

**Ao reverso, e por óbvio, tal dispositivo apenas concede ao credor a faculdade de optar pela via executiva ou pela busca e apreensão. Porém, optando o credor por essa última diretriz - busca e apreensão e posterior venda extrajudicial -, ser-lhe-á vedada a via executiva, por inexistência de título que a aparelhe.**

**Por tais fundamentos, não se há reconhecer certeza e liquidez ao saldo remanescente apurado com a venda extrajudicial do bem, porquanto feita ao largo do crivo do Poder Judiciário e sem o consentimento do consumidor, que é, sem dúvida, a parte mais frágil da relação jurídica em exame.**

**Portanto inexistente certeza e liquidez quanto ao saldo remanescente apurado em sede de leilão extrajudicial, o que por óbvio remete as partes às vias ordinárias, ou à monitória.**

**Isso porque o art. 2º do Decreto Lei n. 911/69 estabelece o dever, posteriormente à venda, do credor aplicar o preço no pagamento dos seus créditos e das despesas decorrente dessa modalidade de alienação. Tais valores deverão ser comprovados e poderão ser objeto de impugnação pelo devedor, ampliando-se a cognição sobre o assunto. Ressalte-se que o parágrafo primeiro do mencionado dispositivo estabelece vários encargos que poderão fazer parte do crédito e influenciar no saldo:**

§ 1º O crédito a que se refere o presente artigo abrange o principal, juros e comissões, além das taxas, cláusula penal e correção monetária, quando expressamente convencionados pelas partes.

**A comprovação de todos os elementos que compõe o saldo devedor remanescente deverá ser realizada pelo credor, inviabilizando essa apuração no mesmo procedimento da busca e apreensão. Sobre a inexistência de certeza e liquidez quanto à obrigação remanescente, além do anterior, o seguinte julgado:**

CIVIL E PROCESSUAL. EXECUÇÃO SEM LIQUIDEZ. REGISTRO EM BANCO DE DADOS POR ÓRGÃO MANTENEDOR. PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL CONTRA A PRETENZA EXEQUENTE. IMPROCEDÊNCIA. DISCUSSÃO À ÉPOCA NO JUDICIÁRIO QUANTO À POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO AUTOMÁTICA DO SALDO REMANESCENTE DA VENDA EXTRAJUDICIAL EM CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.

1. “A execução tramita por conta e risco do exequente, prevendo os artigos 475-O, I, e 574 do Código de Processo Civil sua responsabilidade objetiva por eventuais danos indevidos ocasionados ao executado” (REsp 1313053/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 15/03/2013).

2. Nos termos do art. 574 do CPC, “o credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”.
3. Cotejando os precedentes do STJ, verifica-se que não é a mera extinção do processo de execução que rende ensejo, por si só, a eventual responsabilização do exequente; ao revés, só haverá falar em responsabilidade do credor quando a execução for tida por ilegal, temerária, tendo o executado sido vítima de perseguição sem fundamento. Se não fosse assim, toda execução não acolhida - qualquer que fosse o motivo - permitiria uma ação indenizatória em reverso.
4. Na hipótese, a recorrente ajuizou ação de indenização buscando responsabilização por danos morais, haja vista que anterior execução ajuizada pela recorrida - no valor de R\$ 3.749,24 (três mil, setecentos e quarenta e nove reais e vinte e quatro centavos) - veio a ser extinta em razão da falta de liquidez do título executivo e, segundo alega, teria acarretado a sua negatização nos órgãos de proteção ao crédito.
5. Ocorre que, apesar do reconhecimento da iliquidez do título, a verdade é que à época havia possibilidade de execução automática do saldo remanescente neste tipo de contenda - a questão era conflituosa no Judiciário quando da propositura da ação, em 2002 -, inclusive sendo objeto de embate no STJ.
6. De fato, o contrato de alienação fiduciária em garantia ostenta eficácia executiva. Porém, com a venda extrajudicial do bem, é-lhe retirada a liquidez e certeza indispensáveis a todo e qualquer título executivo. 7. Portanto, o cabimento da execução era um tanto duvidoso, mas não há sinais de má-fé, nem sequer tal ponto foi aventado pelas instâncias ordinárias. Por outro lado, também não se pode concluir que a execução em comento é ilegal ou temerária e, por conseguinte, não há falar em responsabilidade da exequente.
8. Outrossim, o acórdão recorrido asseverou que, no caso vertente, a recorrente não se desincumbiu de demonstrar “que a inclusão de seu nome foi determinada pela Norvape e não pelo próprio Serasa, que da publicidade às execuções existentes”. Entender de forma diversa demandaria o reexame fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.
9. Recurso especial não provido. (REsp 1229528/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 08/03/2016)

#### **Alteração no art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969**

Destaco que a Lei n. 13.043/2014 alterou a parte final do artigo 2º do Decreto-Lei n. 911/1969, determinando que o resultado da alienação extrajudicial fosse demonstrado ao devedor, com a respectiva prestação de contas:

Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014 - grifei.)

**Portanto, a partir da nova redação do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969, não há mais dúvida quanto ao cabimento da ação de prestação de contas em hipóteses como a destes autos. (grifou-se)**

À luz de tais ponderações emerge a conclusão de que a sentença, por encontrar-se em sintonia com o entendimento jurisprudencial da Corte Superior de Justiça, apresenta-se escoreta, a não merecer reparo.

### Ônus sucumbenciais

Assim, rechaçadas as teses recursais do apelante, diante do desprovimento do recurso, impõe-se, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, a elevação dos honorários advocatícios a que condenada na origem a parte ré, ora recorrente.

Com efeito, é de se majorar a condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios à parte autora, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado do débito pela sentença, para o patamar de 12% (doze por cento) sobre o referido valor, quantia que observa o trabalho adicional desempenhado pelo patrono da parte adversa.

A exigibilidade da verba, todavia, se mantém suspensa, por ser o demandado beneficiário da gratuidade da justiça.

### Dispositivo

Ante o exposto, voto por conhecer e negar provimento ao recurso interposto pela parte ré (devedor fiduciário), e, ainda, elevar em 2% (dois por cento) do valor atualizado do débito os honorários advocatícios a que condenada na origem a ora apelante, com fundamento no art. 85, § 11, do CPC/2015, porém, mantida suspensa a respectiva exigibilidade, por ser o recorrente beneficiário da gratuidade da justiça (art. 98, § 3º, do CPC/2015).

**Desembargador LUIZ ZANELATO**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0305225-85.2019.8.24.0011/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ MAURÍCIO LISBOA

APELANTE: C & S PRESTADORA DE SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA (EMBARGANTE)

APELANTE: SIMONE ANGELA SCHURT (EMBARGANTE)

APELANTE: CLEONES SEBASTIAO ALVES (EMBARGANTE)

APELADO: COOPERATIVA DE CREDITO MAXI ALFA DE LIVRE ADMISSAO DE ASSOCIADOS - SICOOB MAXICREDITO (EMBARGADO)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS A EXECUÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DOS EMBARGANTES/EXECUTADOS.

PRETENSA DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. ACOLHIMENTO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NO ÂMBITO DO SISTEMA DOS RECURSOS REPETITIVOS ELABORA ORIENTAÇÃO ACERCA DO TEMA NO RECURSO ESPECIAL N. 1.061.530/RS REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA, SEDIMENTANDO O ENTENDIMENTO DE QUE A MORA SE DESCARACTERIZA QUANDO PRESENTE ABUSIVIDADE NO PERÍODO DA NORMALIDADE CONTRATUAL (JUROS REMUNERATÓRIOS E/OU CAPITALIZAÇÃO). PRECEDENTE DESTA CORTE. HIPÓTESE DOS AUTOS.

ALMEJADA MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. EXASPERAÇÃO QUE SE IMPÕE, EM OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 85, § 8º, DO CPC, E EM IMPORTE ADEQUADO À SITUAÇÃO FÁTICA EM COMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 06 de maio de 2021.

**Desembargador 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*:

*Trata-se de embargos opostos por C&S Prestadora de Serviços Administrativos Ltda.–Me, Cleones Sebastião Alves e Simone Angela Schurt, à execução movida por Cooperativa de Crédito Maxi Alfa de Livre Admissão de Associados- SICOOB Maxi Crédito, fundada em contrato bancário, objetivando a anulação/revisão de cláusulas contratuais que considera abusivas, excluindo os valores exigidos indevidamente.*

*Na inicial sustenta(m), preliminarmente a nulidade da execução ante a insuficiência do demonstrativo do débito.*

*Quanto ao mérito, alega(m): a abusividade da taxa de juros remuneratórios; ilegalidade da capitalização de juros; pactuação de juros moratórios em percentual abusivo. Em razão das abusividades pretende(m) a descaracterização da mora e o afastamento dos encargos correspondentes, condenando-se o embargado a restituir-lhe(s) os valores pagos a maior.*

*Os embargos foram recebidos sem efeito suspensivo, deferiu-se o benefício da Justiça Gratuita e determinando a intimação da parte adversa para ofertar impugnação.*

*Impugnando os embargos, a exequente defendeu a validade e a legalidade dos encargos cobrados, bem como do título que aparelha a execução.*

*Houve réplica*

*Após, sobreveio a parte dispositiva da sentença (Evento 24 dos embargos), nos seguintes termos:*

*Ante o exposto, afasto as preliminares e JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido revisional da Cédula de Crédito Bancário n.101495-8, para: Aplicar o Código de Defesa do Consumidor à espécie, mas declarar a impossibilidade de revisão de ofício das cláusulas contratuais; Limitar a taxa de juros pactuada, conforme fundamentação; Manter a capitalização dos juros remuneratórios; Limitar os juros moratórios ao importe de 1% ao mês, vedada a capitalização; Manter a caracterização da mora da parte embargante, nos termos da fundamentação supra; Determinar a restituição/compensação de valores eventualmente pagos a maior, em favor da parte autora, de forma simples, mediante apuração através de liquidação de sentença; Considerando a sucumbência recíproca, devem as custas serem rateadas entre os litigantes, na proporção de 50%.*

*Condeno ambas as partes ao pagamento dos honorários advocatícios ao patrono do litigante adverso, assim fixados: 10% do proveito econômico obtido (valor afastado do contrato) para o procurador da parte embargante; e 10% do proveito econômico obtido (valor mantido no contrato) para o procurador da parte embargada, conforme dispõe o artigo 85, §2º, I a IV do CPC. Justifica-se a fixação dos honorários com base em seu patamar mínimo, porquanto– ainda que tenha(m) o(s) advogado(s) atuado com zelo– o trabalho realizado pelo(s) mesmo(s), assim como o tempo despendido para o seu serviço, não autorizam a elevação deste parâmetro, considerando a singeleza da matéria invocada, as intervenções realizadas no processo e o julgamento antecipado do feito. Caso a parte responsável pelo pagamento dos ônus da sucumbência seja beneficiária da Justiça Gratuita, a exigibilidade fica suspensa, em razão do disposto no §3º do artigo 98 do CPC.*

*Irresignados, os embargantes opuseram aclaratórios(Evento 31 dos embargos), os quais foram acolhidos (Evento 38 dos embargos) para acrescentar no tópico “Encargos Moratórios” o seguinte: “Sobre os juros remuneratórios na inadimplência, dispõe a Súmula 296 do STJ: “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período da inadimplência, à taxa de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”.*

*Em seguida, interpuseram recurso de apelação (Evento 49 dos embargos), alegando, em síntese, que reconhecida a abusividade da taxa de juros exigida, era de ser afastada a mora na espécie.*

Pugnaram, assim pela reforma da sentença, com a consequente alteração da verba honorária sucumbencial, a qual deveria ser fixada em valor equitativo.

Com as contrarrazões (Evento 54 dos embargos), vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

## VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de apelação cível interposta por C&S Prestadora de Serviços Administrativos Ltda.– Me, Cleones Sebastião Alves e Simone Angela Schurt contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os embargos à execução por eles opostos, mantendo, dentre outros apontamentos, a mora.

Para tanto, defendem os apelantes/embargantes que reconhecida a abusividade da taxa de juros exigida, era de ser afastada a mora na espécie.

E, de fato, razão lhes assiste.

Isso porque, inobstante os fundamentos assentados na origem quanto a tal temática é cediço que reconhecida a existência de abusividade nos encargos exigidos na normalidade contratual -que na espécie correspondeu à taxa de juros remuneratórios contratada -, o afastamento da mora se faz devido.

A propósito, colhe-se da jurisprudência:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS, REGIDA PELO CPC/15. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ. [...] DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. PRETENDIDO AFASTAMENTO ANTE A INADIMPLÊNCIA DOS DEVEDORES. RECONHECIDA ABUSIVIDADE EM ENCARGOS INCIDENTES NO PERÍODO DE NORMALIDADE CONTRATUAL (JUROS REMUNERATÓRIOS E CAPITALIZAÇÃO DE JUROS) QUE IMPEDE A CONSTITUIÇÃO DA MORA. PRETENSÃO RECURSAL DESACOLHIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA IMPOSTA AO RÉU NA SENTENÇA DECORRENTE DO NOVO REVÉS DO APELANTE NESTA ETAPA PROCESSUAL. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0302652-93.2017.8.24.0092, da Capital, rel. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 08-10-2020).*

*APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE CONTRATOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. CONTRATOS NÃO APRESENTADOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA NOS AUTOS. AJUSTE EXPRESSO NÃO DEMONSTRADO. ANATOCISMO VEDADO EM TAIS CONDIÇÕES. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. CONSEQUÊNCIA DO ABUSO RECONHECIDO QUANTO A ENCARGOS RELATIVOS AO PERÍODO DE NORMALIDADE CONTRATUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS*



*DA SUCUMBÊNCIA. DECAIMENTO mínimo DA PARTE AUTORA. ÔNUS A SEREM SUPOSTADOS INTEIRAMENTE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (CPC, ART. 86, PARÁGRAFO ÚNICO). (TJSC, Apelação n. 5000036-65.2019.8.24.0092, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 27-08-2020).*

É também o que se extrai da Orientação n. 02 da Corte Superior:

*ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora; b) Não descarateriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.*

Nessa toada, por evidente que o acolhimento do pleito para o fim de afastar a mora na espécie é medida que se impõe.

Doutro norte, no que concerne à pretensão relativa à readequação da verba honorária sucumbencial, a fim de que tal seja arbitrada entre os valores de R\$ 3.000,00 e R\$ 5.000,00, tem-se que o recurso merece parcial provimento.

Sobre o assunto dispõe o CPC/2015 em seu art. 85, §§ 2º e 8º:

*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.*

Em decorrência, «o Superior Tribunal de Justiça, intérprete da legislação infraconstitucional, ao enfrentar o assunto, manifestou este entendimento sobre a ordem de preferência a ser observada quando da 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)” (REsp 1746072/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Ministro Raul Araújo, julgado em 13/02/2019, dje 29/03/2019).” (TJSC, Apelação Cível n. 0315635-55.2017.8.24.0018, de Chapecó, rel. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 03-10-2019).*

Ao que se nota, *a priori*, o arbitramento da verba sucumbencial deve observar o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Todavia, é de se registrar que tal regramento/ ordem de preferência tem sido mitigado, admitindo-se a flexibilização da incidência do princípio da equidade nas ações em que o valor da causa, ou da condenação, ou do proveito econômico mostrar-se exorbitante ou desproporcional ao trabalho realizado.

A propósito:

*“Destaco, de partida, que não olvido que a interpretação restritiva e literal do art. 85, § 8.º, do CPC pode, em princípio, conduzir à conclusão de que somente nas causas de valor inestimável ou irrisório o juiz esteja autorizado a arbitrar os honorários sucumbenciais de forma equitativa, como argumentou a executada em seu arrazoado. A exegese mais conforme aos ditames de razoabilidade e proporcionalidade, porém, está a conferir ao dispositivo legal aplicação decerto mais alargada, incluindo-se, nesse tanto, as hipóteses em que, pelo exorbitante valor da causa ou do proveito econômico envolvido na demanda, a importância dos honorários de sucumbência acabe também por revelar-se desmedida, imoderada ou exorbitante, merecendo redução” (Apelação Cível n. 0306569-72.2014.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 20-3-2018). “Nada obstante, na linha do que já fazia referido art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, manteve o art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil de 2015 a ressalva da apreciação equitativa, prevendo que, “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa”, à luz dos critérios qualitativos. Apesar da clareza da expressão “irrisório”, que representa, à evidência, os valores diminutos, o verbete “inestimável” comporta dupla leitura, compreendendo não apenas os casos em que não for possível quantificar, mas, também, as hipóteses em que a quantificação ensejar montantes exorbitantes” (Apelação Cível n. 0007186-06.2007.8.24.0125, de Itapema, Primeira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 18-5-2017). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4028428-17.2019.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 21-01-2020).*

A partir disso, observa-se na espécie referida verba restou arbitrada em 10% sobre o proveito econômico obtido para os procuradores de ambas as partes, ante a sucumbência recíproca, que redundará na importância aproximada de R\$ 358,80, a qual, muito embora não se desconsidere as razões assentadas na origem para tanto, revelado-se desproporcional (aquém) ao trabalho desempenhado pelo causídico da parte recorrente; porém, com esteio nos entendimentos sufragados e na norma incidente - art. 85, §8º, do CPC, entendo que sua majoração se faz devida, mediante o princípio da equidade.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

*AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). AÇÃO DE COBRANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO DEMANDADO. INCONFORMISMO DO DEVEDOR. IRRESIGNAÇÃO QUANTO À FORMA DE FIXAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. POSSIBILIDADE DE ESTIPULAÇÃO COM BASE EM JUÍZO DE EQUIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 8º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FIXAÇÃO COM O FIM DE EVITAR A CONDENAÇÃO DAS PARTES AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM PATAMAR EXORBITANTE. PRECEDENTES DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DO DECISUM QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo Interno n. 0301679-41.2017.8.24.0092, da Capital, rel. Des. Rogério Mariano do Nascimento, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 09-05-2019).*

Nesse pensar, a despeito da norma incidente (art. 85, § 8º, do CPC/15), fixa-se os honorários de sucumbência em favor do causídico da parte apelante em R\$ 1.000,00 (mil reais), o qual se mostra razoável e proporcional à situação fática em comento.

Frente ao exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento.

**Desembargador JOSÉ MAURÍCIO LISBOA**

**Relator**

## SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

### **APELAÇÃO Nº 5000764-70.2019.8.24.0007/SC**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 5000764-70.2019.8.24.0007/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA REJANE ANDERSEN

APELANTE: EURICO RAFAEL MUNIZ (AUTOR)

ADVOGADO: RENATA VIRTUOSO HUTNER (OAB SC046781)

ADVOGADO: MARCIANO AGENOR MARCELINO (OAB SC050612)

APELADO: BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS S.A. (RÉU)

ADVOGADO: JULIANO RICARDO SCHMITT (OAB SC020875)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCONFORMISMO DO BANCO REQUERIDO. ALEGADA OMISSÃO NO TOCANTE À ANÁLISE DA TESE DE RESPONSABILIDADE DO EMBARGADO EM BUSCAR A REGULARIZAÇÃO DO REPASSE DOS VALORES PARA O PAGAMENTO DA DÍVIDA. INSURGÊNCIA NÃO ACOLHIDA. EXPRESSA DELIBERAÇÃO COLEGIADA NO SENTIDO DE QUE A RESPONSABILIDADE CIVIL DA CASA BANCÁRIA ADVÉM DA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NÍTIDA PRETENSÃO DE REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS QUE FAZEM EMERGIR OS ACLARATÓRIOS. HIPÓTESES ELENCADAS NO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 INEXISTENTES. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

*“Os embargos de declaração devem ser rejeitados quando os vícios do art. 1.022 do CPC/2015 (erro material, omissão, obscuridade ou contradição) estão ausentes. Em tal hipótese é inadmissível o pleito de concessão de efeitos infringentes” (Embargos de Declaração n. 0001678-48.2001.8.24.0074, de Trombudo Central, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 23-8-2016).*

*“De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, ‘o erro material é aquele perceptível à primeira vista, dentro do próprio contexto em que inserido, não sendo necessária a comparação ou interpretação de fatos e documentos para constatá-lo’ (EDcl no REsp 1326597/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 10/4/2018). Na espécie, longe de se cuidar de erro material, a parte embargante visa rever conclusão adotada pelo órgão fracionário após análise do acervo probatório havido no caderno processual, providência inviável nesta ocasião, já que os aclaratórios não se prestam à rediscussão do julgado.*

*Ademais, a mera indicação de dispositivos legais ou temas a serem prequestionados não é circunstância apta a caracterizar a ocorrência de omissão no julgado, quando inócua qualquer das hipóteses do art. 1.022, parágrafo único, da Lei Adjetiva Civil. (Embargos de Declaração n. 4018916-10.2019.8.24.0000, de Blumenau, rel. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 15-12-2020).*

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de

Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 30 de março de 2021.

**Desembargadora REJANE ANDERSEN**  
**Relatora**

## **RELATÓRIO**

Banco Bradesco Financiamentos S/A opôs embargos de declaração contra acórdão (evento 6) que deu provimento parcial ao recurso de apelação interposto pela parte requerida, e, por consequência, condenou a casa bancária ao pagamento de danos morais.

Sustenta o embargante a ocorrência de omissão na decisão guerreada, sob o fundamento de que não foi analisado o conjunto probatório e as declarações autorais. Alega que o embargado não diligenciou junto à casa bancária para regularizar a situação, sendo sua culpa exclusiva os transtornos alegados.

Por fim, requereu o reconhecimento da ausência de responsabilidade do banco com relação aos danos e, conseqüentemente, o afastamento das condenações impostas.

Contrarrazões no evento 16. É o necessário relato.

## **VOTO**

Cuida-se de embargos de declaração opostos contra acórdão que, nos autos da ação de indenização por danos morais, deu provimento ao apelo interposto pelo embargado.

Aduz o embargante que existe omissão no acórdão guerreado no tocante à responsabilidade do embargado em diligenciar junto ao banco para regularizar o repasse dos valores.

Sabe-se que, em regra, os embargos de declaração não podem ter como consequência a modificação *lato sensu* da decisão. Seus objetivos estão elencados no artigo 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, quais sejam: 1) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; 2) suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; ou, 3) corrigir erro material.

*In casu*, não se vislumbra a alegada omissão no aresto recorrido, eis que, após análise detida das razões expostas no apelo, decidiu a Câmara, de forma expressa e bem fundamentada, condenar a parte embargante ao pagamento de indenização por danos morais. Vejamos:

*Do contrário, a casa bancária não informa ou comprova que houve qualquer tentativa de notificar a parte consumidora acerca do problema no desconto ou da inclusão do seu nome nos órgãos de proteção, fato que poderia ser facilmente realizado por carta, boleto, ligação etc, com o fim de possibilitar o pagamento do débito de modo diverso. Ademais, sequer comprovou que houve tentativa de averiguar suposto erro envolvendo o repasse dos valores junto ao INSS.*

*Assim, conclui-se que comprovada a existência de ato ilícito por parte da casa bancária ante a falha na prestação de seu serviço, fato que acarretou a restrição do nome da parte requerente nos órgãos de restrição ao crédito de forma indevida. Até porque não pode a casa bancária transferir o seu dever de informar ao consumidor, parte hipossuficiente na relação de consumo firmada.*

Assim, é nítida a intenção do embargante em tentar rediscutir a matéria já rebatida no acórdão atacado, o qual amparou-se na legislação e nos entendimentos adotados por este Órgão Fracionário acerca do tema, o que lhe é vedado na estreita via dos aclaratórios.

Desta forma, incabível, por meio de embargos, rediscutir matéria já decidida no decisum recorrido. Para a manifestação de seu inconformismo com o direito material aplicado ao caso, tem-se via processual adequada, qual seja, a interposição de recurso especial e/ou extraordinário.

A esse respeito, tem-se o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni:

*Realmente, se a função dos embargos de declaração é subsidiária, visando somente aperfeiçoar a decisão, não se pode autorizar que, por meio desde caminho, obtenha a parte a modificação substancial da decisão impugnada. Esse efeito somente pode ser alcançado por via própria (apelação, agravo ou outro recurso adequado), mas não por meio de embargos de declaração (Manual do processo de conhecimento. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 577).*

Nesse sentido, colaciona-se precedente desta Câmara:

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - HIPÓTESES DE CABIMENTO TAXATIVAMENTE PREVISTAS NO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - INSURGÊNCIA DAS RECUPERANDAS - ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL PELA ADOÇÃO DE PREMISA EQUIVOCADA PARA DESPROVER O RECLAMO - VÍCIO INEXISTENTE - VIA RECURSAL QUE INADMITE A REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DEBATIDAS E ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADAS - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO ÓRGÃO JULGADOR ACERCA DA TOTALIDADE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS INDICADOS PELA PARTE EMBARGANTE - ACLARATÓRIOS REJEITADOS.**

*De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, “o erro material é aquele perceptível à primeira vista, dentro do próprio contexto em que inserido, não sendo necessária a comparação ou interpretação de fatos e documentos para constatá-lo” (EDcl no REsp 1326597/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 10/4/2018). Na espécie, longe de se cuidar de erro material, a parte embargante visa rever conclusão adotada pelo órgão fracionário após análise do acervo probatório havido no caderno processual, providência inviável nesta ocasião, já que os aclaratórios não se prestam à rediscussão do julgado.*



*Ademais, a mera indicação de dispositivos legais ou temas a serem prequestionados não é circunstância apta a caracterizar a ocorrência de omissão no julgado, quando incorrente qualquer das hipóteses do art. 1.022, parágrafo único, da Lei Adjetiva Civil. (Embargos de Declaração n. 4018916-10.2019.8.24.0000, de Blumenau, rel. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 15-12-2020)*

Destarte, ante a inexistência dos vícios que fazem emergir os embargos de declaração, devem ser conhecidos e rejeitados, segundo o disposto no art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

Voto no sentido de conhecer e rejeitar os embargos de declaração.

**Desembargadora REJANE ANDERSEN**  
**Relatora**

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5015831-62.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR NEWTON VARELLA JUNIOR

AGRAVANTE: BOCA DA SERRA ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES LTDA

AGRAVADO: SITESE-SISTEMAS TECNICOS DE SEGURANCA S/C LTDA

AGRAVADO: SITESE SERVICOS DE LIMPEZA E CONSERVACAO S/C LTDA

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARTA PRECATÓRIA. LEILÃO DE IMÓVEL. DECISÃO QUE REJEITOU IMPUGNAÇÃO À HASTA. IRRESIGNAÇÃO DA EXECUTADA.

PRELIMINAR. ARGUMENTADA INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. INTERLOCUTÓRIA QUE NÃO TRATA DO ASSUNTO. PREFACIAL RECHAÇADA.

ALEGADA OMISSÃO. TESE DE VÍCIO NA PUBLICIDADE DO LEILÃO. ACOLHIMENTO. ALEGAÇÃO QUE DEVE SER ANALISADA NA ORIGEM. VEDAÇÃO À SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

SUSTENTADA NULIDADE DA EXPROPRIAÇÃO POR VÍCIOS NO PROCEDIMENTO. NÃO ACOLHIMENTO. NÃO INDICADO PREJUÍZO CONCRETO. NECESSÁRIA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE.

ARGUIDA INVALIDADE DO LANCE. PROPOSTA QUE, OFERTADA NA DATA DA PRIMEIRA PRAÇA, DEVERIA SER PELO VALOR DA AVALIAÇÃO. EXEGESE DO ART. 895 DO CPC. INSUBSISTÊNCIA. APRESENTAÇÃO DO REQUERIMENTO OCORRIDO APÓS O PRIMEIRO ATO. DATA DA ASSINATURA IRRELEVANTE.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso em parte e dar-lhe parcial provimento para determinar que o Juízo de origem analise a parcela da impugnação ao leilão que trata da publicidade do procedimento, mantida a decisão quanto aos demais pontos, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 09 de fevereiro de 2021.

**Desembargador NEWTON VARELLA JUNIOR**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por BOCA DA SERRA ADMINISTRACAO

E PARTICIPACOES LTDA em face de decisão proferida pelo MM. Juízo de Direito integrante do Poder Judiciário deste Estado que, em Carta Precatória Cível, julgou improcedentes os pedidos de anulação de leilão formulados contra SITESE-SISTEMAS TECNICOS DE SEGURANCA S/C LTDA e SITESE SERVICOS DE LIMPEZA E CONSERVACAO S/C LTDA.

Extrai-se da decisão:

*Veja-se, em que pese, de fato, razão assistir ao executado no sentido do ato não ter se revestido de todas as formalidades previstas pela Resolução, verifico que: a) o valor da proposta não é inferior a 50% da avaliação; b) o limite de parcelas encontra-se dentro do limite máximo; c) o arrematante está disposto a fazer o pagamento mensal, deixando o bem em garantia até o último pagamento; tendo a proposta, nesse sentido, cumprido todos os requisitos legais.*

*O fato do Sr. Leiloeiro ter recebido a proposta por e-mail, e diga-se, escaneada em uma data que não corresponde a segunda hasta pública, não deve, por si só, causar a nulidade do ato impedindo a geração dos efeitos jurídicos- processuais, uma vez que há possibilidade do recebimento das mesmas entre as respectivas datas correspondentes a primeira e segunda hasta, segundo estabelece o artigo 895 do CPC, in verbis:*

Em suas razões recursais, a parte busca a reforma da decisão sob as alegações de que (I) não há preclusão quanto à matéria do recurso, porquanto nem mesmo foi expedida carta de arrematação, não se aplicando o art. 903 do Código de Processo Civil; (II) o leilão não observou a Resolução 236/16 do Conselho Nacional de Justiça, conforme determina o art. 882, §1º, do CPC, o que determina a repetição do ato em razão de haver evidente prejuízo na alienação do imóvel no pico dos lockdowns decorrentes do coronavírus; (III) houve omissão na análise da ausência de comprovação da publicidade das hastas, necessária em razão do valor do imóvel e da pandemia; (IV) não há possibilidade de aceitar lance por escrito em leilão online, pois o arrematante não teria cadastro no sistema, nem foi juntado arquivo com informações de cadastramento ou do procedimento da tentativa de venda; e (V) o lance, oferecido na data da primeira hasta, só poderia ser aceito se correspondesse ao valor total da avaliação, sendo possível proposta menor apenas após essa data.

Recolheu preparo (evento)

Foi deferida a antecipação de tutela recursal para aguardar a solução do presente reclamo antes de efetivar a expropriação. Como fundamento, indicou-se que analisar a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas demandaria conhecimento exauriente da matéria, e que haveria risco ao resultado útil do processo caso a arrematação fosse continuada, já que não poderia ser desfeita (art. 903 do CPC).

Contrarrazões no evento 30 com as alegações de que, em suma, (I) não há sequer definição de qual seria o prejuízo que a agravante sofreu; e (II) a pretensão é protelar a expropriação.

É o relatório.

## VOTO

### Preliminarmente

Antes de adentrar o mérito do recurso, embora esta não seja uma matéria efetivamente preliminar, é de se destacar que a decisão menciona:

*Não há, ademais, notícia nos autos acerca da apresentação de alguma insurgência como, por exemplo, o julgamento posterior de embargos do devedor ou o ajuizamento de ação autônoma de impugnação nos moldes do artigo 903 do CPC, em que se tenha deferido eventual efeito suspensivo para sustar os efeitos da arrematação leva a efeito. (sublinhados do original).*

Tal fundamento não indica de nenhum modo que houve preclusão acerca da matéria, tanto que nem menciona recursos em geral. De fato, a afirmação apenas parafraseia o art. 903 do CPC, sendo que se tornou inaplicável após o deferimento do efeito suspensivo nesta instância.

Isso demonstra que, apesar de ser compreensível a preocupação do procurador da agravante com tal assunto, isso não impede - e nem impediu - a análise deste recurso, não constituindo, contudo, ponto que pode ser acolhido, pois não há necessidade de alterar a decisão no ponto.

### Mérito

Consta nos autos que um imóvel avaliado em cerca de R\$ 7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais) foi levado a leilão. Em nenhuma das duas oportunidades em que isso teria ocorrido, conforme as atas acostadas na origem, houve lances. Entretanto, um terceiro ofereceu, por escrito, proposta de compra parcelada.

Sendo o único interessado, e porque o preço oferecido não era inferior a 50% (cinquenta por cento) da avaliação, a proposta foi aceita pelo leiloeiro e consignada em ata.

Instada a se manifestar, a ora agravante impugnou a validade do procedimento pelos argumentos já elencados no relatório.

O leiloeiro, por sua vez, também intimado a se manifestar, afirmou que a proposta escrita foi aceita no leilão eletrônico em razão do exposto no art. 895, II, do CPC, e juntou documento demonstrando que o e-mail foi recebido em 06/04/2020, ou seja, após a primeira hasta, embora a data dele conste 31/03/2020 - mesma data do primeiro leilão.

A decisão, que nada mencionou quanto à publicidade do procedimento, afirmou que, embora ele não tivesse seguido todas as normas da resolução 236/16 do CNJ, fato é que a finalidade do ato (expropriação do imóvel) foi atingida. Assim, com base no princípio da instrumentalidade das formas, não haveria nulidade a ser declarada.

## 1. Omissão

Em parte do recurso, a parte sustenta ter havido omissão do Juízo singular na análise da alegação de que o procedimento não foi dotado da necessária publicidade. Nessa toada, a parte argumenta que, pelas circunstâncias da pandemia naquela data e o valor do imóvel, a expropriação deveria ser divulgada até mesmo em jornais de grande circulação e ter durado mais do que 6 (seis) dias.

Constato que tal argumento foi apresentado à origem, mas não foi alvo da decisão, sendo certo que, ao menos pela jurisprudência citada neste agravo, tal ponto poderia infirmar a decisão vergastada.

Extrai-se do art. 489, §1º, IV que decisões, mesmo as interlocutórias, com tal vício são nulas. No caso, tratando-se de agravo de instrumento, não há permissão legal de análise da matéria por esta Corte como há nos casos de apelação (art. 1.013, §3º, III, do CPC).

Assim sendo, cabe tão somente a determinação de que tal matéria seja analisada na origem como forma de integração do mérito restante.

Tal vício, contudo, não atinge o restante dos fundamentos, que ainda merecem ser analisados nesta oportunidade. Em verdade, se isso não for realizado, criar-se-ia um possível prejuízo ao agravante que, diante de eventual decisão desfavorável, estaria “impedido” de recorrer dos demais assuntos mencionados porque houve preclusão.

Por isso, saliento que, embora tal ponto ainda possa ser alterado na origem, este julgamento deve prosseguir quanto ao restante do mérito.

## 2. Anulabilidade

Na origem, já se apontou que não houve efetiva regularidade do procedimento do leilão porque nem todas as regras da resolução do CNJ foram respeitadas. A validade da expropriação, contudo, foi atribuída ao fato de que a finalidade do ato foi atingida, isso é, ocorreu a venda do imóvel.

Sobre o princípio da instrumentalidade das formas referenciado na interlocutória, extraí-se do art. 188 do CPC que “os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”. A esse respeito, também se pode citar o art. 277 da mesma Lei: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Não se discute, inicialmente, que a lei expressamente exige certo procedimento para expropriação, pois isso consta no art. 882, §1º, do CPC e é complementado pela já mencionada Resolução 236/16 do CNJ.

Por outro lado, tais invalidades só deverão afastar a validade do ato que atinge seu objetivo quando houver prejuízo a uma parte do processo (art. 282, §1º, do CPC).

Tal prejuízo deve ser palpável ou, em outras palavras, provado ou ao menos plausível, não bastando meras conjecturas sobre sua ocorrência ou mesmo indefinição:

*O critério do prejuízo e a sua aferição são fundamentais para o reconhecimento da nulidade processual. Não basta que o prejuízo seja apenas potencial, presumido, decorrente de inobservância de forma ou formalidade prescrita em lei; é imprescindível que seja amplamente discutido em termos concretos, devendo ser evidenciado, demonstrado, comprovado, levando em consideração as características de cada caso concreto e a sua coerência com o microsistema processual civil, para que o ato irregular seja reconhecido como nulo, deixando de produzir seus efeitos e possa ser refeito. Para tanto, os sujeitos processuais devem arguir a irregularidade do ato e argumentativamente comprovar a existência ou não desse prejuízo para a sua atuação no processo constitucional (FIORATTO, Débora Carvalho, Comentários ao Código de Processo Civil, 2ª ed., p. 376).*

A finalidade do ato em comento é, evidentemente, vender um bem penhorado pelo maior valor possível. Com isso, há maior probabilidade de quitação e minoração dos prejuízos ao devedor, a depender, obviamente, do bem e do débito em questão.

Quando se trata do assunto de preço, o código expõe que não será aceito lance vil, assim entendido como o mínimo estipulado pelo Juiz ou, no silêncio, equivalente a menos de 50% (cinquenta por cento) do valor da avaliação (art. 891 do CPC). Esse percentual, agora expressamente previsto na lei, decorre de jurisprudência consolidada no mesmo sentido.

Trata-se, na verdade, de uma presunção absoluta de que o valor oferecido é muito baixo, não podendo ser aceito.

Considerando isso, é de se notar que o lance dado não pode ser considerado vil, não se permitindo presumir que a venda por tal valor tenha gerado danos à parte agravante.

O reclamo tangencia tal ponto apenas quando fala de possível direcionamento do leilão e de que a situação de pico da pandemia demonstra necessidade de maior cuidado no ato.

Inicialmente, já foi decidido na origem em decisão anterior e no juízo deprecante que a pandemia não justificaria adiamento da expropriação, não sendo possível reanalisar tal mérito nesta instância em razão de preclusão e de não haver sequer notícia de recurso interposto em Curitiba, onde o processo principal tramita.

Por isso, tal fundamento não se demonstra suficiente para, por si só, justificar dano capaz de anular o procedimento, até porque, como já dito, o lance não é vil.

No mesmo sentido, a tese de direcionamento - que não pode ser analisada em conjunto com o argumento de defeito de publicidade pelo exposto no item 1 - não passa de uma especulação.

De fato, não há como presumir que o leiloeiro, que poderia receber até quase o dobro de remuneração caso houvesse lance pelo valor total do bem, abriria mão de perseguir tais honorários.



Isso demonstra que, embora haja um princípio de indicação de qual seria o prejuízo efetivamente sofrido não observância das regras contidas na resolução citada, a parte agravante deixou de discorrer suficientemente sobre tal dano, não sendo possível anular o procedimento sem uma justa motivação nesse ponto.

Tal conclusão, à exceção da matéria da publicidade no que couber, afasta a necessidade de analisar eventual defeito de cadastramento do arrematante, se o procedimento foi presencial ou online, se há registros etc.

O único argumento que não se insere nesse ponto é o de que o lance é inválido porquanto dado na data do primeiro leilão, quando seria possível apenas a aquisição pelo valor da avaliação.

### **3. Lance**

Nesse ponto, alega a parte agravante que o lance em comento não poderia ter sido aceito, porquanto foi datado de 31/03/2020, data da primeira hasta, quando a aquisição deveria ser pelo preço total da avaliação.

Nesse ponto, cita o art. 895 do CPC:

*Art. 895. O interessado em adquirir o bem penhorado em prestações poderá apresentar, por escrito:*

*I - até o início do primeiro leilão, proposta de aquisição do bem por valor não inferior ao da avaliação;*

*II - até o início do segundo leilão, proposta de aquisição do bem por valor que não seja considerado vil.*

Acontece que, conquanto datado de 31/03/2020, a proposta só foi enviada por e-mail ao leiloeiro em 06/04/2020, logo anteriormente à segunda praça (ev. 122, info 1, p. 5).

A rigor, então, a proposta deve respeitar o inciso II do mencionado artigo, não havendo irregularidade no ponto, até porque a norma fala em “apresentação” da proposta, e não em “assinatura” dela.

### **4. Conclusão**

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso em parte e dar-lhe parcial provimento para determinar que o o Juízo de origem analise a parcela da impugnação ao leilão que trata da publicidade do procedimento, mantida a decisão quanto aos demais pontos.

**Desembargador NEWTON VARELLA JUNIOR**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0005654-26.2002.8.24.0075/SC**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0005654-26.2002.8.24.0075/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR ROBSON LUZ VARELLA

APELANTE: GEDSON FERNANDES MATEUS (EXECUTADO) E OUTRO

ADVOGADO: ALEXANDRE VIEIRA SIMON (OAB SC031506)

APELADO: BRADESCO CAPITALIZACAO S/A (EXEQUENTE)

ADVOGADO: MILTON BACCIN (OAB SC005113)

ADVOGADO: VIVIANE JANNING PRAZERES (OAB SC018078)

ADVOGADO: RENATA STEINBACH (OAB SC027949)

INTERESSADO: VALMOR DO NASCIMENTO (EXECUTADO)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXECUÇÃO - “INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA” - SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE E JULGOU EXTINTO O FEITO, COM FULCRO NO ART. 924, V, DO DIPLOMA PROCESSUAL - INCONFORMISMO DA PARTE EXECUTADA.

POSTULADA A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE IMPULSO DO FEITO PELA AUTORA - TESE INSUBSISTENTE

- SENTENÇA QUE ATRIBUIU À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA O PAGAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS, CONTUDO, DEIXOU DE ARBITRAR A VERBA PATRONAL - CASO CONCRETO EM QUE INEXISTIU MOVIMENTAÇÃO PROCESSUAL POR PRAZO SUPERIOR A 5 (CINCO) ANOS EM VIRTUDE DA AUSÊNCIA DE LOCALIZAÇÃO DE BENS DO DEVEDOR PASSÍVEIS DE PENHORA - ÔNUS SUCUMBENCIAL QUE DEVEM RECAIR INTEGRALMENTE AOS EXECUTADOS, PORQUANTO DERAM ENSEJO AO AJUIZAMENTO DO FEITO EXECUTIVO DIANTE DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO, A DESPEITO DE A FULMINAÇÃO DA “ACTIO” PAUTAR-SENORECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - CONTUDO, AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA - MANUTENÇÃO DO COMANDO JUDICIAL, SOB PENA DE “REFORMATIO IN PEJUS” - ESTIPÊNDIOS PATRONAIS INDEVIDOS - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE, DA BOA-FÉ PROCESSUAL E DA COOPERAÇÃO - PRECEDENTES DA CORTE DE UNIFORMIZAÇÃO E DESTE SODALÍCIO - RECURSO DESPROVIDO.

[...] “declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação”. (STJ - REsp 1769201/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 20/3/2019).

Assim, no caso concreto, proposta a demanda para perseguição de crédito advindo no instrumento particular de confissão de dívida celebrado entre os contendores e, a despeito de a extinção se pautar na inércia da exequente, ensejando o reconhecimento da prescrição intercorrente, tal circunstância não afasta o princípio da causalidade em desfavor da parte devedora. Todavia, como não houve pedido da instituição financeira

neste sentido, a sentença que condenou a casa bancária ao pagamento dos estípedios da derrota é mantida, sob pena de “reformatio in pejus”.

No tocante aos estípedios patronais, não se desconhece o direito do causídico à referida verba, a qual possui caráter alimentar. Contudo, em observância a jurisprudência da Corte de Cidadania e deste Tribunal de Justiça, vislumbra-se que os honorários advocatícios, no caso concreto, são indevidos, mormente porque a propositura do feito executivo ocorreu por culpa dos executados que deixaram de satisfazer a obrigação convencionada e a fulminação da “actio” decorreu do transcurso do prazo prescricional. Logo, inviável que os acionados se beneficiem diante do descumprimento da obrigação assumida com a credora.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS - AUSÊNCIA DE ARBITRAMENTO DO ESTÍPEDIO PATRONAL NA ORIGEM - DESCABIMENTO DE MAJORAÇÃO - ENTENDIMENTO ASSENTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DOS EDCL. NO AGINT NO RESP. 1573573 / RJ.

A fixação de honorários advocatícios pela decisão impugnada é pressuposto inarredável à majoração da verba nesta instância, de forma que, ausente a fixação do estípedio em primeiro grau, inviável falar em acréscimo da remuneração devida ao profissional.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 09 de março de 2021.

**Desembargador ROBSON LUZ VARELLA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação cível interposta por Gedson Fernandes Mateus ME, Gedson Fernandes Mateus e Valmor do Nascimento em face de sentença, proferida na ação de execução n. 0005654-26.2002.8.24.0075, ajuizada por Bradesco Capitalização S/A, a qual acolheu a exceção de pré-executividade e julgou extinto o feito, nos seguintes termos:

Ante o exposto,

PRONUNCIO A PRESCRIÇÃO e, por consequência, JULGO EXTINTA a pretensão executiva, forte no artigo 924, inciso V, do Código de Processo Civil.

Vai condenada a parte exequente, nos termos da fundamentação, só e tão somente ao pagamento das custas processuais (evento 176).

Nas razões de insurgência defende a imperiosidade de fixação de estipêndios patronais em favor de seu procurador, porquanto a fulminação da “actio” ocorreu em virtude da exequente deixar o processo paralisado por mais de uma década e não pela inexistência de bens. Além disso, são devidos os honorários advocatícios na hipótese de acolhimento da exceção de pré-executividade, nos termos do julgamento proferido no REsp n. 1.134.186/RS. Por fim, pugna pelo provimento do reclamo (evento 185).

Regularmente intimada, a parte adversa apresentou contrarrazões requerendo o inacolhimento das pretensões recursais (evento 190).

É o relatório.

## VOTO

Cuida-se de recurso manejado em face de pronunciamento judicial que acolheu a exceção de pré-executividade e julgou extinto o feito executivo diante da prescrição intercorrente, com fulcro no art. 924, V, do Diploma Processual e condenou a parte exequente ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Pois bem.

A irresignação cinge-se na imperiosidade de fixação de estipêndios patronais em favor de seu procurador, porquanto a fulminação da “actio” ocorreu em virtude da exequente deixar o processo paralisado por mais de uma década e não pela inexistência de bens. Além disso, são devidos os honorários advocatícios na hipótese de acolhimento da exceção de pré-executividade, nos termos do julgamento proferido no REsp n. 1.134.186/RS.

No caso concreto, Bradesco Capitalização S/A ajuizou ação de execução, no ano de 2002, contra Gedson Fernandes Mateus ME, Gedson Fernandes Mateus e Valmor do Nascimento, lastreada no “instrumento particular de confissão de dívida”, celebrado entre as partes em 16/7/2001. Valorou a causa em R\$ 17.926,68 (dezessete mil, novecentos e vinte e seis reais e sessenta e oito centavos).

Após o trâmite da demanda, com a citação dos devedores Gedson Fernandes Mateus ME e Gedson Fernandes Mateus (evento 103 - CERT23) e a postulação da credora para arquivamento administrativo do feito diante da impossibilidade de localização de bens passíveis de penhora (evento 103 - PET 82/83 e DESP 84), o Magistrado singular reconheceu o transcurso da prescrição intercorrente, nos termos do art. 206, § 5º, I, do Código Civil, ao fundamento de que “a parte exequente deixou o feito absolutamente paralisado entre março de 2005 e outubro de 2018” e condenou a instituição financeira ao adimplemento das custas e despesas processuais, deixando, contudo, de arbitrar honorários advocatícios.

A despeito de o Juízo de Piso condenar a credora ao pagamento das custas processuais, em observância ao princípio da causalidade, tratando-se de extinção do processo, incumbe ao julgador,

quando do estabelecimento da sucumbência, perquirir quem foi o causador da circunstância que culminou no decreto extintivo. E, apesar de a credora ensejar o término da expropriatória em decorrência de ter se mantido inativa por tempo superior ao lapso prescricional, o ajuizamento da “actio” ocorreu em virtude do inadimplemento da obrigação pela parte devedora e permaneceu paralisado, diversamente do que alega a parte recorrente, em virtude da ausência de localização de bens à penhora.

Logo, em observância aos princípios da efetividade do processo, da boa-fé contratual e da cooperação, natural que a executada suporte integralmente os encargos da derrota, o que se coaduna com o posicionamento da Corte de Uniformização.

Acerca da temática, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. **PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. HONORÁRIOS EM FAVOR DO EXECUTADO. DESCABIMENTO. CAUSALIDADE. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA DO EXEQUENTE.**

**1. Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação.**

**2. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente.**

3. Recurso especial que se nega provimento (Resp n. 1769201/SP), Rel. Mina. Maria Isabel Galotti, j. em 12/3/2019) (sem grifos no original).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL (CPC/15). ART. 85 DO CPC. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. **PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM FAVOR DO ADVOGADO DA PARTE EXECUTADA. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PRECEDENTES DO STJ.**

1. Ação de execução de título executivo extrajudicial proposta contra o cliente do advogado que recorre em nome próprio.

2. Controvérsia em torno da possibilidade de condenação da parte exequente ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais no caso de extinção do processo de execução pela prescrição intercorrente.

**3. Apesar da dicção do art. 85 do CPC, nem sempre o “vencedor” e o “vencido” são, respectivamente, os únicos sujeitos passíveis de serem credores e devedores de honorários advocatícios sucumbenciais.**

**4. Há situações em que, mesmo não sucumbindo no plano do direito material, a parte vitoriosa é considerada como geradora das causas que produziram o processo e todas as despesas a ele inerentes.**

**5. “O princípio da causalidade não se contrapõe ao princípio da sucumbência. Antes, é este um dos elementos norteadores daquele, pois, de ordinário, o sucumbente é considerado responsável pela instauração do processo e, assim, condenado nas despesas processuais. O princípio da sucumbência, contudo, cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide” (REsp 303.597/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2001, REPDJ 25/06/2001, p. 174, DJ 11/06/2001, p. 209).**

**6. Caso concreto em que a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não afasta o princípio da causalidade em desfavor da parte executada, nem atrai a sucumbência para a parte exequente.**

7. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 1835174/MS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 05/11/2019) (sem grifos no original).

Nesta senda, é o entendimento deste Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXTINÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. RECURSO DO EXEQUENTE. EXECUÇÃO SUSPensa POR AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO PARA DAR ANDAMENTO AO FEITO. NECESSIDADE, APENAS, DE INTIMAÇÃO DA PARTE PARA OPOR FATO IMPEDITIVO, SE FOR O CASO, À INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA TRIBUNAL. “As teses a serem firmadas, para efeito do art. 947 do CPC/2015 são as seguintes: 1.1 Incide a prescrição intercorrente, nas causas regidas pelo CPC/73, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do art. 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. 1.2 O termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980). 1.3 O termo inicial do art. 1.056 do CPC/2015 tem incidência apenas nas hipóteses em que o processo se encontrava suspenso na data da entrada em vigor da novel lei processual, uma vez que não se pode extrair interpretação que viabilize o reinício ou a reabertura de prazo prescricional ocorridos na vigência do revogado CPC/1973 (aplicação irretroativa da norma processual). 1.4. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição (REsp n. 1.604.412/SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, j. 27-6-2018). **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO AFASTADA. ENTENDIMENTO DO STJ DE QUE INCABÍVEL A FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA EM FAVOR DO EXECUTADO QUANDO DECLARADA A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE POR AUSÊNCIA DE LOCALIZAÇÃO DE BENS. “Declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiando não-cumprimento de sua obrigação. 2. A prescrição intercorrente por ausência de localização de bens não retira o princípio da causalidade em desfavor do devedor, nem atrai a sucumbência para o exequente”** (REsp n. 1.769.201/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 12-3-2019). **HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.** (Apelação Cível n. 0012884-39.1996.8.24.0008, Rel. Desa. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. 28/1/2020) (sem grifos no original).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE REJEITOU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OFERECIDA PELO EXECUTADO. RECURSO DO EXECUTADO. SUSCITAÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXEQUENTE QUE, INTIMADO PARA MANIFESTAÇÃO ACERCA DA MATÉRIA, SILENCIOU. SUSPENSÃO DO PROCESSO MEDIANTE REQUERIMENTO DA PARTE EXEQUENTE. PERMANÊNCIA DO PROCESSO EM ARQUIVO ADMINISTRATIVO POR MAIS DE DEZ ANOS. CÔMPUTO DO PRAZO PRESCRICIONAL DURANTE A VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. INÉRCIA INJUSTIFICADA DA PARTE CREDORA EM DAR ANDAMENTO EFICAZ AO FEITO. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL (ARTIGO 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL) QUE CORRESPONDE AO PRAZO PRESCRICIONAL DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL ESPECÍFICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 150 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRAZO PRESCRICIONAL EXCEDIDO NO CASO



CONCRETO. INAPLICABILIDADE DA NORMA DO ARTIGO 924, V, DOCPC/15EARTIGO 1.056, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRAZO DA PRESCRIÇÃO DERRUÍDO QUANDO DA ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CAUSA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE ANTERIOR À VIGÊNCIA DA NOVA LEI PROCESSUAL. PRINCÍPIO “TEMPUS REGIT ACTUM”. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE QUE SE IMPÕE RECONHECIDA.

A prescrição intercorrente é o fenômeno jurídico que extingue a pretensão executória diante da inércia de movimentação eficaz do processo já instaurado, pelo lapso temporal previsto em lei para o exercício da pretensão do direito material (Súmula 150/STF). Pressupõe, assim, a inércia do exequente e o transcurso do prazo prescricional durante a tramitação do processo executório. 2. Enquanto em vigor o CPC/73, a paralisação do processo por falta de bens penhoráveis, diante da inércia do exequente por período superior ao do prazo de prescrição da pretensão executória do título, acarreta inexoravelmente a prescrição intercorrente, independentemente de intimação ao credor para dar andamento ao feito. 3. Conforme entendimento do STJ firmado em sede de Incidente de Assunção de Competência (IAC), “o termo inicial do prazo prescricional, na vigência do CPC/1973, conta-se do fim do prazo judicial de suspensão do processo ou, inexistindo prazo fixado, do transcurso de um ano (aplicação analógica do art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980)”. (REsp 1604412/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/06/2018, DJe 22/08/2018) DECISÃO REFORMADA. **CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONECTÁRIOS LÓGICOS DA SUCUMBÊNCIA. CONDENAÇÃO DA PARTE EXECUTADA AO PAGAMENTO DESSAS VERBAS POR APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO** (Agravado de Instrumento n. 4016763-04.2019.8.24.0000, Rel. Des. Luiz Zanelato, j. 21/11/2019) (sem grifos no original).

No entanto, apesar do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e acompanhado por este Sodalício, verifica-se que não houve insurgência da casa bancária, razão pela qual, a fim de evitar “reformatio in pejus”, a distribuição da verba sucumbencial efetuada pela sentença vergastada permanece intocável.

No tocante aos estipêndios patronais, não se desconhece o direito do causídico à referida verba, a qual possui, inclusive caráter alimentar. Sabe-se, também que a verba, a remunerar de forma digna o causídico, deve ter como parâmetro: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 85, § 2º, do CPC).

Contudo, em observância a jurisprudência da Corte de Cidadania e deste Tribunal de Justiça, vislumbra-se que os estipêndios patronais, no caso concreto, são indevidos, mormente porque a propositura do feito executivo ocorreu por culpa dos executados que deixaram de satisfazer a obrigação convencionada e a fulminação da “actio” decorreu do transcurso do prazo prescricional.

Assim, “declarada a prescrição intercorrente por ausência de localização de bens, **incabível a fixação de verba honorária em favor do executado, eis que, diante dos princípios da efetividade do processo, da boa-fé processual e da cooperação, não pode o devedor se beneficiar do não-cumprimento de sua obrigação**”. (STJ - REsp 1769201/SP, Rel. Mina. Maria Isabel Gallotti, j. em 20/3/2019) (sem grifos no original).

Neste diapasão:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. SENTENÇA EM QUE FOI DECLARADA A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE, SEM A FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. RECURSO DE UM DOS EXECUTADOS E DE SEU PATRONO. PRETENDIDA CONDENAÇÃO DO EXEQUENTE AO PAGAMENTO DE VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE EM DEFAVOR DO EXECUTADO, O QUAL DEU CAUSA À EXECUÇÃO AO DEIXAR DE PAGAR A DÍVIDA CONTRAÍDA. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SENTENÇA ESCORREITA. PEDIDOS DE ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DO ESTIPÊNDIO ADVOCATÍCIO E DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS PREJUDICADOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Apelação Cível n. 0001824-84.2009.8.24.0082, Rel. Des. Tulio Pinheiro, j. 30/1/2020) (sem grifos no original).**

**APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CREDORA. DISCUSSÃO QUANTO AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. EXECUÇÃO ABARCADA PELA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE POR AUSÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CÂMARA. CONDENAÇÃO AFASTADA. CUSTAS PROCESSUAIS, POR CONSEQUENTE, INVERTIDAS E DEVIDAS PELA PARTE EMBARGANTE. HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, §§ 1º E 11, DO CPC/15. CRITÉRIOS CUMULATIVOS NÃO PREENCHIDOS (STJ, EDCL NO AGINT NO RESP 1.573.573/RJ). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação Cível n. 0321528-64.2017.8.24.0038, Rel. Jaime Machado Junior, j. em 20/8/2020) (sem grifos no original).**

Portanto, o reclamo deixa de ser acolhido.

Relativamente aos honorários recursais, cumpre destacar que, na sessão de julgamento datada de 13/11/2018, quando da apreciação da Apelação Cível n. 0300208-27.2018.8.24.0036, este Órgão Colegiado refluíu do posicionamento outrora adotado para passar a acompanhar o entendimento externado pelo Superior Tribunal de Justiça nos 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.

Para mais, 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 ponderada para fins de quantificação da verba patronal em comento.

A propósito, 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)

No caso concreto, verifica-se não ter a decisão impugnada procedido ao arbitramento de estipêndio patronal em favor do procurador de qualquer das partes, de forma que a majoração dos honorários advocatícios encontra óbice intransponível em tal circunstância.

Por todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso. Custas legais.

**Desembargador ROBSON LUZ VARELLA**

**Relator**

## TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

### **Agravo de Instrumento Nº 5032872-42.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: Desembargador TULIO PINHEIRO

AGRAVANTE: SAFRA LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL

AGRAVADO: EGIDIO MORETO ME

AGRAVADO: EGIDIO MORETO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE CONVERTIDA EM EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU ARRESTO DE BEM IMÓVEL, AO FUNDAMENTO DE AUSÊNCIA DE PERIGO DE DANO OU RISCO AO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO.

RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EXEQUENTE.

PRETENDIDA REFORMA DO DECISUM, A FIM DE QUE SEJA AUTORIZADO O ARRESTO PRÉVIO DO IMÓVEL INDICADO, COM BASE NO ARTIGO 830, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SUBSISTÊNCIA. DISTINÇÃO ENTRE O ARRESTO CAUTELAR (ART. 301 DO CPC), CUJO DEFERIMENTO É CONDICIONADO À VERIFICAÇÃO CONCOMITANTE DA PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO E DO RISCO DE DANO (ART. 300 DO CPC), E O ARRESTO EXECUTIVO (OU PRÉ-PENHORA), INSCULPIDO NO ART. 830, CAPUT, DO CPC, QUE DEPENDE APENAS DA NÃO LOCALIZAÇÃO DO DEVEDOR PELO OFICIAL DE JUSTIÇA. CASO DOS AUTOS EM QUE O FEITO TRAMITA HÁ ANOS (DESDE 2013), SEM QUE SE TENHA LOGRADO ÊXITO NAS TENTATIVAS DE CITAÇÃO PESSOAL DO POLO DEVEDOR, INCLUSIVE NO ENDEREÇO INDICADO NO CONTRATO CELEBRADO ENTRE AS PARTES. CABIMENTO DO ARRESTO PRÉVIO, COM SUPEDÂNEO NO ART. 830, CAPUT, DO CPC. PRECEDENTES DESTA CORTE. DEFERIMENTO DO ATO CONSTRITIVO SOBRE O BEM INDICADO QUE SE IMPÕE. DECISÃO REFORMADA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para autorizar o arresto executivo sobre o bem nomeado pelo exequente. Custas legais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de janeiro de 2021.

**Desembargador TULIO JOSE MOURA PINHEIRO**

**Relator**

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, interposto por Safra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil contra decisão da 2ª Vara Cível da Comarca de Chapecó, exarada nos autos da ação de reintegração de posse, convertida em execução de título extrajudicial, registrada sob o n. 0500477-15.2013.8.24.0018, na qual figuram, no polo ativo, o agravante, e no polo passivo, Egídio Moreto e Egídio Moreto ME, ora agravados.

Na decisão combatida, a MM.ª Juíza Nádia Inês Schmidt indeferiu pedido do banco exequente de arresto de bem imóvel, ao fundamento, em suma, de não demonstração de perigo de dano (risco de dilapidação do patrimônio pelos devedores).

Nas razões do inconformismo, a financeira agravante sustenta o cabimento do arresto no caso, com base no artigo 830 da Lei Processual Civil, haja vista as tentativas frustradas de localização dos devedores.

## VOTO

A irresignação, adianta-se, comporta acolhimento.

*Ab initio*, oportuno destacar a distinção entre o arresto executivo (ou pré-penhora), previsto no artigo 830, caput, do Código de Processo Civil, e o arresto a que faz alusão o art. 301 do CPC, instrumento de tutela de urgência de natureza cautelar.

Seguem os teores dos dispositivos mencionados:

*Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.*

(...)

*Art. 830. Se o oficial de justiça não encontrar o executado, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.*

O deferimento do arresto cautelar depende da verificação concomitante dos requisitos previstos no art. 300 do CPC - a saber: probabilidade do direito alegado e perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

O arresto prévio, por sua vez, é condicionado apenas à não localização do devedor pelo Oficial de Justiça.



A propósito, colhe-se dos ensinamentos de Daniel Amorim Assumpção Neves:

*(...) O arresto executivo, apesar de preparar a garantia do juízo que será realizada pela penhora, não se confunde com o arresto cautelar, previsto no art. 301 do Novo CPC. Primeiro, em razão dos diferentes requisitos necessários à sua concessão, pois na condição cautelar devem-se verificar a probabilidade da existência do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, caput, do Novo CPC), e no arresto executivo, a frustração na citação do executado e a localização de seu patrimônio. (...)*

*Tratando-se, portanto, de ato executivo de pré-penhora ou penhora antecipada, conclui-se que não existe qualquer exigência em se provar perigo na ineficácia do resultado do processo para a concessão do arresto executivo; basta não localizar o executado para sua citação. Justamente por isso, é acertado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em admitir o arresto executivo on-line pelo sistema Bacenjud. (...) (in Manual de Direito Processual Civil. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 1241-1242).*

O arresto do art. 830 tem como escopo garantir a execução, por meio da apreensão liminar de bens do devedor, quando este não for localizado para citação.

No caso vertente, infere-se dos autos que o feito tramita desde o longínquo ano de 2013, sem que se tenha logrado êxito nas tentativas de citação da pessoa jurídica executada, seja por carta, seja por meio de Oficial de Justiça, inclusive no endereço fornecido pelo codevedor pessoa física no contrato entabulado entre as partes.

Nesse cenário, considerando-se os esforços do agravante em localizar o polo agravado, afigura-se cabível o arresto prévio (previsto, reitera-se, no art. 830 do CPC) do bem indicado - imóvel de matrícula n. 2470, registrado no Cartório de Registro de Imóveis de Gaurama/RS, de titularidade da pessoa natural (valendo lembrar que, em se tratando de firma individual, inexistente distinção entre esta e seu único sócio; TJSP, Agravo de Instrumento n. 2194076-68.2015.8.26.0000, rel. Des. Afonso Bráz, j. em 28.10.2015; e TJSP, Agravo de Instrumento n. 2248013-17.2020.8.26.0000, rel. Des. Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. em 19.11.2020), a fim de garantir a execução e conferir efetividade à tutela jurisdicional.

Em situações semelhantes, tem manifestado-se esta Corte:

AGRAVO POR INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ARRESTO ON-LINE VIA BACENJUD, EM RAZÃO DE NÃO TER HAVIDO A CITAÇÃO DA EXECUTADA. IRRESIGNAÇÃO DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ALEGAÇÃO DE QUE RESTARAM INFRUTÍFERAS AS TENTATIVAS DE LOCALIZAR O DEVEDOR E SEUS BENS. ARRESTO EXECUTIVO. MEDIDA LEGALMENTE PREVISTA PARA A HIPÓTESE, EX VI DO ART. 830, DO CPC/2015. MEDIDA ADMISSÍVEL NOS CASOS DE NÃO SER LOCALIZADO O DEVEDOR PELO OFICIAL DE JUSTIÇA, COMO NA HIPÓTESE VERTENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) (Agravo de Instrumento n. 4030903-43.2019.8.24.0000, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 03.09.2020).

Mais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INDEFERIMENTO DE PENHORA ELETRÔNICA DE VALORES. EXECUTADA NÃO CITADA. RECURSO DO BANCO EXEQUENTE. TENTATIVAS INEXITOSAS DE CITAÇÃO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SISTEMA BACENJUD. ARRESTO. EXEGESE DO ART. 830 DO CPC. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravado de Instrumento n. 4002257-86.2020.8.24.0000, rel. <sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Janice Goulart Garcia Ubiali, j. em 18.08.2020).

E em arremate:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. TOGADO DE ORIGEM QUE INDEFERIU O PEDIDO DE ARRESTO DE BENS EM NOME DOS DEVEDORES. IRRESIGNAÇÃO DO CREDOR. DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 18-10-19. INCIDÊNCIA DO PERGAMINHO FUX. CLAMADA INCIDÊNCIA DA NORMA PREVISTA NO ART. 830 DO NOVEL PERGAMINHO PROCESSUAL CIVIL. ALBERGAMENTO. TENTATIVAS IMPROFÍCUAS DE CITAÇÃO DOS EXECUTADOS. POSSIBILIDADE DE EXEQUIBILIDADE DO ARRESTO EXECUTIVO À MÍNGUA DA CIENTIFICAÇÃO DOS DEVEDORES. PRECEDENTES DESTES ÓRGÃO COLEGIADO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NA NORMA DE REGÊNCIA. IMPERATIVA REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA. (...) (Agravado de Instrumento n. 4032476-19.2019.8.24.0000, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 05.05.2020).

Ante todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para autorizar o arresto executivo sobre o bem nomeado pelo exequente

**Desembargador TULIO JOSE MOURA PINHEIRO**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0308161-62.2019.8.24.0018/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

APELANTE: JESSICA MANTOVANI (EMBARGANTE)

APELADO: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A - BANRISUL (EMBARGADO)

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA EMBARGANTE / EXECUTADA, APRESENTADA POR DEFENSOR PÚBLICO.

CITAÇÃO POR EDITAL. NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL. REJEIÇÃO. DILIGÊNCIAS ESGOTADAS. TENTATIVAS INFRUTÍFERAS. VALIDADE DO ATO CITATÓRIO RECONHECIDA.

A citação por edital é medida excepcional, podendo ser deferida, apenas, quando não for possível a realização da citação por oficial de justiça ou pelo correio, após a comprovação de que o autor diligenciou em busca da localização da parte ré, contudo tal busca resultou inexitosa.

GRATUIDADE DA JUSTIÇA. INSUBSISTÊNCIA DAS RAZÕES RECURSAIS. INVIABILIDADE DA PRESUNÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DO CURATELADO. DISPENSA, TODAVIA, DE RECOLHIMENTO DO PREPARO PARA GARANTIR O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

“Não é possível conceder à recorrente a justiça gratuita, pois não se pode presumir que seja ela necessitada, pelo simples fato de ser representada pela Defensoria Pública no exercício do encargo de curadora especial.” (STJ. AREsp. 1237539/MG. Min. Antonio Carlos Ferreira. 1.3.2018).

A não concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, por si só, não tem o condão de afastar o conhecimento do apelo, cujo preparo recursal não tenha sido recolhido, na hipótese em que interposto por curador especial, uma vez que não se revela adequado impor a este o ônus de arcar com o encargo, a fim de se evitar prejuízo ao direito à ampla defesa e acesso à justiça.

DÍVIDA LÍQUIDA CONSTANTE EM CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. LAPSO PRESCRICIONAL DE 5 (CINCO) ANOS, PREVISTO NO ARTIGO 206, § 5º, I, DO CÓDIGO CIVIL. TERMO INICIAL. DATA DE VENCIMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO (CC, ART. 189).

Prescreve, em cinco anos, a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular, conforme dispõe o artigo 206, § 5º, I, do Código Civil.

INTERRUPÇÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL NA DATA DO DESPACHO CITATÓRIO. POSSIBILIDADE. TENTATIVAS FRUSTRADAS DE LOCALIZAÇÃO DA PARTE EXECUTADA. ATO CITATÓRIO MOROSO. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DA PARTE EXEQUENTE, QUE IMPULSIONOU O FEITO NA FORMA QUE LHE COMPETIA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 106 DO STJ. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE.

O prazo prescricional interrompe-se na data do despacho citatório e retroage à data da propositura da demanda nos casos em que a demora na realização da triangularização processual der-se em razão da morosidade do judiciário. Não há interrupção do lapso prescricional, quando a demora da citação decorrer da desídia do autor no cumprimento de diligências determinadas pelo juízo.

SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA.

Elevam-se os honorários fixados na origem no caso de julgamento de improcedência do recurso (CPC, art.

85, § 11).

PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS.

O prequestionamento resta evidenciado quando a matéria é sobejamente debatida, não merecendo acolhida a alegação relativa à apresentação de listagem de artigos legais ou constitucionais.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar provimento. Custas legais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2021.

**Desembargador SEBASTIAO CESAR EVANGELISTA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Cuida-se de Apelação Cível interposta por Jéssica Mantovani, da sentença proferida na 4ª Vara Cível da Comarca de Chapecó, que julgou improcedente o pleito nos Embargos à Execução de autos n. 0308161-62.2019.8.24.0018, sendo parte adversa Banco do Estado Rio Grande do Sul S/A - BANRISUL.

*Por brevidade, adota-se, em relação à tramitação em primeira instância, o relatório da sentença (Evento 15):*

*Trata-se de ação de embargos à execução, em que são partes as acima indicadas, ambas já devidamente qualificadas, opostos pelo defensor público nomeado à executada/embargante citada por edital no feito executivo em apenso (autos n. 0501787-31.2012.8.24.0018), o qual sustentou, preliminarmente, a nulidade da citação e a ocorrência da prescrição pela não adoção das providências necessárias para a citação. Quanto ao mais, apresentou defesa na forma de negativa geral, conforme previsto no parágrafo único do artigo 341 do CPC. Pugnou pelo deferimento da justiça gratuita. Requerimentos de praxe foram formulados.*

*Devidamente intimada, a parte embargada defendeu a regularidade e legalidade do título executivo. Requereu, portanto, a improcedência dos embargos.*

*Conclusos os autos, foi proferida sentença de improcedência, com o seguinte dispositivo:*

*Assim sendo, rejeito o pedido inicial (inciso I do artigo 487 do CPC), decidindo o processo com apreciação do mérito.*

*Via de consequência, condeno a parte embargante no pagamento das custas processuais e honorários de honorários advocatícios de sucumbência, os quais arbitro em 10% sobre o valor da execução.*

*Ressalto que a verba sucumbencial ora arbitrada não poderá ser acrescida no valor do débito principal débito execucional nos termos do artigo 85, § 13, do CPC, porquanto a ora embargante não é a única executada.*

Irresignada, a parte autora interpôs recurso de apelação, levantando os seguintes pontos de insurgência (Evento 23):

a) a prescrição da pretensão, uma vez que o prazo estabelecido no art. 206, §3º, incís I, do CPC foi superado, devendo-se aplicar o disposto no art. 240, §2º, do CPC, uma vez que a parte não adotou as providências necessária no prazo de 10 (dez) dias;

b) a nulidade da citação por edital, tendo em vista que a parte embargante apresenta endereço fixo e conhecido pelo Poder Judiciário;

c) a concessão do benefício da gratuidade da justiça, ante a dispensa da declaração de hipossuficiência no caso em concreto, porque os elementos dos autos evidenciam o preenchimento dos requisitos para a concessão da benesse.

Por fim, prequestionou dispositivos e pugnou pelo recebimento do recurso com a reforma da sentença.

Intimada, a parte embargada apresentou contrarrazões (Evento 31), sustentando os fundamentos da decisão profligada.

Após, os autos vieram conclusos.

É o relatório.

## VOTO

1 O recurso foi tempestivamente protocolizado. É dispensável, na hipótese, o recolhimento do preparo, tendo em vista que a insurgência foi subscrita por representante da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (que atua na condição de “curador especial”). Legitimidade e interesse recursal são manifestos. As razões recursais desafiam os fundamentos dos capítulos impugnados da decisão. Encontram-se satisfeitos, pois, os requisitos de admissibilidade.

2 De início, não obstante alegue a insuficiência de recurso, “Não é possível conceder à recorrente a justiça gratuita, pois não se pode presumir que seja ela necessitada, pelo simples fato de ser representada pela Defensoria Pública no exercício do encargo de curadora especial”. (STJ. AREsp. 1237539/MG. Min. Antonio Carlos Ferreira. 1.3.2018).

Até mesmo porque, não há nos autos qualquer outro documento que comprove a hipossuficiência da impugnante, não sendo possível presumir-se então que esta não possui recursos para arcar com as despesas do processo. E, além disso, “A mera ausência de declaração de Imposto de Renda não demonstra que o recorrente detém parcos proventos, uma vez que este pode ter esquecido ou deixado de atualizar seu endereço anteriormente cadastrado junto aos órgãos competentes (como, por exemplo, Receita Federal) ou, ainda, ser profissional liberal, de modo que pode omitir seus rendimentos.” (Ap. Cív. n. 0300043-69.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. André Luiz Dacol, j. 3.10.2017).

Deste modo, não merece amparo tal alegação.

3 No que tange ao pleito de nulidade da citação por edital, adianta-se, não merece guarida, uma vez que não se exige o esgotamento de todos os sistemas de consultas disponíveis, facultando-se a consulta nos principais deles.

Como medida excepcional, a citação ficta é possível apenas após esgotados todos os meios possíveis para que se realize a citação por oficial de justiça ou pelo correio (CPC, art. 256). Para a realização da citação por edital, portanto, deve ficar evidenciada a impossibilidade de citação da parte, pelos dados fornecidos nas diligências realizadas pela parte autora ou pelo próprio juízo, mediante requisição de informações nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.

No caso dos autos, infere-se na ação de execução de origem que houve a realização de busca do endereço da embargante através do Sistema InfoJud, cumprindo-se, assim, o disposto no art. 256, § 3º, do CPC, que não exige o esgotamento de todos os sistemas de consultas disponíveis, facultando-se a consulta nos principais deles.

E, mesmo assim, em consulta ao Sistema de Automação do Judiciário - SAJ, verifica-se que os autos indicados pela recorrente tratam de ação judicial com partes diversas das que litigam nos embargos à execução de origem (Jéssica Mantovani).

Nesse contexto, depreende-se que houve o exaurimento das providências disponíveis para a localização de informação acerca do endereço da executada. Demais disso, não há indício ou demonstração de que a citação por edital foi requerida de forma temerária.

Sobre o tema, colhe-se dos julgados desta Corta de Justiça:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA CURADORA ESPECIAL DA DEMANDADA. DEFENDIDA NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL. REJEIÇÃO. DILIGÊNCIAS ESGOTADAS. CONSULTA AOS SISTEMAS DISPONÍVEIS IMPLEMENTADA. EXAURIMENTO DOS MEIOS ORDINÁRIOS TENDENTES A LOCALIZAR O ENDEREÇO DA REQUERIDA. VALIDADE DO ATO CITATÓRIO RECONHECIDA. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, §§1º E 11, DO CPC/15. CRITÉRIOS CUMULATIVOS NÃO PREENCHIDOS (STJ, EDCL NO AGINT NO RESP 1.573.573/RJ). RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Ap. Cív. n. 0308736-46.2015.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 28.5.2020).*

Logo, não se acolhe o recurso no ponto.

4 Como cediço, o prazo prescricional interrompe-se na data do despacho citatório e retroage à data da propositura da demanda nos casos em que a demora na realização da triangularização processual ocorrer em razão da morosidade do judiciário. Todavia, não há interrupção do lapso prescricional, quando a demora da citação decorrer da desídia do autor no cumprimento de



diligências determinadas pelo juízo, conforme interpretação jurisprudencial do artigo 219 do CPC/73 (norma processual vigente quando do ato processual determinado (citação, Evento 94, na execução de origem) - vide STJ, REsp n. 1.404.796/SP).

Aplicável, além disso, o enunciado da Súmula n. 106 do STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Sobre o tema, lecionam Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim:

*Os §§ 2º e 3º do art. 219 estabelecem os prazos em que a citação deve ser efetivada: 10 dias prorrogáveis por mais 90 dias. Tenha-se presente, no entanto, a ressalva constante da parte final do §2º, no sentido de que a parte não será prejudicada pela “demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário”. De fato, sendo o ato citatório realizado, no regime do CPC, pelo sistema da mediação, a expressão “promover citação” não pode ser entendida como “efetivar citação”. Desde que a parte se desincumba do que lhe cabe, não será prejudicada, ainda que a citação não venha a ser efetivada nos lapsos de tempo mencionados nos § 2º e 3º do artigo 219 do CPC. A propósito, a Súmula 106 do STJ no sentido de que a demanda ajuizada tempestivamente não pode ser prejudicada pela decretação de prescrição ou de decadência, em razão da demora no cumprimento da citação, atribuível exclusivamente aos serviços judiciários. (Comentários ao código de processo civil - 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 439).*

Na espécie, em que pese a coerência interna dos argumentos desenvolvidos em favor da tese de prescrição, observa-se que a demora entre a data do protocolo do pedido e cada um dos atos subsequentes se deve ao tempo do trâmite do processo (§ 2º, art. 219, do CPC/73), e não à inércia da parte autora, que atuou no processo em busca do endereço da parte ré, tendo apresentado diversas petições solicitando diligências, indicando o endereço para citação, requerendo o auxílio do Juízo na pesquisa ou requerendo a citação por edital (Evento 313, no feito executivo de origem), razão pela qual não pode ser penalizada.

Dessa feita, infere-se o esforço da parte exequente a fim de citar a parte executada, de tal modo que a dificuldade na efetivação do ato citatório não pode a ela ser atribuída, que atendeu às determinações judiciais para impulsionar o processo, bem como observou o prazo prescricional para o ajuizamento da ação (de cinco anos para a cobrança de dívidas líquidas e certas constantes de instrumento público ou particular, a teor do disposto no art. 206, § 5º, inc. I, do CC/02).

Compulsando os documentos carreados no processo executivo de origem, verifica-se que o contrato, embora de trato sucessivo, foi firmado em 22.03.2011, com vencimento da última parcela em 29.03.2014 (STJ, AgInt no AREsp n. 1309586/SP).

Logo, considerando-se que a avença representa dívida líquida constante em instrumento particular, o prazo prescricional aplicável é o quinquenal, previsto no artigo 206, § 5º, inciso I, do Código Civil e que entre a data do vencimento da última parcela (29.03.2014) e a protocolização da ação (10.09.2012), não decorreu o prazo de 5 (cinco) anos, não há que se falar em prescrição.

5 Mantém-se a distribuição do ônus de sucumbência (custas processuais e honorários advocatícios) tal como definido na sentença de origem, suspensa a exigibilidade da parte apelada (CPC, § 2º, art. 85), diante da sucumbência da parte recorrente.

Em virtude do resultado do julgamento, deve-se majorar a verba honorária arbitrada em favor da parte apelada, nos moldes do § 11 do art. 85 do CPC, observados os parâmetros estabelecidos no § 2º do mesmo artigo, bem como aos requisitos de incidência insculpidos pelo STJ - no EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ.

No caso em apreço, levando-se a natureza do tema, a apresentação de contrarrazões e o improvimento do recurso, fixam-se os honorários recursais no importe de 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa (mesmo critério adotado na decisão recorrida).

6 Por fim, não merece prosperar o pleito de prequestionamento dos dispositivos legais.

O prequestionamento, como requisito criado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores para admissibilidade de recursos especial e extraordinário, tem arrimo na premissa de que tais vias recursais destinam-se à uniformização da aplicação da lei federal e do texto constitucional e, como tal, prestam-se a reavaliar a interpretação que lhe tenha sido atribuída nas Cortes de origem.

Observe-se que não tem a parte o direito de exigir da Corte que se manifeste sobre qualquer tema que lhe venha à mente, e que repute útil invocar em apelação a listagem dos dispositivos que se devem dar por prequestionados.

Assim, seja para efeito de recurso especial ou de extraordinário, o prequestionamento dá-se com a comprovação de que houve a análise da matéria a ser eventualmente aventada em razões recursais posteriores.

Considerando que o deslinde do presente feito contemplou a análise da matéria à exaustão, desnecessário o pedido de prequestionamento formulado nas razões da apelação, não se podendo provê-lo.

7 Por todo o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar provimento.

**Desembargador SEBASTIAO CESAR EVANGELISTA**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 5003176-52.2019.8.24.0175/SC**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 5003176-52.2019.8.24.0175/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA

APELANTE: BANCO SAFRA S A (REQUERIDO)

ADVOGADO: FABIO OLIVEIRA DUTRA (OAB SP292207)

APELADO: WANDERLEI DA SILVA (REQUERENTE)

ADVOGADO: JULIANA ESPINDOLA CALDAS CAVALER (OAB SC019177)

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. APELO DE AMBAS AS PARTES.

RECURSO DO DEMANDANTE. ALMEJADA APRESENTAÇÃO DO COMPROVANTE DE DEPÓSITO. DESNECESSIDADE. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO APRESENTADO, NO QUAL É POSSÍVEL INFERIR AS INFORMAÇÕES E ENCARGOS INCIDENTES. POSSIBILIDADE DA DEMANDANTE CONSTATAR O DEPÓSITO EM SUA CONTA POR MEIO DE EXTRATO BANCÁRIO, QUE É DE SEU AMPLO ACESSO.

*É inviável impelir a instituição financeira a exibição do comprovante de depósito, para averiguar a data em que houve a disponibilização dos valores em sua conta, quando tal situação é possível ser constatada pela simples consulta aos seus extratos bancários, a partir da juntada, nos autos, do contrato.*

MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. INVIABILIDADE. VALOR ARBITRADO QUE É CONDIZENTE COM A COMPLEXIDADE DA CAUSA.

*Resultando patente que a verba honorária foi fixada em conformidade com os parâmetros dispostos no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, é medida necessária a sua manutenção.*

RECURSO DO DEMANDADO. PRETENSO AFASTAMENTO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. RESISTÊNCIA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA CONFIGURADA. PROCEDIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS QUE, NO CASO, POSSUI CARÁTER CONTENCIOSO. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL.

*A produção antecipada de provas, caso a instituição bancária não atenda a solicitação efetuada, terá no seu nascedouro caráter contencioso, uma vez que a pretensão resistida se dará ainda na seara extrajudicial. Via de consequência, por ter dado causa a propositura da demanda, deverá arcar com os honorários advocatícios, em consonância com os ditames do princípio da causalidade.*

APELOS NÃO PROVIDOS.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento aos recursos de apelação interpostos pelas partes. Custas legais, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 10 de junho de 2021.

**Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA**  
**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de recurso e apelação interposto por ambas as partes da sentença de lavra do Juízo de Direito da Unidade Regional de Direito Bancário do Litoral Sul Catarinense da comarca de Meleiro que, nos autos da ação de produção antecipada de provas proposta pelo demandante, Wanderlei Silva, em face do demandado, Banco Safra S.A, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial para, via de consequência, reconhecer a obrigação da parte demandada à apresentação dos documentos indicados na fundamentação da sentença.

Em suas razões recursais, o demandante, ora apelante, alegou, primeiramente, que não houve a exibição do comprovante de depósito do valor referente ao contrato de empréstimo consignado.

Defendeu que devem ser majorados os honorários sucumbenciais fixados em benefício da sua procuradora.

Postulou pelo provimento. Ausente contrarrazões.

Já a parte demandada alegou que:

(a) a sentença é nula, uma vez que o procedimento de produção antecipada de provas é de jurisdição voluntária, de modo que inviável a prolação de édito condenatório e de fixação de verba honorária sucumbencial;

(b) não houve a observância dos requisitos fixados pelo Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.349.543/MS para que o requerimento realizado na seara administrativa seja considerado válido;

(d) como não houve pretensão resistida, o ônus da sucumbência deve ser fixado em conformidade com os preceitos do princípio da causalidade.

Pautou-se, nesse sentido, pelo provimento do recurso de apelação. Contrarrazões no evento 45.

É o relatório.

## **VOTO**

### ***I. Tempus regit actum***

A sentença recorrida foi proferida em 19.02.2020. Logo, para fins de admissibilidade, à lide é aplicável o Código de Processo Civil de 2015: “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/15 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

## **II. Admissibilidade**

Porque presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso de apelação.

## **III. Caso concreto**

Trata-se de ação de produção antecipada de provas ajuizada pelo demandante, Wanderlei Silva, em face do demandado, Banco Safra S.A.

O magistrado de origem julgou parcilmente procedentes os pedidos formulados na exordial. Ambas as partes apelaram. Passa-se, então, à análise das teses arguidas.

### **III.II Apelo do demandante comprovante de depósito**

Defendeu o apelante a necessidade da apresentação do comprovante de depósito do importe pertinente ao contrato de empréstimo consignado, uma vez que é o único meio cabível para averiguar, com a certeza necessária, se houve a disponibilização do importe contratado e a data que esta teria ocorrido.

A pretensão recursal, adianta-se, não merece provimento.

Isso, porque, em conjunto com a contestação, houve a exibição do instrumento contratual referente ao empréstimo consignado (evento 8 - contrato 3; contrato 4; e contrato 5).

Por intermédio do aludido documento, é possível inferir o importe contratado, a quantidade de parcelas e seu respectivo valor, a data do primeiro e do último vencimento destas, além de todos os encargos incidentes.

Desse modo, com a avença disponibilizada, é de amplo acesso a informação de quanto o montante foi transferido para a sua conta, seja por meio de extratos bancários disponibilizados em terminais eletrônicos, seja via internet.

À vista disso, torna-se desnecessário impelir a instituição financeira em apresentar os comprovantes de depósito.

Outro não é o entendimento deste Órgão Fracionário:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PRETENDIDA EXIBIÇÃO DE CÓPIAS DE CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO E DE COMPROVANTES DE DEPÓSITOS DOS VALORES CREDITADOS NA CONTA DO MUTUÁRIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, PARA RECONHECER APENAS O DEVER DE EXIBIÇÃO DOS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS. [...]. RECURSO DO AUTOR. ALMEJADA EXIBIÇÃO DE COMPROVANTES DOS DEPÓSITOS DOS VALORES RELATIVOS AOS MÚTUOS FINANCEIROS. DESCABIMENTO. APRESENTAÇÃO PELA PARTE RÉ DOS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS NA PEÇA CONTESTATÓRIA. DOCUMENTAÇÃO NA QUAL CONSTAM TODOS OS DADOS RELATIVOS ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS E QUE VIABILIZA, PORTANTO, A CONSULTA PELO MUTUÁRIO AOS EXTRATOS DE SUA CONTA CORRENTE. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO DOS COMPROVANTES DE PAGAMENTO REQUÊSTADOS. PRECEDENTES DESTA CORTE. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. ESTIPÊNDIO FIXADO EM R\$ 700,00 (SETECENTOS REAIS) NA SENTENÇA. QUANTIA QUE SE AFIGURA RAZOÁVEL NO CASO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*

*(TJSC, Apelação Cível n. 0301650-96.2018.8.24.0175, de Meleiro, rel. Des. Tulio Pinheiro, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em 14.5.2020, grifou-se).*

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA. [...]. ALMEJADA NECESSIDADE DE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA FORNECER OS COMPROVANTES DE DEPÓSITO REFERENTES AO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES. REJEIÇÃO. REQUERENTE QUE POSSUI FÁCIL ACESSO AOS EXTRATOS BANCÁRIOS. [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 0302221-04.2017.8.24.0175, de Meleiro, rel. Des. Jaime Machado Junior, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. em 4.6.2020, grifou-se).*

Portanto, não merece guarida a pretensão da apelante.

(b) honorários sucumbenciais

Ato contínuo, postulou o apelante pela majoração dos honorários sucumbenciais fixados em benefício de sua procuradora.

Novamente, melhor sorte não lhe socorre.

Nas ações que visam a exibição de documentos, seja pelo procedimento de produção antecipada de provas seja pelo comum, inexistente condenação em pecúnia, nem ao menos proveito econômico, de modo que a fixação da verba honorária deve ocorrer sobre o valor da causa.

Só que, neste caso, o importe em questão é irrisório, razão pela qual a fixação dos honorários deve ocorrer de forma equitativa, a teor do disposto no art. 85, § 8º, do CPC: “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, [...]”.

Levando isso em consideração, o valor arbitrado na sentença, consistente em R\$ 700,00, mostra-se condizente com a simplicidade da causa, com o trabalho desempenhado pela procuradora, pela ausência de instrução probatória, bem como pelo curto período entre a sua propositura e a prolação da sentença combatida.



Com isso, inviável a majoração da verba honorária sucumbencial.

À luz do exposto, nega-se provimento ao recurso. Sem honorários recursais, pois inexistente verba arbitrada anteriormente em benefício da instituição financeira apelada, requisito exigido pelo art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

### III.III Apelo do demandado

Cinge-se o pleito da instituição bancária apelante no reconhecimento de que é nula a sentença proferida, porquanto no procedimento de produção antecipada de provas a jurisdição é voluntária, razão pela qual inviável a prolação de édito condenatório e fixação de verba honorária sucumbencial.

Asseverou que não houve pretensão resistida, de modo que o ônus sucumbencial deve ser fixado conforme os ditames do princípio da causalidade.

Sem razão, todavia.

De início, é oportuno esclarecer que a fixação dos honorários advocatícios deve ser realizada em consonância com os preceitos do princípio da causalidade, de modo que aquele que der causa à propositura da demanda deve arcar com o estipêndio em questão.

Para corroborar, apresenta-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 3/STJ. OMISSÕES CARACTERIZADAS. OFENSA AO ART. 535, II, CPC/1973. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 20 DO CPC/1973. CONDENAÇÃO DA FAZENDA EM HONORÁRIOS. ACÓRDÃO QUE AFASTA A PRESCRIÇÃO E DETERMINA A CONTINUAÇÃO DA EXECUÇÃO. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS DEVIDOS. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES, PARA SE CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO. [...]. 3. A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que a condenação em honorários advocatícios pauta-se pelo princípio da causalidade, ou seja, somente aquele que deu causa à demanda ou ao incidente processual é quem deve arcar com as despesas deles decorrentes. [...].*

*(STJ, EDcl no AgInt no AREsp 961.343/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. em 24.4.2018, grifou-se)*

Todavia, para que seja possível averiguar qual das partes deverá arcar com os honorários advocatícios, antes de tudo, é medida imperiosa verificar quem deu causa à propositura da demanda.

De fato, o procedimento de produção antecipada de provas não possui o caráter contencioso na maioria das vezes, pois não incumbe nele o julgador realizar qualquer valoração do substrato probatório.

Por outro lado, quando se trata de demandas que visem a produção de provas alusivo à relação jurídica bancária, deve ser observado o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda no ano de 2014, de modo que possível que estas no seu nascedouro já tenham resistência instaurada.

Isso, porque, apenas haverá interesse processual da parte demandante nas ações como a ora analisada, se resultar demonstrada a existência de relação jurídica entre as partes, a realização de prévio requerimento administrativo não atendido em prazo razoável e o pagamento dos custos previstos para este serviço.

Veja-se:

*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido.*

*(STJ, REsp n. 1349453/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 10.12.2014, grifou-se)*

Calha destacar que não se exige o exaurimento da via administrativa, mas apenas a demonstração de que, ao ser instada para exibir os documentos que se encontram em sua posse, a instituição bancária permaneceu silente, motivo pelo qual se tornou necessário acionar o Poder Judiciário.

No caso concreto, é patente que o demandante comprovou a existência de requisito para a propositura da ação de produção antecipada de provas, qual seja, o prévio requerimento administrativo válido.

Isso, porque restou comprovada a existência de relação jurídica entre as partes, bem como que a notificação extrajudicial foi produzida e encaminhada pela própria demandante (evento 1 - informação 6).

Desse modo, resulta evidente que, no momento que houve a instauração do procedimento antecipado de provas, a resistência da apelante em fornecer os documentos já estava configurada.

Via de consequência, com base nos ditames do princípio da causalidade, é medida necessária a fixação de honorários sucumbenciais, a serem arcados pela instituição bancária, ainda que esta tenha exibido todos os instrumentos contratuais e demais documentos deles decorrentes na oferta da contestação.

A propósito, extrai-se da jurisprudência desta Corte:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA REQUERIDA. [...]. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. AUTOR QUE DEMONSTROU TER SOLICITADO PREVIAMENTE OS CONTRATOS POR MEIO DA DOCUMENTAÇÃO ACOSTADA AOS AUTOS. REQUERIDA QUE NÃO DERRUIU A TESE DO AUTOR. RESISTÊNCIA DA APELANTE EM FORNECER O DOCUMENTO PRETENDIDO NÃO AFASTADA. PRETENSÃO RESISTIDA CONFIGURADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. REQUERIDA QUEM DEU CAUSA À AÇÃO. [...].*

*(TJSC, Apelação Cível n. 0301159-73.2017.8.24.0030, de Imbituba, rel. <sup>a</sup> Des.<sup>a</sup> Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. em 6.9.2018, grifou-se).*

*APELAÇÃO CÍVEL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO PESSOAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ. [...]. 2 - PEDIDO DE INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. AFIRMAÇÃO DA APELANTE NO SENTIDO DE QUE NÃO HÁ PRETENSÃO RESISTIDA, PORQUANTO EXIBIU OS DOCUMENTOS EM JUÍZO. IRRELEVÂNCIA. RESISTÊNCIA AO PLEITO QUE SE VERIFICA MEDIANTE A APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO, NA QUAL A APELANTE PUGNOU PELA EXTINÇÃO DO FEITO. ALÉM DISSO, PRETENSÃO RESISTIDA TAMBÉM NA VIA EXTRAJUDICIAL. VIOLAÇÃO AO DEVER DE INFORMAÇÃO (ART. 6º, III, DO CDC). RESPONSABILIDADE DA RÉ PELO PAGAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS, UMA VEZ QUE DEU CAUSA AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXEGESE DOS PRINCÍPIOS DA CAUSALIDADE E DA SUCUMBÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO. [...].*

*(TJSC, Apelação Cível n. 0309643-44.2016.8.24.0020, de Meleiro, rel. Des. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. em 24.7.2018, grifou-se).*

Portanto, mantém-se hígida a sentença proferida.

#### **IV. Honorários Recursais**

Pelo desfecho do reclamo, majora-se os honorários sucumbenciais para o total de R\$ 1.000,00, em benefício da procuradora do demandante, com exegese no art. 85, § 11, do Código de Processo Civil.

#### **V. Conclusão**

VOTO por negar provimento aos recursos de apelação interpostos pelas partes.

**Desembargador GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA**

**Relator**

## QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5009932-83.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR TORRES MARQUES

AGRAVANTE: BLUE HILL HOTEL EIRELI

AGRAVANTE: REUTER EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS EIRELI

AGRAVANTE: REUTER MATERIAIS DE CONSTRUCAO EIRELI

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU A PRORROGAÇÃO DO STAY PERIOD. RECURSO DAS RECUPERANDAS. ELASTECIMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTE ÓRGÃO FRACIONÁRIO. RECOMENDAÇÃO DO CNJ A RESPEITO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA E ENFRENTAMENTO DE PROCESSOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE CONDUTA DESIDIOSA POR PARTE DAS AGRAVANTES. RECURSO PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de janeiro de 2021.

**Desembargador TORRES MARQUES**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

BLUE HILL HOTEL EIRELI, REUTER EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS EIRELI e REUTER MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI interpuseram agravo de instrumento em face da decisão proferida nos autos da recuperação judicial n. 0300852-53.2018.8.24.0073, a qual indeferiu a prorrogação do stay period.

Alegaram os agravantes, em síntese, que “tendo em vista a proximidade de se expirar o prazo de suspensão das ações e execuções movidas em face das agravantes, requer seja prorrogado o stay period até o resultado da assembleia geral de credores, a fim de promover a preservação das empresas e viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira”, até porque o administrador judicial também foi favorável à prorrogação, fato que comprova a legitimidade do pedido (ev. 1).

Deferido o pedido liminar (ev. 13) e desprovido de contrarrazões, foram os autos remetidos à representante do Ministério Público, a qual lavrou parecer pelo conhecimento e provimento do recurso “a fim de ser tornada definitiva a decisão liminar no sentido de ser prorrogado o prazo de suspensão das ações e execuções ajuizadas contra as recuperandas por mais 180 dias ou até o pronunciamento oficial acerca do resultado da assembleia geral de credores, o que primeiro se verificar” (ev. 22).

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por BLUE HILL HOTEL EIRELI, REUTER EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS EIRELI e REUTER MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI em face da decisão que indeferiu a prorrogação do stay period nos autos da recuperação judicial que ajuizaram.

O *stay period* encontra respaldo no art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005, com o seguinte teor:

*Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.*

[...]

*§ 4º Na recuperação judicial, a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.*

Todavia, considerando que um processo recuperacional é dotado de extrema complexidade, com muitos interesses distintos e classes antagônicas (inclusive privilegiadas, se considerada a natureza jurídica do crédito), a jurisprudência moderna, a qual se filia este Colegiado, adere ao posicionamento de que eventuais prorrogações do período em questão, quando não evidenciado nenhum propósito protelatório da empresa recuperanda, isto é, detectado o esforço empreendido para a solução final da discussão, corroboram medida impositiva e salutar para a manutenção do emprego e da renda.

Por óbvio que o período de suspensão não será eterno, inclusive constou na decisão que o alongamento dar-se-ia por 180 dias ou a posição definitiva da assembleia geral de credores, sem aqui desconsiderar que na origem houve manifestação do administrador judicial para uma nova prorrogação do stay period (ev. 217, eproc1).

Sobre o assunto, o STJ já decidiu:

[...] 2. É assente a orientação jurisprudencial da Segunda Seção desta Corte no sentido de admitir a prorrogação do prazo de que trata o artigo 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial), o qual determina a suspensão do curso da prescrição, bem como de todas as ações e execuções em face do devedor pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, consoante as peculiaridades do caso concreto. Incidência do enunciado contido na Súmula 83/STJ. (AgInt no AREsp n. 1.356.729/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 7/10/2019).

[...] 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o prazo de suspensão das ações e execuções na recuperação judicial, previsto no art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005, pode ser prorrogado “caso as instâncias ordinárias considerem que tal prorrogação é necessária para não frustrar o plano de recuperação” (AgInt no REsp 1.717.939/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 06/09/2018). (AgInt no REsp n. 1.809.590/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 19/9/2019).

Este Tribunal posiciona-se no mesmo sentido:

DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DECISÃO QUE PRORROGA PRAZO DE STAY PERIOD E DETERMINA SUSPENSÃO DE PROTESTOS DE TÍTULOS E DE NEGATIVAÇÕES CREDITÍCIAS - INCONFORMISMO DE CREDOR - 1) PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES - POSSIBILIDADE - PROCESSO COMPLEXO E BUROCRÁTICO - RETARDAMENTO NÃO IMPUTÁVEL À RECUPERANDA [...] 1) Se o retardamento do feito não é imputável à recuperanda, possível a prorrogação do prazo de suspensão das ações e execuções previsto no art. 6º, §4º da Lei n. 11.101/05. (Agravo de Instrumento n. 4027003-23.2017.8.24.0000, de Joaçaba, rel. Des. Monteiro Rocha, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 12/3/2020).

Especificamente deste Órgão Fracionário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. INTERLOCUTÓRIA QUE, DENTRE OUTRAS PROVIDÊNCIAS, AUTORIZA A PRORROGAÇÃO DO STAY PERIOD PELO PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS OU ATÉ A REALIZAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDITORES. INCONFORMISMO DE UM DOS CREDITORES. [...] ADUZIDA INVIABILIDADE DE PRORROGAÇÃO DO STAY PERIOD. TESE INSUBSISTENTE. DICÇÃO DO ART. 6º, § 4º, DA LEI N. 11.101/2005, QUE VEM SENDO MITIGADA PELO PRÓPRIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES DA “CORTE CIDADÃ”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO FIM PRECÍPUO DA AÇÃO DE SOERGIMENTO. [...] INEXISTÊNCIA DE PROPÓSITO PROCRASTINATÓRIO DO FEITO RECUPERACIONAL, QUE, DADA A SUA NATUREZA, AFIGURA-SE COMO COMPLEXO. [...] ALTA PROBABILIDADE DE ÊXITO AO FIM DA AÇÃO DE RESTABELECIMENTO. MANUTENÇÃO ÍNTEGRA DA INTERLOCUTÓRIA DESAFIADA. [...] REBELDIA CONHECIDA EM PARTE E IMPROVIDA. (Agravo de Instrumento n. 4014045-68.2018.8.24.0000, de Caçador, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 2/10/2018).

Não há, portanto, nenhuma mácula no caso concreto quanto à prorrogação do *stay period*, especialmente porque a função primordial do processo de origem é possibilitar que o devedor se



recupere, mantenha os postos de trabalho, pague seus credores e contribua com o desenvolvimento nacional, inclusive porque não está comprovada nenhuma conduta desidiosa ou procrastinatória das recuperandas.

Faço, por fim, uma ressalva. O momento atual de saúde pública demonstra a quão delicada é, não só a questão das agravantes - que já atravessavam uma crise financeira quando do protocolo da inicial -, mas igualmente de todas as outras empresas e organizações espalhadas pelo mundo e igualmente atingidas pela pandemia reconhecida pela Organização Mundial da Saúde.

Exatamente por isso, frise-se, o Conselho Nacional de Justiça editou a seguinte recomendação (Ato Normativo n. 0002561-26.2020.2.00.0000):

*Art. 2º Recomendar a todos os Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência que suspendam a realização de Assembleias Gerais de Credores presenciais, em cumprimento às determinações das autoridades sanitárias enquanto durar a situação de pandemia de Covid-19.*

*Parágrafo único. Verificada a urgência da realização da Assembleia Geral de Credores para a manutenção das atividades empresariais da devedora e para o início dos necessários pagamentos aos credores, recomenda-se aos Juízos que autorizem a realização de Assembleia Geral de Credores virtual, cabendo aos administradores judiciais providenciarem sua realização, se possível.*

*Art. 3º Recomendar a todos os Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência que prorroguem o prazo de duração da suspensão (stay period) estabelecida no art. 6º da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, nos casos em que houver necessidade de adiamento da realização da Assembleia Geral de Credores e até o momento em que seja possível a decisão sobre a homologação ou não do resultado da referida Assembleia Geral de Credores. (sem grifos no original).*

São, portanto, ponderações que devem ser levadas em consideração pelos julgadores na análise do caso concreto e, sobretudo, corroboram o entendimento já delineado neste voto quanto ao provimento do recurso.

Fica confirmada, por via de consequência, a liminar inicialmente deferida “para determinar a prorrogação de suspensão das ações e execuções ajuizadas contra as recuperandas por mais 180 dias ou até o pronunciamento oficial acerca do resultado da assembleia geral de credores (homologação ou rejeição do plano de recuperação judicial), o que ocorrer primeiro” (ev. 13).

Em arremate, diante da natureza jurídica da decisão recorrida, descabida a fixação de honorários recursais.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso.

**Desembargador TORRES MARQUES**  
**Relator**

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5046552-94.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS CARSTENS KOHLER

AGRAVANTE: THIAGO FELIPE DE SOUZA PAULO

AGRAVADO: AYMORE CREDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MAGISTRADO DE ORIGEM QUE DEFERE A LIMINAR APREENSIVA. INCONFORMISMO DO RÉU.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 18-11-20. INCIDÊNCIA DO PERGAMINHO FUX.

JUSTIÇA GRATUITA. VIABILIDADE DE CONCESSÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DO AGRAVANTE POSITIVADA. BALIZAMENTOS DO ART. 99, §§ 2º E 3º DO CPC/2015.

EXTINÇÃO DO FEITO POR CONTA DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS, CARACTERIZANDO-SE A OCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. INACOLHIMENTO. AVENÇA CELEBRADA EM JULHO DE 2020, VALE DIZER, QUANDO A PANDEMIA JÁ ESTAVA INSTAURADA E DIANTE DE UM NOTÓRIO CENÁRIO ECONÔMICO INSTÁVEL. EXCEPCIONALIDADE TRAZIDA PELA PANDEMIA QUE NÃO AUTORIZA O INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E TAMPOUCO IMPEDE A REGULAR BUSCA E APREENSÃO DO VEÍCULO QUE GARANTE A AVENÇA CELEBRADA ENTRE AS PARTES.

AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO EM MORA EM RAZÃO DE A NOTIFICAÇÃO SER INVÁLIDA. TESE REPELIDA. DISPENSABILIDADE DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR E, POR OBVIIDADE ULULANTE, A APOSIÇÃO DE SUA ASSINATURA PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO EM MORA. SUFICIÊNCIA DA ENTREGA DA CIENTIFICAÇÃO NO ENDEREÇO CONSTANTE NA AVENÇA.

EXISTÊNCIA DE ABUSIVIDADE NO PERÍODO DA NORMALIDADE CONTRATUAL E ILEGALIDADE NA COBRANÇA DAS TARIFAS, DEVENDO ESTAS SEREM EXCLUÍDAS DA COBRANÇA. MATÉRIAS DE DEFESA CUJO DEBATE NÃO É PRÓPRIO AO PRESENTE INSTANTE PROCESSUAL. TEMAS QUE SEQUER FORAM ESMIUÇADOS PELO JULGADOR DE ORIGEM, SENDO VEDADA A SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ENFOQUE OBSTADO.

REBELDIA CONHECIDA EM PARTE E PARCIALMENTE ACOLHIDA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer em parte do Agravo de Instrumento e dar-lhe parcial provimento apenas para deferir a gratuidade da justiça em favor do Réu, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 09 de março de 2021.

**Desembargador JOSE CARLOS CARSTENS KOHLER**

**Relator**

## RELATÓRIO

Thiago Felipe de Souza Paulo interpôs Agravo de Instrumento com pedido de antecipação da tutela recursal (Evento 1, INIC1) contra a interlocutória prolatada pelo Magistrado oficiante na Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Itajaí – doutor Stephan Klaus Radloff – que, na ação de busca e apreensão n. 5024543-39.2020.8.24.0033 detonada por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S.A. em face do ora Agravante, deferiu a liminar nos seguintes termos:

*Isso posto:*

1. *Defiro a liminar pleiteada e determino a expedição de mandado ou carta precatória de busca e apreensão do bem objeto da presente ação, que deverá ser cumprida pelo Sr. Oficial de Justiça, depositando-se em mãos do representante legal do autor, ou a quem este indicar (devendo o Sr. Oficial de Justiça declinar o nome do depositário e o endereço onde ficará depositado o bem), cientificando-se o devedor fiduciário que, no prazo de 05 (cinco) dias úteis do cumprimento da liminar, poderá pagar a integralidade da dívida (art. 3º, §2º, do Decreto Lei nº 911/69, com a nova redação dada pela Lei nº 10.931/04 e decisão proferida no REsp. 1.418.593/MS - julgado em 14/05/2014), entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial e no demonstrativo de débito (planilha 11, evento 1), acrescida dos encargos de inadimplência contratualmente previstos, mais custas processuais adiantadas e honorários advocatícios, os quais arbitro, provisoriamente, em 10% sobre o valor atribuído à causa, sob pena de consolidação da posse e propriedade do bem em favor no patrimônio do credor fiduciário (§1º, art. 3º, Dec.-Lei n. 911/69).*

2. *Realizada a apreensão, cite-se o devedor para, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentar resposta, sob pena de revelia e presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor.*

3. *Indefiro o cumprimento do mandado de busca e apreensão fora do expediente forense, porquanto, conforme art. 212, §2º, do CPC, independe de autorização judicial a realização de atos processuais nos termos do mencionado dispositivo legal, desde que ressalvado o disposto no inciso XI, do art. 5º, da CRFB/1988. Desta forma, tal medida trata-se de prerrogativa do Sr. Oficial de Justiça.*

4. *Por ora, indefiro também o pedido de arrombamento, bem como o de reforço policial na medida em que é incumbência do Sr. Oficial de Justiça diligenciar nesse sentido, havendo necessidade, por não vislumbrar, nesse momento, motivos suficientes ao seu deferimento.*

5. *Indefiro o pedido de tramitação dos autos em segredo de justiça considerando o contido na Circular n. 15/2012 da Corregedoria Geral da Justiça.*

*Intime-se. Cumpra-se.*

*(Evento 9, DESPADECI, sublinhado no original).*

Em suas razões recursais, o Recorrente almeja em sede de tutela de urgência: a) a imediata suspensão/revogação da liminar de busca e apreensão e, em caso de apreensão, a imediata restituição do bem, fixando multa por descumprimento de determinação judicial no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso.

No mérito, requer: a) seja confirmada a antecipação de tutela postulada, para revogar a liminar

de busca e apreensão e, em caso de apreensão, a imediata restituição do bem, fixando multa por descumprimento de determinação judicial no valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais) por dia de atraso; b) por se tratar de matéria de ordem pública, a intimação da Agravada para que se manifeste acerca das argumentações e pedidos subscritos no Recurso; c) seja indeferida a petição inicial, tendo em vista ser inepta, nos termos do art. 330, inciso I, do NCPC; e d) seja extinta a ação de busca e apreensão, com base no art. 485, inciso IV, do NCPC, tendo em vista a ausência de pressupostos para seguimento do feito.

Os autos ascenderam a este grau de jurisdição e foram distribuídos a esta relatoria por sorteio, na data de 18-12-20 (Evento 1).

A gratuidade da justiça foi concedida exclusivamente para o presente Inconformismo e restou indeferida a carga ativa (Evento 6, DESPADEC1).

Empós, vertidas as contrarrazões (Evento 13, CONTRAZ1), o feito volveu novamente concluso para julgamento.

É o necessário escorço.

## VOTO

Esclareço, por oportuno, que a decisão recorrida se subsume ao regramento processual contido no CPC/2015, porquanto a publicidade do comando judicial prolatado pelo Estado-Juiz se deu já na vigência do novel Código Adjetivo Civil.

### 1 Do Inconformismo

Almeja o Recorrente: a) a concessão da justiça gratuita; b) a extinção do feito por conta da pandemia do coronavírus, caracterizando-se a ocorrência de caso fortuito ou força maior; c) a ausência de constituição em mora em razão de a notificação ser inválida; e d) a existência de abusividade no período da normalidade contratual e das tarifas, devendo estas serem excluídas da cobrança.

Porém, o Reclamo deve ser conhecido em parte e parcialmente acolhido.

Acerca da gratuidade, estabelece o art. 99, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil de 2015 que:

*§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.*

*§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.*

Brota dos autos que o Agravante apresentou os seguintes documentos:

a) declaração de hipossuficiência (Evento 1, DECLPOBRE3 e Evento 1, DECLPOBRE6);

b) infomação de que a sua DIRPF 2020 não consta na base de dados da Receita Federal (Evento 1, OUT4); e

b) CTPS indicando admissão, em 24-4-18, como operador de loja na Cassol Materiais de Construção Ltda., auferindo a remuneração de R\$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais) – Evento 1, OUT7.

Considerando os elementos suso indicados, tenho que o valor disponível mensalmente ao Insurgente para o custeio de sua subsistência é pouco mais de 1 (um) salário mínimo, inexistindo indício de que o Agravante possua patrimônio substancial.

Dessarte, não há outra solução não há senão deferir o beneplácito da gratuidade da justiça em prol do Irresignado.

Noutro giro, a avença objeto da exordial foi celebrada entre as Partes em 16-7-20 (Evento 1, CONTR5).

Vale dizer, a pandemia já estava instaurada ao tempo da assinatura do contrato e, mesmo diante de um notório cenário econômico instável, o Réu optou por assumir o financiamento do veículo, sendo incongruente que agora ventile que a falta de estabilidade sócioeconômica que atualmente está submetido é fator preponderante para o inadimplemento contratual e a impossibilidade de busca e apreensão do veículo.

Ora, é necessário observar que “ainda que existente crise econômica no país, inexistente norma legal que autorize a dilação de prazo para o pagamento das prestações em decorrência da pandemia, além do que, meras oscilações econômicas não permitem, em regra, a aplicação da cláusula *rebus sic standibus* [sic] (TJSC, Agravo de Instrumento n. 1001121-47.2016.8.24.0000, de Jaraguá do Sul, rel. Rogério Mariano do Nascimento, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 20-4-2017)” (Agravo de Instrumento n. 5034663-46.2020.8.24.0000, Rela. Desa. Janice Garcia Ubiali, j. 15-12-20).

Com efeito, a excepcionalidade trazida pela pandemia não autoriza o inadimplemento contratual e tampouco impede a regular busca e apreensão do veículo que garante a avença celebrada entre as Partes.

Com relação à alegação de irregularidade na notificação extrajudicial em razão de ter sido recebida por Terceiro, a tese também merece naufragar.

Isso porque é desnecessária a notificação pessoal do Devedor – e, por obviedade ululante, a aposição de sua assinatura – para fins de comprovação da constituição em mora, sendo suficiente a entrega da cientificação no endereço constante no contrato.

A propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

*AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. MORA. NOTIFICAÇÃO ENCAMINHADA E RECEBIDA NO ENDEREÇO DO DEVEDOR, CONSTANTE DO CONTRATO. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.*

*1. A mora decorre do simples vencimento, devendo, por formalidade legal, para o ajuizamento da ação de busca e apreensão, ser apenas comprovada, pelo credor, mediante envio de notificação por via postal, com aviso de recebimento no endereço do devedor indicado no contrato, o que ocorreu na presente hipótese, sendo prescindível, para esse efeito, a assinatura do destinatário. Incide, à espécie, a Súmula 83/STJ.*

*2. Agravo interno a que se nega provimento.*

*(AgInt no AREsp n. 1064969/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17-8-17, gize).*

Em idêntico tom, já proclamou este Órgão Fracionário:

*APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO**. EXTINÇÃO DO FEITO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL. CONSTITUIÇÃO EM MORA. RECURSO DA PARTE AUTORA. NOTIFICAÇÃO **EXTRAJUDICIAL FRUSTRADA**. CARTA COM AVISO DE RECEBIMENTO QUE RETORNA COM ANOTAÇÃO “AUSENTE” E “DESCONHECIDO”. DEVER DA PARTE REQUERIDA DE MANTER SEU ENDEREÇO ATUALIZADO JUNTO À CASA BANCÁRIA EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. ENTENDIMENTO FIXADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **DESNECESSIDADE DE EFETIVO RECEBIMENTO DA NOTIFICAÇÃO PARA FINS DE CONSTITUIÇÃO EM MORA**. RECURSO PROVIDO.*

*(Apelação Cível n. 0303997-58.2017.8.24.0007, Rel. Des. Torres Marques, j. 19-6-18, destaquei).*

No caso em apreço, verifico que a Financeira optou por promover a notificação extrajudicial do Réu, enviando-a por meio de carta registrada com aviso de recebimento (Evento 1, NOT8 dos autos de origem) ao mesmo logradouro informado pelo Agravante na avença: Rua S Joaquim, n. 519, casa, São Vicente, Itajaí, CEP 88309-000 (Evento 1, CONTR5).

Logo, sob este aspecto, a mora restou devidamente postivada.

Por fim, tendo em vista que a alegada abusividade contratual e ilegalidade das tarifas são matérias de defesa cujo debate não é próprio ao presente instante processual, por ora deixo de adentrar no exame da questão, até mesmo porque o tema não foi esmiuçado pelo Julgador de origem, sendo vedada a supressão de instância.

## 2 Da verba honorária recursal

No que toca aos honorários sucumbenciais recursais, por ter sido publicada a decisão vergastada na vigência do Novo Código de Processo Civil, as alterações relativas ao cálculo dos honorários advocatícios introduzidas por este novo Diploma, em tese, teriam aplicação ao caso sub judice, em obediência à regra de direito intertemporal no art. 14 do novo Diploma Legal.

Todavia, por não ter havido, na primeira instância, condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, dada a natureza jurídica da decisão prolatada, a fixação do estipêndio recursal neste grau de jurisdição é descabida.



É o quanto basta.

Ante o exposto, voto por conhecer em parte do Agravo de Instrumento e dar-lhe parcial provimento apenas para deferir a gratuidade da justiça em favor do Réu.

**Desembargador JOSE CARLOS CARSTENS KOHLER**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 5000648-84.2017.8.24.0023/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR SÉRGIO IZIDORO HEIL

APELANTE: OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (EXECUTADO)

APELADO: ALEI SIQUEIRA (EXEQUENTE)

APELADO: ANDERSON DE ANDRADE (EXEQUENTE)

APELADO: DALGISA CECHINEL DA SILVA (EXEQUENTE)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO REJEITADA E EXTINÇÃO DA FASE EXECUTIVA. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO (VPA). MONTANTE ACIONÁRIO QUE, POR SER VINCULADO À TELEBRÁS S.A., POSSUÍA SEUS VALORES DELIMITADOS DE FORMA TRIMESTRAL. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL QUE CONSIGNA A APLICAÇÃO DO VPA DA ÉPOCA DA INTEGRALIZAÇÃO. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA QUANTIA PATRIMONIAL DO TÍTULOS ACIONÁRIOS QUE ESTAVA VIGENTE NO MÊS DE ASSINATURA DO CONTRATO. TRANSFORMAÇÕES ACIONÁRIAS E VALORAÇÃO DA AÇÃO (TELEFONIA FIXA). MATÉRIA DEBATIDA NA FASE DE CONHECIMENTO. RESPONSABILIDADE DA SUCESSORA PELA COMPLEMENTAÇÃO DAS AÇÕES RECONHECIDA E DECLARADA. EVOLUÇÃO ACIONÁRIA QUE DEVE SER OBSERVADA. COTAÇÃO PAUTADA EM TÍTULOS MOBILIÁRIOS DA SUCESSORA. AVENTADO EQUÍVOCO NO FATOR DE CONVERSÃO DA TELESC CELULAR EM TELEPAR CELULAR. CÁLCULO REALIZADO COM BASE NA TABELA DA CORREGEDORIA-GERAL DESTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO, ADEMAIS, QUE COMPROVE A UTILIZAÇÃO DE VALORES INCORRETOS. VALOR DA AÇÃO (TELEFONIA MÓVEL). TÍTULO EXEQUENDO QUE DETERMINOU O EMPREGO DA MAIOR COTAÇÃO APURADA ENTRE A DATA DA INTEGRALIZAÇÃO E A DO TRÂNSITO EM JULGADO. MANUTENÇÃO DE TAL CRITÉRIO EM RESPEITO À COISA JULGADA. DIVIDENDOS. DIREITO DOS ACIONISTAS DIANTE DA SUCESSÃO EMPRESARIAL. SUSCITADA NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DOS PROVENTOS DA TELEPAR S/A. TESE NÃO ACOLHIDA. CAPITAL SOCIAL DA TELESC S.A. QUE JÁ FAZIA PARTE DA TELEPAR QUANDO DA LIBERAÇÃO DOS PROVENTOS EM DISCUSSÃO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, ADEMAIS, ACERCA DO ALEGADO PAGAMENTO. TESE DE INCORREÇÃO NO CÁLCULO DOS JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO. ARGUMENTOS GENÉRICOS QUE SE MOSTRAM INCAPAZES DE DERRUIR O CÁLCULO APRESENTADO. AVENTADA NECESSIDADE DE EXCLUSÃO DA PARCELA DE RESERVA ESPECIAL DO ÁGIO. INSUBSISTÊNCIA. PROVEITO CONCEDIDO AOS ACIONISTAS EM FORMA DE BONIFICAÇÃO. DECORRÊNCIA LÓGICA. PRECEDENTES DESTA CORTE. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO ILÍQUIDO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ACOLHIMENTO. CERTIDÃO DE CRÉDITO QUE DEVE SER EXPEDIDA SOMENTE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE RESOLVEU A IMPUGNAÇÃO. REFORMA, NO PONTO. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DO JULGADOR DISCORRER ACERCA DE TODOS OS DISPOSITIVOS DE LEI INVOCADOS NO APELO. HONORÁRIOS RECURSAIS. INVIABILIDADE DE MAJORAÇÃO EM GRAU RECURSAL DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE ARBITRAMENTO DA VERBA ADVOCATÍCIA NA ORIGEM. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos da fundamentação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 11 de maio de 2021.

**Desembargador SERGIO IZIDORO HEIL**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de recurso de apelação interposto por OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL em face da sentença proferida pela Juíza de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Florianópolis que, nos autos do cumprimento de sentença n. 5000648-84.2017.8.24.0023, aforado por ALEI SIQUEIRA e outros, decidiu nos seguintes termos:

*Ante o exposto, **REJEITO** a impugnação ao cumprimento de sentença e **HOMOLOGO** o valor apurado pela Contadoria Judicial lançado no evento 38/43 e ratificado no evento 66, apontando como devida a quantia de R\$ R\$ 113.357,07 (cento e treze mil, trezentos e cinquenta e sete reais e sete centavos), conforme planilha datada de 04.06.2020, devendo este valor sofrer atualização, se necessário, e acréscimo de multa e honorários advocatícios da fase de cumprimento, como consectários previstos no art. 523, § 1º, do CPC/15. (TJ-RS - Agravo de Instrumento AI 70078502184. 28/09/2018).*

*Ainda, **JULGO EXTINTO o presente cumprimento de sentença**, com base no art. 59 da Lei 11.101/2005 e **DETERMINO** a expedição da respectiva certidão para habilitação do crédito.*

*Incabível condenação pela rejeição da presente impugnação, consoante fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Representativo de Controvérsia n.º 1.134.186: [...].*

*Desconstituo eventual penhora efetuada neste processo e **DETERMINO** a expedição de alvará, de eventual o valor depositado em juízo, a benefício da parte executada, já que o crédito será pago conforme ordem estabelecida no plano de recuperação.*

*Fica autorizado o desentranhamento/devolução de documentos, mediante retirada de cópias, facultando que a parte requerente o retire(s) mediante recibo.*

*Custas da impugnação, pela executada/impugnante. [...] (evento 83).*

Em suas razões, sustenta, em síntese, que: o VPA utilizado no cálculo dos contratos PEX404006, PEX377525 e PEX536786 foi apurado em mês anterior à respectiva integralização do capital; há equívoco quanto ao entendimento relativo aos reflexos acionários; a quantidade de ações devidas se refere à Telebrás, de modo que a indenização deve ser relativa a tais ações; mostra-se equivocada a conversão de cada ação da empresa Telesc Celular em 6.333,80 ações da Telepar Celular, sendo que

o fator correto de incorporação corresponde a 4,0015946198; o cálculo homologado traz valoração da ação por quantia que não corresponde ao valor da ação da Telebrás; a valoração das ações da telefonia móvel, equivocadamente, considera as ações da TIM Participações S/A no valor de R\$ 9,18 em 22/03/2000 e R\$ 13,19 em 27/12/2006; há equívoco na apuração homologada quanto aos valores lançados a título de dividendos, já que emprega quantia relativa à empresa Telesc/Brasil Telecom; o contador equivoca-se ao considerar parcela de dividendos Telepar no valor de R\$ 18,763 como sendo relativa ao exercício de 2000; há equívoco no cálculos dos juros sobre o capital próprio da telefonia móvel; a parcela de reserva especial de ágio deve ser extirpada do cálculo; o crédito discutivo nos autos ainda é ilíquido, razão pela qual o feito deve prosseguir até o trânsito em julgado da execução; é impossível a habilitação de crédito ilíquido na recuperação judicial; é necessária a manifestação expressa acerca dos dispositivos legais invocados para fins de prequestionamento. Pugnou, ao final, pelo total provimento da insurgência (evento 92).

Com as contrarrazões (evento 99), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Este é o relatório.

## VOTO

De início, vale esclarecer que tanto a prolação da decisão recorrida quanto a interposição do recurso sucederam à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), de modo que os pressupostos de admissibilidade recursal devem observar o regramento disposto no novo diploma, consoante disposto no Enunciado Administrativo n. 3 do STJ.

Dito isso, verifica-se que a empresa de telefonia apelante insurgiu-se em relação aos cálculos elaborados pela Contadoria Judicial, e homologados pela Juíza a quo, levantando teses que merecem discussão, a saber:

### Valor Patrimonial da Ação - VPA

Defende a insurgente que, na apuração dos contratos PEX404006, PEX377525 e PEX536786, a Contadoria Judicial, erroneamente, utilizou VPA da empresa Telebrás apurado meses antes da respectiva integralização. Aduz que o cálculo da diferença acionária deve considerar o VPA vigente na data da integralização, e não valor divulgado em mês anterior.

É incontroverso que os contratos de participação financeira foram assinados, respectivamente, em 08/02/1993, 19/11/1991 e 22/10/1993.

No caso dos autos, por se tratar de ações emitidas pela Telebrás S.A., a qual consolidava os valores patrimoniais das parcelas representativas do seu capital de forma trimestral, mostra-se correta a aplicação dos VPAs estabelecidos em dezembro/1992, setembro/1991 e setembro/1992, pois eram os valores ainda vigentes nos meses em que ocorreram os efetivos aportes financeiros.

Registre-se, por oportuno, que, conforme entendimento desta Corte, o valor referencial da ação deve ser anterior, e não posterior ao da data da compra, pois não se pode considerar VPA futuro na realização dos cálculos.

Nesse sentido, colaciona-se julgado desta Câmara

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL EM FASE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE ACOLHEU EM PARTE O INCIDENTE DEFENSIVO. INCONFORMISMO DA IMPUGNANTE. [...]. VALOR PATRIMONIAL DA AÇÃO. MONTANTE ACIONÁRIO QUE, POR SER VINCULADO À TELEBRÁS.S.A. POSSUÍA SEUS VALORES DELIMITADOS DE FORMA TRIMESTRAL. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL QUE CONSIGNA A APLICAÇÃO DO VPA APURADO NO BALANCETE DA ÉPOCA DA INTEGRALIZAÇÃO. AJUSTE ENTABULADO EM SETEMBRO/87. APLICAÇÃO DA QUANTIA PATRIMONIAL DOS TÍTULOS ACIONÁRIOS QUE FORAM DIVULGADAS EM SETEMBRO/87 COMPREENDENDO O TRIMESTRE DA ASSINATURA DO CONTRATO. INTERLOCUTÓRIA MANTIDA NA SEARA. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO CÓDIGO FUX. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA VERBA PROFISSIONAL NA ORIGEM. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELA “CORTE DA CIDADANIA”. REBELDIA IMPROVIDA. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4005060-47.2017.8.24.0000, de Tijucas, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 18-07-2017).*

Assim, não há qualquer modificação a ser feita no decisum, que considerou acertado a aplicação dos últimos VPAs informados (conhecidos) quando da compra dos terminais telefônicos.

#### Transformações acionárias e valoração das ações (telefonia fixa)

Sustenta a insurgente que há equívoco quanto ao entendimento relativo aos reflexos acionários. Entende que, como o contrato foi celebrado com a Telebrás S/A, deve ser ela a responsável por eventual quantia devida a título de diferença de ações. Defende, por fim, que a valoração das ações da telefonia fixa foi realizada por um valor que não corresponde ao valor da ação Telebrás.

Sem razão a recorrente. Isso porque, a evolução acionária deve ser considerada em observância aos parâmetros de cálculo determinados pelo título executivo judicial, no qual restou assentada a legitimidade da ora recorrente para responder pelas obrigações assumidas pelas companhias sucedidas.

Acerca do assunto, aliás, repita-se que, como a responsabilidade pela complementação das ações subscritas de forma deficiente recai sobre a executada, deve a cotação ter como parâmetro os seus títulos, tornando-se irrelevante o fato das ações terem sido emitidas pela Telebrás.

A propósito, esta Corte de Justiça já enfrentou a questão, manifestando-se da seguinte forma:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADIMPLENTO CONTRATUAL. DECISÃO QUE REJEITOU A*

*IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECURSO DA EMPRESA DE TELEFONIA. SUSTENTADA A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO ATACADA. INSUBSISTÊNCIA. DECISÓRIO DEVIDAMENTE EMBASADO. TESE AFASTADA. REQUERIDA A APLICAÇÃO DA PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DO CÁLCULO DA CONTADORIA JUDICIAL. MAGISTRADO QUE ENFRENTOU CADA ARGUMENTO DE DEFESA E CONSIDEROU A APURAÇÃO DO SERVIDOR CORRETA. REJEIÇÃO. ALEGADA A INOBSERVÂNCIA DAS TRANSFORMAÇÕES ACIONÁRIAS OCORRIDAS NA EMPRESA EMISSORA DAS AÇÕES E A VALORAÇÃO INCORRETA DA COTAÇÃO ADOTADA NA CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PECÚNIA. RECORRENTE QUE PRETENDE REDISCUTIR TEMA DEFINIDO NO TÍTULO EXECUTIVO. RESPONSABILIDADE ESCORREITA. EVOLUÇÃO ACIONÁRIA DEVIDAMENTE OBSERVADA. MATÉRIAS REJEITADAS. APONTADA AUSÊNCIA DA PLANILHA EVOLUTIVA DOS RENDIMENTOS. OPERAÇÃO QUE NÃO FOI JUNTADA. ACOLHIMENTO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4009249-97.2019.8.24.0000, de São Joaquim, rel. Des. Torres Marques, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 19-05-2020) (grifei).*

E:

*APELAÇÕES CÍVEIS. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SUBSCRIÇÕES DE AÇÕES DA TELEFONIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO. INSURGÊNCIA DA EMPRESA DE TELEFONIA EXECUTADA E DO CONSUMIDOR EXEQUENTE. [...]. TRANSFORMAÇÃO ACIONÁRIA. AÇÕES EMITIDAS PELA TELEBRÁS. UTILIZAÇÃO DOS VALORES REFERENTE AS TRANSFORMAÇÕES ACIONÁRIAS DA TELESC EM BRASIL TELECOM. LEGALIDADE. ATO DECORRENTE DA DESESTATIZAÇÃO DA TELEBRÁS EM 12 NOVAS COMPANHIAS HOLDINGS, SENDO UMA DELAS A TELESC. MEDIDA NECESSÁRIA PARA APURAR CORRETAMENTE O NÚMERO DE AÇÕES DEVIDAS E SEUS RESPECTIVOS VALORES. VALORAÇÃO DAS AÇÕES - COTAÇÃO. **PRETENSÃO DE UTILIZAÇÃO DOS VALORES REFERENTE AS AÇÕES TELB3 E TELB4. NÃO CABIMENTO. PAPÉIS DA TELEBRÁS QUE SOFRERAM SUCESSIVAS MODIFICAÇÕES ATÉ CHEGAR AO EQUIVALENTE DA BRASIL TELECOM. CÁLCULO COM BASE NAS AÇÕES BRT03 E BRT04 CORRETO.** [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0359868-11.2006.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 23-04-2020) (grifei).*

Registre-se, ademais, que o fator de conversão aplicado na apuração “*visa retratar o número correto de ações devida à parte ante a desestatização da Telebrás em 12 novas companhias holdings, sendo uma delas a Telesc S/A e, após a incorporação desta pela Telepar e a posterior alteração da Telepar S/A para Brasil Telecom. Acaso isso não ocorra, torna-se inviável apurar eventual diferença de valores, pois a cada incorporação e/ou negociação das ações, elas passavam a representar um capital diferente do anterior*” (AC n. 0007363-62.2019.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. em 31-10-2019).

Assim, é necessário que o cálculo da subscrição deficitária abranja as modificações societárias ocorridas com a Telebrás S/A – companhia que originariamente emitiu as ações aos acionistas.



### Transformações societárias

No que se refere à telefonia móvel, alega que o auxiliar do juízo laborou em equívoco ao converter cada ação da empresa Telesc Celular em 6.333,80 ações da Telepar Celular, já que o fator correto de incorporação a ser considerado é 4,0015946198, ocasionando excesso de execução.

Todavia, o argumento não merece acolhimento. Isso porque, no caso em análise, o cálculo apresentado pela Contadoria Judicial foi elaborado por meio do link disponibilizado pela Corregedoria de Justiça de Santa Catarina para apuração de valores devidos à acionistas em processos judiciais que visam a subscrição acionária (evento 66), circunstância que reforça a legalidade do fator de conversão utilizado na apuração do *quantum debatur*.

Convém lembrar, por oportuno, que “*esta Corte de Justiça, por meio do Comunicado CGJ n. 67, uniformizou o modo de cálculo do importe devido por meio da confecção de uma planilha, elaborada pela Assessoria de Custas da Corregedoria-Geral de Justiça, de modo que “não mais se discutem fatores de conversão da evolução acionária da companhia”* (Apelação Cível n. 0015630-75.2019.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, Terceira Câmara de Direito Comercial) (TJSC, Apelação n. 5000130-94.2017.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sebastião César Evangelista, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 11-02-2021) (grifei).

No mesmo sentido, aliás, é o entendimento deste Órgão Fracionário:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADIMPLEMTO CONTRATUAL EM FASE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TOGADO DE ORIGEM QUE ACOLHEU EM PARTE O PETITÓRIO DE OBJEÇÃO. INSURGÊNCIA DA RÉ. [...] TRANSFORMAÇÕESACIONÁRIAS DE TELEFONIA MÓVEL. DEFENDIDA INCORREÇÃO NO CÔMPUTO DO CONTADOR QUE SE UTILIZOU DO FATOR DE INCORPORAÇÃO CORRESPONDENTE A 6.333,80, PREVISTO NA PLANILHA DE CÁLCULO DESENVOLVIDA PELA ASSESSORIA DE CUSTAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA. TESE RECHAÇADA. CÔMPUTO ELABORADO COM BASE EM “PLANILHA PARA CÁLCULO DE DIFERENÇA DE SUBSCRIÇÃO DAS AÇÕES DE TELEFONIA BRT”. EXEGESE DO COMUNICADO CGJ N. 67 DESTE AREÓPAGO. CÁLCULO REALIZADO EM CONFORMIDADE COM A APOSTILA DESENVOLVIDA NO ENCONTRO DE CONTADORES JUDICIAIS, REALIZADA PELA ASSESSORIA DE CUSTAS DESTE SODALÍCIO, A QUAL ESTABELECEU A UTILIZAÇÃO DO REFERIDO FATOR DE CONVERSÃO PARA CONFECÇÃO DO CÔMPUTO (QUESTIONAMENTO N. 11, DO ITEM N. 133) PRECEDENTES. DEFENDIDA INCORREÇÃO NA VALORAÇÃO DAS AÇÕES. VERSÃO DESGUARNECIDA DE LASTRO PROBATÓRIO. EXECUTADA QUE NÃO LOGROU ÊXITO EM DERRUIR AS QUANTIAS FINCADAS NO DECISÓRIO ADMOESTADO. COMANDO MANTIDO NO TÓPICO. SUPOSTA CARÊNCIA DE AMORTIZAÇÃO DAS AÇÕES DA TELEFONIA CELULAR JÁ EMITIDAS PARA A EXEQUENTE. INACOLHIMENTO. AUTORES QUE TIVERAM AS AÇÕES DA TELEFONIA FIXA CAPITALIZADAS EMPÓS O EVENTO DA CISÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO NO CADERNO PROCESSUAL QUE POSITIVE A EMISSÃO DAS AÇÕES DA DOBRA ACIONÁRIA, AINDA QUE RELATIVAS AO NUMERÁRIO DAS AÇÕES DA FIXA QUE OS DEMANDANTES POSSUÍAM. ENCARGO PROCESSUAL QUE INCUMBIA À CONCESSIONÁRIA, NA FORMA DO ART. 373, INCISO II, DO CPC. INTERLOCUTÓRIA PRESERVADA NO PONTO. REBELDIA PARCIALMENTE CONHECIDA E IMPROVIDA. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5039976-85.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. José Carlos Carstens Kohler, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 09-02-2021) (grifei).**

E:

*APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO PARCIALMENTE ACOLHIDA. EXECUÇÃO EXTINTA. RECURSO DA EXECUTADA. DIFERENCIAL ACIONÁRIO. TESE DE NÃO AMORTIZAÇÃO DE AÇÕES JÁ EMITIDAS À ÉPOCA DA INTEGRALIZAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. CAPITALIZAÇÃO DAS AÇÕES QUE OCORREU EM 1999, APÓS A CISÃO DA TELESC S.A. ALTERAÇÕES SOCIETÁRIAS. FATOR DE CONVERSÃO DAS AÇÕES DA TELESC CELULAR EM AÇÕES DA TELEPAR CELULAR. CÁLCULO DA CONTADORIA APURADO COM BASE EM ORIENTAÇÃO DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA. DIVIDENDOS. SENTENÇA EXEQUENDA QUE DETERMINOU O PAGAMENTO APENAS EM RELAÇÃO À DIFERENÇA ACIONÁRIA. SENTENÇA APELADA QUE DECIDIU NESSE SENTIDO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. JUROS SOBRE CAPITAL PRÓPRIO. EXECUTADA QUE NÃO APONTA OS VALORES QUE ENTENDE CORRETOS. CÁLCULO, ADEMAIS, CORRETAMENTE REALIZADO COM BASE NA PLANILHA CONFECCIONADA PELA ASSESSORIA DE CUSTAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. CERTIDÃO DE HABILITAÇÃO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO SOMENTE APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DESTA DECISÃO. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS RECURSAIS. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação n. 5000525-86.2017.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Janice Goulart Garcia Ubialli, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 26-01-2021) (grifei).*

Logo, o *decisum* não merece qualquer modificação, no ponto.

#### Valoração da ação - Telefonia móvel

Defende a apelante que há equívoco nos cálculos homologados na origem, porquanto empregou a cotação das ações da TIM Participações S.A., no valor de R\$ 9,18 em 22/03/2000 e R\$ 13,19 em 27/12/2006, ao passo que a parte exequente apenas se tornou acionista da aludida empresa em 06-07-2005.

A tese, entretanto, não merece acolhimento. Isso porque, o critério de conversão aplicado na elaboração do cálculo apenas atendeu ao previsto no título judicial exequendo, o qual determinou como critério de conversão das ações “*a maior cotação no mercado financeiro entre a data da integralização e a do trânsito em julgado desta decisão*” (fl. 164 do processo de conhecimento, SAJPG).

Diante disso, imperativa a manutenção da cotação aplicada.

#### Dividendos Telebrás

Assevera a apelante que os dividendos devem ser apurados com base nos valores distribuídos para os possuidores das ações em discussão (Telebrás), e não de empresa diversa (Telesc/Brasil Telecom). Mais uma vez, sem razão.

Isso porque, em decorrência da sucessão empresarial ocorrida, os acionistas da emitente Telebrás mantiveram seus direitos a participação nos lucros distribuídos das empresas que sucederam-na.

Assim, “[...] o apelado passou a ser acionista também da recorrente, por força dos diversos eventos corporativos pelos quais passaram as suas antecessoras, o que ocasionou uma série de transformações societárias, que resultou em benefícios aos subscritores, dentre os quais o direito à percepção de dividendos” (TJSC, Apelação Cível n. 0011604-34.2019.8.24.0038, de Joinville, rel. Torres Marques, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 29-09-2020).

No mesmo sentido, cita-se, ainda:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE REJEIÇÃO DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECURSO DA IMPUGNANTE-EXECUTADA. [...]. DIVIDENDOS. ARGUMENTO DE QUE OS VALORES UTILIZADOS DEVEM PERTENCER À TELEBRÁS E NÃO ÀS EMPRESAS DIVERSAS. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA, SEM APONTAR/COMPROVAR COM PRECISÃO OS VALORES QUE ENTENDE EQUIVOCADOS. ÔNUS DE IMPUGNAR ESPECIFICAMENTE QUE PERTENCE À IMPUGNANTE. INDENIZAÇÃO, ADEMAIS, QUE DEVE REFLETIR A EVOLUÇÃO ACIONÁRIA DA TELEBRÁS. TESE INACOLHIDA. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. DIVIDENDOS. ALEGAÇÃO DE QUE FOI INCLUÍDA PARCELA DE DIVIDENDOS PAGA PELA TELEPAR ANTES DE SUA INCORPORAÇÃO PELA TELESC. TESE DERRUÍDA. PARCELA LIBERADA EM DATA POSTERIOR À INCORPORAÇÃO. DEMONSTRATIVO ELABORADO EM CONSONÂNCIA COM OS VALORES CONTIDOS NA PLANILHA PARA CÁLCULO DE DIFERENÇA DE SUBSCRIÇÕES E AÇÕES DE TELEFONIA- BRT ELABORADO PELA ASSESSORIA DE CUSTAS DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DESTES TRIBUNAL. ALEGAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO AO EQUÍVOCO DO CÁLCULO. ÔNUS QUE INCUMBIA À AGRAVANTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 373, II, DO CPC/2015. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5016121-77.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. LUIZ ZANELATO, 1ª Câmara de Direito Comercial, j. 20-08-2020).*

Nesse contexto, é certo que os exequentes não fazem jus exclusivamente aos proventos distribuídos aos acionistas da Telebrás, pois, como consequência das transformações societárias ocorridas com a empresa, passaram a ser acionista também das suas sucessoras.

### Dividendos - Telepar

Aduz a recorrente, ainda, que a parcela de dividendos considerada no cálculo no ano de 2000 corresponde à parcela paga pela Telepar relativa ao resultado do exercício apurado em 1998, no valor de R\$ 18,763 por lote de 1.000 ações, o que se mostra equivocado.

Relembre-se, inicialmente, que, como é de conhecimento público e notório, os proventos advindos da concessionária Telepar S/A foram liberados em 28-4-2000, ou seja, quando o capital

social da Telesc S/A - levando-se em conta que a incorporação se deu em 28-2-2000 - já fazia parte da Telepar S/A.

Não obstante, verifica-se que a companhia executada não comprovou que a Telepar disponibilizou aos acionistas o pagamento dos dividendos das ações já emitidas, não se mostrando suficiente meras alegações de que a aprovação da distribuição dos proventos ocorreu em 29-04-1999, tal como inserida nas razões recursais, como comprovação do alegado pagamento.

Registra-se, ademais, que, segundo entendimento firmado nesta Corte, “*a evolução acionária - conversão da Telesc para Telepar, e esta para Brasil Telecom S/A - tornou-se imprescindível para obter-se o número de ações a que faria jus a parte agravada, já que a cada transformação era modificado o seu capital, cujo resultado apresenta-se como elemento para o cálculo dos dividendos*” (TJSC, Apelação Cível n. 0013209-60.2019.8.24.0023, da Capital, rel. Rejane Andersen, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 14-07-2020).

Diante disso, não há qualquer modificação a ser feita, no ponto.

#### Juros Sobre o Capital Próprio

Assevera a insurgente que o contador judicial calculou de forma equivocada a parcela de Juros Sobre Capital Próprio paga pela Telesc Celular em 19/05/2003, relativa ao resultado apurado em 31/12/2002, no valor de R\$ 0,0344697263 ou R\$ 34,4697263 por lote de 1.000 ações.

Ocorre que a apelante não demonstrou qual o correto montante a ser utilizado na elaboração do cálculo, ou seja, qual seria a quantia daquele exercício que entende como devida, o que torna sua alegação desmotivada e genérica.

Nesse contexto, a minguada de comprovação a respeito do alegado desacerto no cálculo, que, como dito anteriormente, apurou o montante devido por meio de ferramenta disponibilizada pela Corregedoria Geral de Justiça deste Tribunal, a decisão recorrida não merece qualquer reparo.

Em caso semelhante, decidiu esta Corte:

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ADIMPLENTO CONTRATUAL. DECISÃO QUE ACOLHEU PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO. INSURGÊNCIA DA EMPRESA DE TELEFONIA. [...]. ALTERAÇÕES SOCIETÁRIAS. FATOR DE CONVERSÃO DA TELESC CELULAR EM TELEPAR. CÁLCULO APURADO COM BASE NA TABELA DA CORREGEDORIA GERAL DESTA E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO QUE COMPROVA A UTILIZAÇÃO DE VALORES INCORRETOS. PARTE QUE NÃO DESINCUMBIU DE SEU ÔNUS. CÁLCULO DA PARCELA DOS DIVIDENDOS E DOS JUROS SOBRE O CAPITAL PRÓPRIO DA TELEFONIA MÓVEL. RETIFICAÇÃO EM RAZÃO DA UTILIZAÇÃO DE VALOR DA TELEPAR CELULAR NO EXERCÍCIO DO ANO DE 2002, PORQUANTO ESTA INCORPOROU A TELESC CELULAR SOMENTE NO ANO DE 2003. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA, SEM APONTAMENTO DE QUAL O MONTANTE CORRETO. APURAÇÃO REALIZADA CONFORME FERRAMENTA DISPONIBILIZADA PELA CORREGEDORIA-**

**GERAL DE JUSTIÇA DESTA CORTE. PREPONDERÂNCIA. PRECEDENTES.** “Não se desincumbindo a apelante do ônus de demonstrar a inexatidão dos valores utilizados pelo contador do juízo, porquanto não trouxe qualquer documento hábil a comprovar o cômputo de dividendos pagos pela Telepar, deve ser mantida a apuração realizada pelo órgão auxiliar do juízo”. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.018397-7, de Criciúma, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 30-06-2015). Recurso conhecido em parte e, nesta, desprovido. (Agravo de Instrumento n. 4017902-88.2019.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 01-08-2019) (grifei).

Logo, não merece amparo a pretensão.

### Reserva especial de ágio

Defende a apelante, ademais, que ofende a coisa julgada a indevida inclusão de parcela relativa à reserva especial de ágio, de modo que os valores devem ser extirpados dos cálculos.

Sem razão, contudo. Isso porque, sabe-se que “o direito à percepção dos valores atinentes à reserva de ágio nasceu com a aquisição da Companhia Riograndense de Telecomunicações S/A (CRT) pela Brasil Telecom S/A, ocasião em que os valores decorrentes desse evento corporativo foram repassados aos acionistas na forma de bonificação” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4001287-86.2020.8.24.0000, de Itajaí, rel. Torres Marques, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 14-07-2020).

Logo, sendo o benefício decorrência lógica da subscrição acionária, sua inclusão nos cálculos do quantum debeat mostrá-se escorreita.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte de Justiça: Agravo de Instrumento n. 4000302-20.2020.8.24.0000, de Campo Belo do Sul, rel. Cláudio Barreto Dutra, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 13-08-2020; Agravo de Instrumento n. 4002799-07.2020.8.24.0000, da Capital, rel. Newton Varella Júnior, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 28-07-2020; Agravo de Instrumento n. 4001533-82.2020.8.24.0000, de Itajaí, rel. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 09-07-2020; Agravo de Instrumento n. 4002673-54.2020.8.24.0000, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. José Carlos Carstens Köhler, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 16-06-2020.

### Habilitação de crédito ilíquido na Recuperação Judicial

Assevera a insurgente, por fim, que, como o crédito exequendo não foi completamente liquidado, visto que não foi certificado o trânsito em julgado da decisão que resolveu a impugnação, resta impossibilitada a habilitação do crédito nos autos da Recuperação Judicial.

Razão lhe assiste. Isso porque, como apenas os créditos líquidos podem ser habilitados na recuperação judicial, a extinção da fase executiva e a expedição de certidão para habilitação do crédito devem ocorrer somente após a apuração definitiva do valor devido.



Nesse sentido, aliás, é o entendimento deste Órgão Fracionário:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL EM FASE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TOGADO DE ORIGEM QUE ACOLHE, EM PARTE, A DEFESA E JULGA EXTINTO O FEITO. RECURSO DA DEVEDORA. [...]. ALEGAÇÃO DE QUE SE DEVE PROCEDER COM A QUANTIFICAÇÃO DO SUPOSTO CRÉDITO NOS PRESENTES AUTOS, SOMENTE PODENDO HAVER HABILITAÇÃO DO VALOR NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL N. 0203711-65.2016.8.19.0001 QUANDO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA EXECUÇÃO. TESE QUE MERECE AGASALHO. DEMANDAS QUE TEM COMO OBJETO CRÉDITO ILÍQUIDO DEVE TRANSCORRER ATÉ QUE SE MENSURE O QUANTUM DEBEATUR, MOMENTO A PARTIR DO QUAL, A DEPENDER DA ESPÉCIE DE CRÉDITO, PODERÃO SER EFETUADOS OS ATOS EXPROPRIATÓRIOS, PORÉM, SEMPRE RESPEITANDO A COMPETÊNCIA DO JUÍZO RECUPERACIONAL. EVIDENTE ÓBICE DE OS CREDORES HABILITAREM CRÉDITO AINDA NÃO DEFINIDO PERANTE O JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPERATIVA MODIFICAÇÃO DO DECISUM NESTA ESPECÍFICA PARCELA. [...]. REBELDIA PARCIALMENTE ACOLHIDA. (TJSC, Apelação Cível n. 0008654-09.2019.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 03-03-2020) (grifei).*

Diante disso, imperativo o acolhimento do apelo, no ponto, determinando-se que a certidão para habilitação do crédito da parte exequente nos autos da recuperação judicial seja expedida somente após a liquidação definitiva do valor devido, ou seja, após o trânsito em julgado ou preclusão da decisão que resolveu a impugnação ao cumprimento de sentença.

#### Prequestionamento

No tocante ao pedido de manifestação expressa a respeito dos dispositivos invocados no recurso, para fins de prequestionamento, é cediço que “o juiz não é obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu”. (AgRg no REsp 1339382/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 2-10-2012).

Não se faz necessário, portanto, o pronunciamento expresso acerca de todos os dispositivos de lei mencionados pela parte insurgente, porquanto foram debatidos no decorrer do presente acórdão quando do enfrentamento das matérias correlacionadas.

#### Honorários recursais

Descabida a majoração de honorários em grau recursal diante da inexistência de arbitramento da verba advocatícia na origem.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos da fundamentação.

**Desembargador SERGIO IZIDORO HEIL**

**Relator**



## QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

### **APELAÇÃO Nº 0311198-96.2016.8.24.0020/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR JÂNIO MACHADO

APELANTE: MARCIO PEREIRA GOULART (RÉU)

APELADO: BERETTA AUTOMOVEIS LTDA (AUTOR)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. NOTA PROMISSÓRIA. ALEGAÇÃO DE QUE A CREDORA NÃO CUMPRIU O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO (“DUTY TO MITIGATE THE LOSS”) PORQUE HOUVE A DEMORA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXERCÍCIO DO DIREITO DE COBRANÇA ANTES DO TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA QUE FOI OBSERVADO. AUSÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA DA CREDORA OU DE ABUSO DO DIREITO DE CRÉDITO. PREVALÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DO DEVEDOR DE QUITAR A DÍVIDA A TEMPO E MODO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA QUE DEVEM SER CONTADOS DO VENCIMENTO DO TÍTULO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ARBITRADO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE E NECESSÁRIO À DIGNA REMUNERAÇÃO DO ADVOGADO. OBEDIÊNCIA AOS PARÂMETROS DO ARTIGO 85, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZÃO DO TRABALHO REALIZADO EM GRAU DE RECURSO PELO ADVOGADO DA APELADA. ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. E, em razão da necessidade de remunerar o trabalho realizado em grau de recurso pelo advogado da apelada (§§ 1º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), os honorários advocatícios são majorados em 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, o que se faz em consideração aos limites e aos parâmetros estabelecidos no § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 11 de fevereiro de 2021.

**Desembargador JANIO DE SOUZA MACHADO**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Beretta Automóveis Ltda. ajuizou ação monitória contra Marcio Pereira Goulart sob o

fundamento de que é credora do valor atualizado de R\$9.304,60 (nove mil, trezentos e quatro reais e sessenta centavos), representado pela nota promissória n. 001 (no valor de R\$4.080,00), vencida em 27.10.2011.

Após diversas tentativas inexitosas de citação (eventos 15, 33, 42, 55 - carta precatória 72 -, 66 e 99), determinou-se o cumprimento do ato por edital (evento 105). Certificada a ausência de manifestação do requerido (evento 111), nomeou-se curador especial (evento 113), que opôs embargos monitórios (evento 116). A embargada não apresentou impugnação (evento 121), tendo o embargante, por meio da defensoria pública, manifestado o desinteresse na produção de prova (evento 126).

O digno magistrado Ricardo Machado de Andrade proferiu sentença (evento 128), o que fez nos seguintes termos:

“Ante o exposto, julgo improcedentes os embargos monitórios e, em consequência, constituo de pleno direito o título executivo, devendo proceder-se na forma do § 8º do art. 702 do CPC.

Condeno a parte embargante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, conforme art. 85 § 2º do CPC.

P. R. I.” (grifo no original).

Irresignado, o embargante interpôs recurso de apelação cível (evento 134) sustentando que: a) a tese defensiva do dever de mitigar o próprio prejuízo “não possui relação com o instituto da prescrição”; b) “o referido princípio decorre do princípio da boa-fé objetiva e estabelece que o credor deve adotar medidas céleres e adequadas para que o dano do devedor não seja agravado”; c) a apelada deixou transcorrer 5 (cinco) anos para a cobrança da nota promissória vencida em 2011, o que implicou no aumento da dívida, com incidência de juros e correção monetária; d) o termo inicial dos juros e da correção monetária deve ser a data da citação e; e) os honorários advocatícios devem ser reduzidos para 10% (dez por cento) do valor da causa.

A apelada ofereceu resposta (evento 141) e os autos vieram a esta Corte.

## VOTO

A ação monitória foi ajuizada com o objetivo de constituir título executivo judicial no valor atualizado R\$9.304,60 (nove mil, trezentos e quatro reais e sessenta centavos), representado pela nota promissória n. 001 (no valor de R\$4.080,00), vencida em 27.10.2011 (evento 1, informação 3).

A nota promissória é uma promessa de pagamento, assim definida:

“A nota promissória é uma promessa direta de pagamento do devedor ao credor. Integra o direito cambiário, pois é uma espécie de cambial. Constitui compromisso escrito e solene, pelo qual alguém se obriga a pagar a outrem certa soma em dinheiro (Magarinos Torres). O emitente é o obrigado principal.

A nota promissória é, portanto, um título de crédito (literal e abstrato), pelo qual o emitente se obriga, para com o beneficiário ou portador declarado no texto, a lhe pagar, ou à sua ordem, certa soma em dinheiro. É, por definição legal, vale insistir, uma promessa de pagamento.” (REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. II, p. 475).

O procedimento monitorio exige a exibição de “prova escrita sem eficácia de título executivo” para demonstrar a existência do direito ao crédito invocado pelo credor, nos termos do artigo 700 do Código de Processo Civil de 2015:

“Art. 700. A ação monitoria pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

- I - o pagamento de quantia em dinheiro;
- II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;
- III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.”

A respeito, Humberto Theodoro Júnior leciona:

“Exige o art. 700 que a petição inicial da ação monitoria seja instruída com a ‘prova escrita’ do direito do autor. E mais: possibilita o NCPC, no § 1º desse artigo, a produção de prova oral documentada, coletada antecipadamente, nos termos do art. 381 do NCPC.

*I - Prova escrita: elementos doutrinários*

A prova escrita, em Direito Processual Civil, tanto é a pré-constituída (instrumento elaborado no ato da realização do negócio jurídico para registro da declaração de vontade) como a casual (escrito surgido sem a intenção direta de documentar o negócio jurídico, mas que é suficiente para demonstrar sua existência).” (Curso de direito processual civil: procedimentos especiais. 50. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. II, p. 391-392)

Portanto, “o documento escrito é aquele idôneo para, em uma análise inicial, fazer crer na existência do crédito afirmado pelo autor. Há de ser uma prova desse crédito que mereça fé, de acordo com as regras do livre convencimento do juiz”. (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. II, p. 297).

Nas razões do recurso, o apelante insiste na tese de que a credora tinha o dever de mitigar o próprio prejuízo, até porque, ao deixar transcorrer 5 (cinco) anos para a cobrança da nota promissória vencida em 2011, provocou o aumento da dívida, com incidência de juros e correção monetária, o que não se confunde com o instituto da prescrição.

O artigo 422 do Código Civil de 2002 dispõe que “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.

Do princípio da boa-fé objetiva surge o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (“*duty to mitigate the loss*”), com a adoção das providências necessárias para minimizar as perdas advindas do inadimplemento da obrigação.

No caso concreto, a apelada ajuizou a presente ação antes do transcurso do prazo prescricional (súmula n. 504 do Superior Tribunal de Justiça), sendo que a demora na cobrança da dívida, por si só, não é suficiente para configurar a violação do princípio da boa-fé objetiva. Ademais, não há qualquer prova da conduta dolosa da apelada ou do abuso de direito de crédito, lembrando-se que os deveres de cooperação e lealdade também devem ser observados pelo devedor, que tinha a obrigação de quitar a dívida a tempo e modo.

Essa é a orientação que vem do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - COBRANÇA DE HONORÁRIOS - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA.

(...) 3. A Quarta Turma desta Corte, por ocasião do julgamento do Resp n. 1.201.672/MS, firmou a tese de que ‘O ajuizamento de ação de cobrança muito próximo ao implemento do prazo prescricional, mas ainda dentro do lapso legalmente previsto, não pode ser considerado, por si só, como fundamento para a aplicação do *duty to mitigate the loss*. Para tanto, é necessário que, além do exercício tardio do direito de ação, o credor tenha violado, comprovadamente, alguns dos deveres anexos ao contrato, promovendo condutas ou omitindo-se diante de determinadas circunstâncias, ou levando o devedor à legítima expectativa de que a dívida não mais seria cobrada ou cobrada a menor’. 3.1. Situação que não ocorreu no caso concreto, razão pela afasta-se a aplicação da teoria do *duty to mitigate the loss* ao presente caso concreto.

4. É defeso a esta Corte rever, na via especial, as conclusões do acórdão estadual acerca da configuração da inexistência de violação à boa-fé objetiva pela cobrança do débito em análise. Incidência da Súmula 7/ STJ. Precedentes.

5. Agravo interno desprovido.” (agravo interno no agravo em recurso especial n. 1154040, de São Paulo, Quarta Turma, relator o ministro Marco Buzzi, j. em 27.11.2018).

No mesmo sentido, é o entendimento da Corte:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. SENTENÇA QUE REJEITA OS EMBARGOS MONITÓRIOS, CONSTITUI EM TÍTULO EXECUTIVO OS CHEQUES QUE INSTRUEM A LIDE E CONVERTE O MANDADO MONITÓRIO EM EXECUTIVO. RECURSO DA EMBARGANTE-RÉ, VIGENTE O CPC/15. CHEQUES QUE NÃO CIRCULARAM. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA ‘CAUSA DEBENDI’ NO CASO. ÔNUS PROBATÓRIO QUANTO A FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR/EMBARGADO, QUE INCUMBE AO RÉU/EMBARGANTE. APLICAÇÃO DA NORMA DO ARTIGO 373, II, DO CPC/15. ARGUMENTAÇÃO DE QUE A EMPRESA AUTORA NÃO COMPROVOU A CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO QUE DEU ORIGEM À EMISSÃO DAS CÁRTULAS, POR MEIO DA DEMONSTRAÇÃO DA ENTREGA DOS PRODUTOS ADQUIRIDOS. DESNECESSIDADE. TÍTULOS DE CRÉDITO QUE CONSUBSTANCIAM PROVA

DOCUMENTAL IDÔNEA DA EXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE NATUREZA CAMBIÁRIA CONTRAÍDA PELO EMITENTE DAS CÂRTULAS. ÔNUS DO RÉU DE COMPROVAR EVENTUAL VÍCIO NA FORMAÇÃO DO DÉBITO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO (DUTY TO MITIGATE THE LOSS) AO AJUIZAR A AÇÃO MONITÓRIA SOMENTE QUANDO DECORRIDOS TRÊS ANOS E MEIO DO VENCIMENTO DA DÍVIDA. TESE ARREDADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO CREDOR. ADEMAIS, PREVALÊNCIA DO DEVER DO DEVEDOR DE HONRAR COM SUA OBRIGAÇÃO A TEMPO E MODO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. AFASTAMENTO DAS TESES RECURSAIS QUE IMPÕE A MAJORAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA A QUE CONDENADO NA ORIGEM O EMBARGANTE, ORA RECORRENTE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. EXIGIBILIDADE SUSPensa PELA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (apelação cível n. 0308738-45.2017.8.24.0039, de Lages, Primeira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Luiz Zanelato, j. em 29.10.2020).

Some-se:

“EMBARGOS MONITÓRIOS REJEITADOS. PROCESSO INJUNTIVO LASTREADO EM NOTAS PROMISSÓRIAS. RECURSO DA EMBARGANTE. PRETENSO RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ, PORQUANTO O CREDOR/EMBARGADO NÃO TERIA OBSERVADO O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO (DUTY TO MITIGATE THE LOSS). IMPOSSIBILIDADE. PRERROGATIVA DO CREDOR EM ADOTAR OS MEIOS PROCESSUAIS CABÍVEIS PARA PERCEBER O CRÉDITO QUE POSSUI EM SEU BENEFÍCIO, ENQUANTO NÃO HOVER CONFIGURADA A PRESCRIÇÃO. INVIABILIDADE DE IMPINGIR-LHE O ÔNUS DE MANEJAR A AÇÃO ASSIM QUE HOVE O VENCIMENTO DO TÍTULO, A FIM DE MINIMIZAR OS JUROS MORATÓRIOS E A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTES.

Decorre do princípio da boa-fé objetiva o dever do credor de mitigar o próprio prejuízo (duty to mitigate the loss), razão pela qual deve adotar as medidas necessárias para que haja o adimplemento da obrigação contraída, minimizando as perdas por ele vivenciada. Adotadas as medidas cabíveis pelo credor, inexistente qualquer eiva a macular a sua pretensão em perceber os valores estampados nos títulos de crédito que aparelham a demanda monitoria. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (apelação cível n. 0017739-63.2012.8.24.0020, de Criciúma, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 23.5.2019).

E:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA PARTE RÉ. TESE DE QUE O VALOR PERSEGUIDO DEVE SER COBRADO SEM ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, TENDO EM VISTA QUE A DEMORA NA CITAÇÃO NÃO PODE SER IMPUTADA AO DEVEDOR. DUTY TO MITIGATE THE OWN LOSS. DESCABIMENTO. MONITÓRIA PROPOSTA DENTRO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PARTE CREDORA QUE AGIU NO EXERCÍCIO LEGAL DE UM DIREITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. MARCO INICIAL. DATA DO VENCIMENTO DO TÍTULO. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (apelação cível n. 0014465-23.2012.8.24.0075, de Tubarão, Primeira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Rogério Mariano do Nascimento, j. em 29.8.2019).

Ainda:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA LASTREADA EM NOTAS FISCAIS. EMBARGOS

INJUNTIVOS REJEITADOS. INSURGÊNCIA DA EMBARGANTE. ALEGADA OFENSA À BOA-FÉ AO FUNDAMENTO DE QUE O AUTOR NÃO TERIA OBSERVADO O DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO (DUTY TO MITIGATE THE LOSS), CONSIDERANDO QUE O INGRESSO DA DEMANDA SE DEU APÓS 3 (TRÊS) ANOS DO VENCIMENTO DA PRIMEIRA DÍVIDA CONTRAÍDA. REJEIÇÃO. MA-FÉ DO CREDOR NÃO DEMONSTRADA. PREVALÊNCIA DO DEVER DE O DEVEDOR HONRAR COM SUA OBRIGAÇÃO. PRECEDENTES. JULGADO MANTIDO. POSTULADA MODIFICAÇÃO DO TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA PARA A DATA DA CITAÇÃO. INACOLHIMENTO. CONSECUTÓRIOS LEGAIS DEVIDOS DESDE A DATA DO VENCIMENTO DE CADA TÍTULO. ‘Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, tratando-se de dívida líquida e com vencimento certo, o termo inicial da correção monetária e dos juros de mora é a data de vencimento da obrigação’ (STJ, AgInt no AREsp 1362937/MG. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 20/04/2020). REQUESTIONAMENTO. TEMÁTICAS SUSCITADAS DEVIDAMENTE EXAMINADAS. APRECIÇÃO DESNECESSÁRIA DE TODOS OS ARGUMENTOS E DISPOSITIVOS APONTADOS PELA PARTE QUANTO INCAPAZES DE INFIRMAR A CONCLUSÃO ADOTADA PELO JULGADOR. HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, §§1º E 11, DO CPC/15. MAJORAÇÃO DEVIDA. CRITÉRIOS CUMULATIVOS PREENCHIDOS (STJ, EDCL NO AGINT NO RESP 1.573.573/RJ). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (apelação cível n. 0306682-96.2017.8.24.0020, de Criciúma, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Jaime Machado Junior, j. em 23.7.2020).

Não custa enfatizar que a incidência de juros de mora e correção monetária sobre a dívida decorre da aplicação da lei. Os juros moratórios incidentes sobre dívida líquida são contados a partir da data em que houve o inadimplemento, em conformidade com o disposto no artigo 397, “caput”, do Código Civil: “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.” Já a atualização monetária do valor inadimplido no prazo certo não chega a constituir um “plus”. Em verdade, nada mais faz do que afastar os maléficos efeitos da inflação, o processo corrosivo da moeda que é contornado com a incidência de um índice legal (artigo 389 do Código Civil de 2002). E será contada desde a data de vencimento do título.

A propósito, colhe-se precedente da Câmara:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. (...) NOTAS PROMISSÓRIAS. RELAÇÃO NEGOCIAL BEM EVIDENCIADA. DOCUMENTOS QUE SE MOSTRAM SUFICIENTES PARA INSTRUIR O PEDIDO INJUNTIVO. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO APTO A DESCONSTITUIR O TÍTULO FORMALMENTE PERFEITO. ÔNUS PROBATÓRIO. ARTIGO 373, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA QUE DEVEM SER CONTADOS DO VENCIMENTO DO TÍTULO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZÃO DO TRABALHO REALIZADO EM GRAU DE RECURSO PELO ADVOGADO DA APELADA. ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, OBSERVADO O DISPOSTO NO ARTIGO 98, § 3º, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. RECURSO DESPROVIDO.” (apelação cível n. 0303415-25.2018.8.24.0039, de Lages, de minha relatoria, j. em 30.5.2019).

Sabe-se que o ônus da sucumbência surge da necessidade de recomposição do patrimônio do litigante vencedor. Porém, o arbitramento não deve ser excessivo, a ponto de configurar uma



penalização, tampouco reduzido, de modo a desmerecer a atividade do advogado. Na fixação da verba honorária é levado em consideração o trabalho e o grau de zelo do profissional, o local e o tempo da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, conforme prevê o artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015. O exame atento dos elementos contidos nestes autos revela que a quantia arbitrada no primeiro grau (15% sobre o valor atualizado da causa) é suficiente e necessária à digna remuneração do advogado, nada justificando a interferência da Câmara numa atividade que é marcada pelo poder discricionário atribuído pelo legislador ao juiz da causa.

Com essas considerações, voto no sentido de negar provimento ao recurso. E, em razão da necessidade de remunerar o trabalho realizado em grau de recurso pelo advogado da apelada (§§ 1º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), os honorários advocatícios são majorados em 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, o que se faz em consideração aos limites e aos parâmetros estabelecidos no § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015.

**Desembargador JANIO DE SOUZA MACHADO**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0300327-76.2015.8.24.0073/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR ROBERTO LUCAS PACHECO

APELANTE: HUNTER AUTOMATED DO BRASIL LTDA

APELADO: BANCO BRADESCO S.A.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS. PROTESTO INDEVIDO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, EM RELAÇÃO AO BANCO ENDOSSATÁRIO E PROCEDÊNCIA DA DEMANDA EM RELAÇÃO À EMPRESA ENDOSSANTE. RECURSO DA PARTE AUTORA.

ALEGAÇÃO DE LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INSUBSISTÊNCIA. BANCO QUE AGIU NA CONDIÇÃO DE ENDOSSATÁRIO- MANDATÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE TENHA EXTRAPOLADO OS PODERES DO ENDOSSO MANDATO OU QUE TENHA AGIDO COM CULPA AO LEVAR O TÍTULO PARA PROTESTO. DEVER DE INDENIZAR NÃO RECONHECIDO. PRECEDENTES DESTA CÂMARA COMERCIAL.

PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS. VALOR ARBITRADO DENTRO DOS PARÂMETROS ADOTADOS POR ESTA CORTE. *QUANTUM* MANTIDO.

PLEITO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. INVIABILIDADE. VERBA ARBITRADA EM CONSONÂNCIA COM O DISPOSTO NO ART. 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CAUSA QUE, ADEMAIS, SE REVELA DE PEQUENA COMPLEXIDADE E COM TRÂMITE REDUZIDO. PERCENTUAL SUFICIENTE. SENTENÇA MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS (CPC, ART. 85, § 11). CRITÉRIOS CUMULATIVOS NÃO PREENCHIDOS (STJ, EDCL NO AGINT NO RESP 1.573.573/RJ)

RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, a fim de manter incólume a sentença combatida, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 25 de março de 2021.

**Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Na 1ª Vara Cível da comarca de Timbó, Hunter Automated do Brasil Ltda. ajuizou “ação

declaratória de inexistência de débito” n. 0300327-76.2015.8.24.0073, em face de HSBC Bank Brasil S/A e Atlanta Fundação de Metais Ltda., sob o argumento de que teve duplicatas emitidas pela segunda ré e que foram indevidamente protestadas pelo banco réu. Requereu, assim, a procedência da demanda, com a consequente condenação dos réus ao pagamento de danos morais (Evento 1).

Citadas, apenas a instituição financeira ré apresentou contestação (Evento 18). A parte autora manifestou-se sobre a contestação (Evento 22).

Na sequência, o magistrado a quo julgou antecipadamente a lide nos seguintes termos (Evento 32):

*Ante o exposto, diante da patente ilegitimidade do Banco HSBC Bank Brasil S/A para figurar no polo passivo da presente demanda, com fundamento no artigo 485, VI, do Código de Processo Civil, julgo extinto, em parte, o presente feito, sem resolução do mérito, haja vista a ausência de uma das condições da ação.*

*Condene a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios devidos ao procurador do Banco HSBC Bank Brasil S/A, que fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), porque a parte ré teve que contestar o presente feito.*

*No mais, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por Hunter Automated do Brasil Ltda para, nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, (a) DECLARAR inexistentes os débitos oriundos das duplicatas mercantis n. 953-B, 953-A, 961-A, 961-B, 961-C, 953-C; e (b) CONDENAR a ré Atlanta Fundação de Metais Ltda., ao pagamento de indenização por danos morais em favor da parte autora, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), atualizado monetariamente pelo INPC, desde o arbitramento, e acrescido de juros moratórios de 1% (um por cento), a partir do evento danoso.*

*Condene a ré Atlanta ao pagamento das despesas processuais pendentes, conforme arts. 86 e 87 do CPC, assim como a indenizar as despesas adiantadas no curso do processo, conforme art. 82, § 2º, do CPC.*

*Fixo os honorários sucumbenciais devidos pela ré Atlanta ao advogado da autora no percentual de 10% sobre o valor atualizado da condenação, conforme art. 85 do CPC.*

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

*Após o trânsito em julgado, arquivem-se.*

Não conformada com o decisum, a parte autora interpôs recurso de apelação (Evento 37), alegando, em suma, que: a) o banco réu é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, tendo em vista que “agiu de forma imprudente e negligente ao não exigir do sacador prova da regularidade dos títulos, obrigação inclusive que decorre da legislação, pouco importando a que título tenha recebido as duplicatas”; e b) o valor do dano moral e dos honorários sucumbenciais foram arbitrados em montantes que não se prestam à justa compensação, devendo ser majorados. Pleiteou, assim, o provimento do recurso, para que a sentença seja reformada nos pontos aventados.

Depois de apresentadas as contrarrazões (Evento 41), o feito foi remetido a esta Corte.

## VOTO

Na presente demanda, a parte autora, ora apelante, pretende ver reconhecida a legitimidade passiva da instituição financeira ré, bem como majorar o valor dos danos morais e dos honorários sucumbenciais.

Pois bem.

1 *In casu*, o ato ilícito é incontroverso, pois a própria ré Atlanta Fundação de Metais Ltda. admitiu que, “por um erro de procedimento administrativo interno” emitiu as duplicatas de forma incorreta, as quais “acabaram sendo descontadas no(s) banco(s)” (Evento 1 - INF7).

Para eximir a instituição financeira ré de qualquer responsabilidade civil, o sentenciante fundamentou o que segue (Evento 32):

*Acolho a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo réu Banco HSBC Bank Brasil S/A, uma vez que o estabelecimento bancário a quem foram transferidos, por meio de endosso-mandato, os títulos de crédito para fins de cobrança, não tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda, ainda que os tenha apresentado para protesto.*

*A respeito do tema, importante consignar ter ficado incontroverso nos autos que os títulos de crédito foram transferidos à instituição financeira ré em virtude de contrato de desconto bancário celebrado com a corré Atlanta Fundação de Metais Ltda.*

*De acordo com Nelson Abrão, “o desconto é o contrato pelo qual o banco, com prévia dedução do juro, comissão e despesas, antecipa ao cliente a importância representada por um título de crédito, não vencido, contra terceiro, mediante endosso do próprio título” (Direito bancário. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018).*

*Nessa modalidade de contrato bancário, os títulos de crédito descontados são transmitidos à instituição financeira por meio de endosso-mandato. Como leciona Paulo Maximilian W. Mendlowicz Schonblum, “Tratando do contrato de desconto bancário, inicialmente afirma-se que o endosso aqui praticado é, na qualificação citada por Luiz Emygdio, o impróprio ou, parafraseando o ilustre Fran Martins, um ‘falso endosso’, pois não transfere a propriedade do título e sim sua posse” (Contratos bancários – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015).*

***Com efeito, o endosso-mandato não transfere a titularidade do crédito documentado pela cambial, mas apenas legitima a posse exercida sobre a cártula pelo seu detentor e transmite-lhe o poder de efetuar a cobrança.***

*Conforme a lição de Rubens Requião, “É admissível, pela lei, a inserção, no endosso, de cláusula que expresse a sua finalidade, como, por exemplo, por procuração, valor a cobrar, para cobrança ou outra expressão que implique mandato para determinado fim. É o genericamente chamado endosso-mandato ou endossoprocuração. Transmite-se ao mandatário-endossatário, assim investido de mandato e da posse do título, o poder de efetuar a cobrança, dando quitação de seu valor. Desse modo se transfere a posse da letra, mas não a disponibilidade de seu valor, cujo crédito pertence ao endossante. O endossatário, todavia, para protestar o título deve ser investido de poderes especiais”.(in Curso de direito comercial, 24a ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 420-21).*

*Aplica-se ao caso, portanto, o teor da Súmula n. 476 do C. Superior Tribunal de Justiça, que preconiza que “O endossatário de título de crédito por endosso-mandato só responde por danos decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário” (Súmula 476, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 19/06/2012).*

*Outro não é o entendimento de nosso Tribunal de Justiça:*

*‘Provado nos autos que se tratou de endosso-mandato, por intermédio do qual houve simplesmente a outorga de poderes para a realização da cobrança, não se justifica a inclusão do banco na lide’ (TJSC, AI n. 2001.012535-8, de Itajaí, Rel. Des. Cercato Padilha, DJ de 20-11-02)” (AC n. 2009.019120-5, de Lages. Rel. Des. Ricardo Fontes. j. em: 08/10/2009).*

***É o endossante-mandante, portanto, o responsável pelos eventuais danos causados ao devedor pelo protesto indevido do título de crédito, motivo pelo qual a instituição financeira, que não é parte na relação cambial nem na relação creditícia desta decorrente, não ostenta pertinência subjetiva para integrar o pólo passivo da presente demanda. [...] (sem destaque no original).***

A respeito da responsabilidade do endossatário que recebe título por endosso-mandato (caso do banco apelado), colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça:

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS CONJUGADA COM DANOS MORAIS. ART. 1.022 DO CPC/2015. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RAZÕES DISSOCIADAS. SÚMULA Nº 284/STF. DUPLICATA. PROTESTO INDEVIDO. ENDOSSO-MANDATO. CULPA. NECESSIDADE. RESPONSABILIDADE DO BANCO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. [...] 4. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.063.474/RS, sob o rito dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que **apenas responde por danos materiais e morais o banco endossatário que recebe o título de crédito mediante endosso-mandato e o leva a protesto, extrapolando os poderes de mandatário, ou em razão de ato culposo próprio** (AgInt no AREsp 1288642 / RS - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 17/12/2018, sem destaque no original).**

E no citado julgamento do REsp n. 1.063.474/RS, sob o rito dos recursos repetitivos, ficou assentado:

**DIREITO CIVIL E CAMBIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DUPLICATA RECEBIDA POR ENDOSSO-MANDATO. PROTESTO. RESPONSABILIDADE DO ENDOSSATÁRIO. NECESSIDADE DE CULPA.**

**1. Para efeito do art. 543-C do CPC: Só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula (REsp 1063474 / RS - RECURSO ESPECIAL, rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data do Julgamento: 28.09.2011).**

Referido entendimento foi posteriormente consolidado na Súmula 476 do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “O endossatário de título de crédito por endosso-mandato só responde por danos

decorrentes de protesto indevido se extrapolar os poderes de mandatário”.

E da Súmula 475 daquela Corte extrai-se: “Responde pelos danos decorrentes de protesto indevido o endossatário que recebe por endosso translativo título de crédito contendo vício formal extrínseco ou intrínseco, ficando ressalvado seu direito de regresso contra os endossantes e avalistas”.

Feitas essas considerações, tem-se que, no caso concreto, conquanto legitimada para figurar no polo passivo da demanda, a casa bancária apelada não deve responder pelos danos causados à parte apelante, uma vez que atuou como simples mandatária, não havendo provas de que tenha extrapolado os poderes do endosso mandato ou que tenha agido culposamente.

No mesmo sentido, colhem-se os seguintes precedentes deste Órgão Fracionário:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE RECEBEU O TÍTULO POR ENDOSSO-MANDATO, TENDO ATUADO COMO MERA MANDATÁRIA AO APRESENTAR O TÍTULO PARA PROTESTO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PROVA DA CULPA OU DO EXCESSO DE MANDATO INEXISTENTE. ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP. N. 1.063.474-RS) E SÚMULA N. 476 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE É IMPOSTO AO LITIGANTE VENCIDO, NOS TERMOS DO ARTIGO 85, ‘CAPUT’, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO PROVIDO.” (Apelação Cível n. 0300048-94.2016.8.24.0125, de Itapema, rel. Des. Jânio Machado, j. em 12.12.2019, sem destaque no original).*

*DIREITO COMERCIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO E ABALO DE CRÉDITO - PROTESTO INDEVIDO - DUPLICATA SEM CAUSA DEBENDI - PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - RECURSO DO BANCO RÉU - 1. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO BANCO RÉU - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - ENDOSSO-MANDATO - INCOMPROVAÇÃO DE EXTRAPOLAÇÃO DOS PODERES DO MANDATO OU DE ATO CULPOSO QUANDO DA APRESENTAÇÃO DO TÍTULO AO PROTESTO - PODERES LIMITADOS À APRESENTAÇÃO DO TÍTULO DE CRÉDITO - ACOLHIMENTO DO PLEITO RECURSAL NO TÓPICO - RECURSO DO SEGUNDO RÉU - 2. JULGAMENTO ULTRA PETITA - DANO MORAL - ARBITRAMENTO SUPERIOR AO VALOR REQUERIDO NA INICIAL - VALOR MERAMENTE SUGESTIVO - AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO - NULIDADE AFASTADA - 3. MINORAÇÃO DO QUANTUM REPARATÓRIO - VALOR INADEQUADO AOS PARÂMETROS JURISPRUDÊNCIAS- VERBA REDUZIDA - 4. PEDIDO DE MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VERBA ADEQUADA - REDUÇÃO INACOLHIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE*

**1. A responsabilidade da casa bancária por protesto indevido de título sem causa debendi, mediante endosso mandato, só é possível quando extrapolados os poderes concedidos a ela ou em decorrência de ato culposo, como no caso em que esteja evidenciada a ciência acerca do pagamento anterior ao protesto ou da falta de hígidez da cártula.**

*2. Incorre julgamento ultra petita no deferimento de indenização por danos morais em montante acima do requerimento inicial porque o pedido é estimativo. 3. Minora-se o quantum indenizatório que não atende o binômio razoabilidade/proporcionalidade, para que não seja fonte de enriquecimento ilícito à vítima e possa ser custeado pelo ofensor, sem que lhe cause ruína financeira. 4. Se a verba honorária está adequada ao que exige o zelo profissional demonstrado no trabalho do advogado, o tempo por ele despendido para o serviço e*



*o proveito econômico obtido com a causa, inacolhe-se o pedido de minoração.” (Apelação Cível n. 0000768-62.2010.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Monteiro Rocha, j. em 5.12.2019, sem destaque no original).*

Dessa forma, não demonstrada a culpa da instituição financeira apelada, não há falar em condenação desta pela prática do ato ilícito perpetrado contra a parte apelante, restando confirmado o decisum no ponto.

2 Quanto à quantia fixada a título de indenização por danos morais (R\$ 10.000,00 - dez mil reais), alegou a empresa apelante que esta não se presta à justa compensação, merecendo ser majorada.

Sabe-se que, quanto ao espectro indenizatório, deverá ser observado o art. 944 do Código Civil, o qual estabelece que “a indenização se mede pela extensão do dano”.

À míngua de balizas objetivas para quantificar o dano moral, a análise do caso concreto deve ser norteadada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e do propósito pedagógico e compensatório da medida, ao mesmo tempo que não importe em enriquecimento sem causa ao seu destinatário.

Sobre os objetivos da reparação do dano moral no campo do direito consumerista, Héctor Valverde Santana leciona:

*Em toda reparação do dano moral, os operadores do direito devem atentar para as suas diversas finalidades, que necessariamente concorrem simultaneamente, sob pena de aplicação incompleta do sistema jurídico vigente. O mecanismo jurídico relativo ao dano moral consiste no destacamento de parte do patrimônio do ofensor, sendo transferido ao ofendido. A consequência patrimonial se limita aos partícipes da relação jurídica material; contudo, existem reflexos que incidem sobre toda a extensão da organização social. A primeira finalidade da reparação do dano moral versa sobre a função compensatória, caracterizada como um meio de satisfação da vítima em razão da privação ou violação de seus direitos da personalidade. Nesse caso, o sistema jurídico considera a repercussão do ato ilícito em relação à vítima. A segunda finalidade refere-se ao caráter punitivo, em que o sistema jurídico responde ao agente causador do dano, sancionando-o com o dever de reparar a ofensa imaterial com parte de seu patrimônio. A terceira finalidade da reparação do dano moral relaciona-se ao aspecto preventivo, entendido como uma medida de desestímulo e intimidação do ofensor, mas com o inequívoco propósito de alcançar todos integrantes da coletividade, alertando-os e desestimulando-os da prática de semelhantes ilicitudes (Dano moral no direito do consumidor [livro eletrônico]; apes. Claudia Lima Marques; coord. Antonio Herman V. Benjamin e Claudia Lima Marques. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-5.1).*

E mais adiante, sobre a quantificação do dano moral, o mesmo autor prossegue:

*O princípio da reparação integral (restitutio in integrum) é regente da responsabilidade civil do fornecedor nas relações de consumo, conforme art. 6.º, VI, do CDC, que estabelece a efetiva prevenção e reparação dos danos*

*patrimoniais e morais sofridos pelo consumidor. Portanto, interpreta-se a aludida regra legal como a plena, completa e incondicional indenização dos prejuízos experimentados pela atividade do fornecedor, seja no plano contratual ou extracontratual. [...] À míngua de parâmetros legais, matemáticos ou exatos, o juiz utiliza o seu prudente arbítrio, o bom senso, a proporcionalidade ou razoabilidade para valorar o dano moral. A atuação do juiz dirige-se a encontrar uma quantia que não seja ínfima, simbólica, que não represente uma mera censura judicial, ou reduzida a ponto de desmerecer a relevante natureza jurídica do bem da vida violado (direitos da personalidade). Por outro lado, o juiz não pode estabelecer um valor para o dano moral que represente um enriquecimento ilícito da vítima, um injustificado aumento patrimonial, ou corresponder a um montante desproporcional à condição econômica do ofensor, fato capaz de levá-lo à ruína (op. cit., p. RB-5.4).*

Analisando o caso concreto, a empresa autora sofreu protesto indevido (Evento 1), o que, por certo, gerou-lhe graves prejuízos.

No que tange à condição social e econômica das partes, tem-se que a ré Atlanta Fundação de Metais é uma empresa de pequeno porte (Evento 1 - INF7) e a parte autora é pessoa jurídica de relevante capital social (R\$ 2.400.000,00 – Evento 1 - OUT2).

Sobreleva notar, ainda, que os protestos perduraram por pouco tempo, tendo em vista que foram efetivados em novembro e dezembro de 2014 (Evento 1 - INF4, INF5 e INF6) e já em 21.1.2015 o tabelião informou que os atos foram suspensos (Evento 1 - INF8).

À luz dessas ponderações e aliado aos parâmetros costumeiramente usados por esta Corte, deve ser mantido o valor estabelecido no primeiro grau de jurisdição a título de danos morais, por ser o montante proporcional e razoável no caso concreto.

3 No mais, quanto ao ônus da sucumbência, a apelante pretende a majoração do valor dos honorários advocatícios sucumbenciais, que foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação (Evento 32).

Quanto à natureza e à importância da causa, vê-se tratar de causa de baixa complexidade (ação declaratória de inexistência de débito), porquanto lastreada em simplificada situação fático-jurídica, que resultou, inclusive, no julgamento antecipado da lide.

Assim, observa-se que os honorários foram adequadamente fixados pelo juiz a quo, em observância ao disposto no art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, e com base em precedente do Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

*[...] A jurisprudência firmada na Segunda Seção desta eg. Corte é no sentido de que os honorários advocatícios sucumbenciais devem ser fixados, em regra, com observância dos limites percentuais e da ordem de graduação da base de cálculo estabelecida pelo art. 85, § 2º, do CPC/2015, inclusive nas demandas julgadas improcedentes ou extintas sem resolução do mérito, sendo subsidiária a aplicação do art. 85, § 8º, do CPC/2015, possível apenas quando ausente qualquer das hipóteses do § 2º do mesmo dispositivo (REsp 1.746.072/PR, Rel. p/ acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 29/3/2019) (AgInt no AREsp 1495240/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 04/02/2020).*

4 Em relação aos honorários recursais a que dispõe o art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, verifica-se que são incabíveis na hipótese, uma vez que não se encontram presentes os requisitos cumulativos estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgInt no REsp n. 1.573.573/RJ).

5 Por fim, retifique-se o cadastro processual, a fim de fazer constar no polo passivo da demanda a instituição financeira correta, no caso, Banco Bradesco S/A, assim como os respectivos procuradores, conforme documentos constantes no evento 46.

À vista do exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso, a fim de manter incólume a sentença combatida.

**Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0379952-33.2006.8.24.0023/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR RODOLFO TRIDAPALLI

APELANTE: SAIBRITA MINERACAO E CONSTRUCAO LTDA

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: EDUARDO WAGNER KNABBEN (OAB SC018111)

APELANTE: CARLOS TONIOLO

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELANTE: ROSSANA DREGER TONIOLO

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELANTE: PAULO TONIOLO

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELANTE: DORA TONIOLO

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELANTE: G.A. TONIOLO ADMINISTRACAO E PARTICIPACOES S.A.

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELANTE: RUI TONIOLO

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELANTE: LUCI TERESINHA DE AVILA TONIOLO

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELANTE: RAIMUNDO TONIOLO

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELANTE: HERNI TONIOLO

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELANTE: REJANE HENRIQUETA WINCK TONIOLO

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELANTE: SESTILIA ANNA GALLINA TONIOLO

ADVOGADO: RAFAEL PEIXOTO ABAL (OAB SC013922)

ADVOGADO: ANTÔNIO CARLOS EFING (OAB PR016870)

APELADO: BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL

ADVOGADO: TIAGO MAGALHÃES CARDOSO (OAB SC018907)

ADVOGADO: MÁRIO KORB FILHO (OAB SC012861)

ADVOGADO: LUÍS FELIPE MARTINS ECHEVERRIA (OAB SC015997)

ADVOGADO: GUILHERME STADOLNY BORDIN (OAB SC023358)

ADVOGADO: FABIANE MEIRA DE ASSIS (OAB SC015217)

ADVOGADO: GISLAINE RODRIGUES (OAB SC025353)

ADVOGADO: CARLOS MACIEL ALVES ZIMMERMANN (OAB SC013140)

APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO (ART. 485, IV, DO CPC), E DE INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO CERTO LÍQUIDO E EXEGÍVEL (ART. 783 DO CPC). INCONFORMISMO DOS EMBARGANTES. ALEGAÇÃO DE QUE A SENTENÇA PROFERIDA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO CONSTITUI TÍTULO EXECUTIVO CAPAZ DE ENSEJAR O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA, BEM COMO DE QUE O MAGISTRADO A QUO APENAS ADMITE A EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. TESES INSUBSISTENTES. ADEQUAÇÃO DOS CÁLCULOS EXECUTIVOS NOS TERMOS DA SENTENÇA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO QUE DEVE SER PROMOVIDA NA AÇÃO DE EXECUÇÃO. IMPRESCINDÍVEL RETORNO DA MARCHA PROCESSUAL NO PROCESSO PRINCIPAL E INVIABILIDADE DA CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO EM FACE DA AUSÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO ESCORREITA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 17 de junho de 2021.

**Desembargador RODOLFO TRIDAPALLI**  
**Relator**

## **RELATÓRIO**

### ***Da ação***

Adota-se o relatório da sentença recorrida (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 302), em atenção aos princípios da celeridade e economia processual, por retratar com fidedignidade o trâmite processual no primeiro grau, in verbis:

*Registre-se em cumprimento de sentença (fls.239-251).*

*2. Saibrita Mineração e Construção Ltda. e outros ajuizaram o presente cumprimento de sentença em relação ao BRDE.*

*Sustentam, em síntese, que com o trânsito em julgado da sentença dos embargos houve a constituição de crédito a seu favor, alcançando a importância de R\$ 2.264.573,79.*

*Querem, por isso, que o executado lhe pague esta milionária quantia.*

*Intimado, o executado apresentou impugnação e requereu a concessão de efeito suspensivo, sustentando a inexistência de título judicial passível de execução pelos postulantes.*

### ***Da sentença***

O Juiz de Direito (atualmente Desembargador deste Tribunal de Justiça), Dr. HÉLIO DO VALLE PEREIRA, da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, extinguiu o Cumprimento de Sentença apresentado nos autos dos Embargos à Execução n. 0379952-33.2006.8.24.0023, nos seguintes termos (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 303):

*Assim, julgo extinta esta execução pela falta de pressuposto processual em razão da inexistência de título executivo (arts. 485, IV e 783, ambos do NCPC).*

*Condeno os exequentes ao pagamento das custas desta fase, além de honorários advocatícios, estes que fixo em 10% sobre o valor pretendido atualizado.*



### ***Da Apelação***

Inconformados com a prestação jurisdicional, os sedizentes Exequentes SAIBRITA MINERAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. e OUTROS, interpuseram recurso de Apelação (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 308-316), sustentando, em síntese, que para se admitir uma sentença como título executivo judicial capaz de ensejar o cumprimento de sentença, basta verificar se nesta existem todos os elementos necessários para a quantificação do crédito, não importando a natureza da tutela judicial concedida.

Defendem, de outro norte, que não há como se admitir como correta a interpretação dada pelo Magistrado a quo de que a sentença de Embargos à Execução se limita à fixação de honorários sucumbenciais, por se tratar de mero meio de defesa, conquanto se admite, sem dúvidas, o cumprimento de sentença em seu favor.

Requerem, nesses termos, o provimento do Apelo.

### **Das contrarrazões**

Devidamente intimado, o executado BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL - BRDE, apresentou contrarrazões refutando as alegações ofertadas pelos Apelantes (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 323-327).

### **Da conversão em diligências**

Antes do julgamento em Segunda Instância, o Desembargador MONTEIRO ROCHA determinou a conversão em diligência do julgamento, para que o Juízo a quo informe se houve ou não decisão suspendendo a Ação de Execução de Título Extrajudicial n. 0011067-40.2006.8.24.0023.

Na seqüência, houve informação nos autos de que o Juiz Dr. **LUIS FRANCISCO DELPIZZO MIRANDA** suspendeu a referida Execução até o julgamento definitivo dos Embargos à Execução.

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

## **VOTO**

### **I- Da admissibilidade**

O recurso de Apelação deve ser conhecido, na medida em que preenche os pressupostos de admissibilidade exigidos pela legislação adjetiva.

## II - Do julgamento do recurso de Apelação

Trata-se de Apelação interposta por SAIBRITA MINERAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. e OUTROS contra a sentença que extinguiu o Cumprimento de Sentença formulados nos “Embargos à Execução” ajuizado contra o BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL – BRDE, ora Apelado.

### a) Da ausência de título executivo

Adianta-se, *prima facie*, que razão não assiste aos Apelantes.

Para isso, tenho que se faz necessário demonstrar o histórico processual, no qual traz a origem da dívida e do atual recurso, bem como do andamento da marcha processual no feito de Execução e nos presentes Embargos à Execução.

Em 14/02/2006, (Evento 189 - ANEXO1), o apelado BANCO REGIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO EXTREMO SUL – BRDE, ajuizou “Ação de Execução de Título Extrajudicial” n. 00110067-40.2006.8.24.0023, consubstanciada na Cédula de Crédito Industrial SC-9.034/BNDES- AUTOMÁTICO, cuja dívida, na época do ajuizamento da ação, era de R\$ 2.455.160,29 (dois milhões, quatrocentos e cinquenta e cinco mil, cento e sessenta reais e vinte e nove centavos).

Na data de 27/10/2006, os Executados, ora Apelantes, apresentaram Embargos à Execução n. 0379952-33.2006.8.24.0023 (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 02-25), alegando que a cédula de crédito industrial firmada com o Banco estava contaminada de irregularidades. Por conta disso, requereram a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, a exclusão da cobrança de juros capitalizados, a substituição da TJLP, a redução para os juros no patamar de 12%.

Os Exequentes discordaram das alegações suscitadas pelos Executados (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 91-101), pugnando pelo desprovisionamento dos Embargos à Execução.

Pelo Ministério Público, lavrou parecer o Promotor de Justiça Dr. EDUARDO MENDONÇA LIMA, opinando pelo conhecimento e desprovisionamento dos Embargos à Execução (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 105-110).

Ao proferir sentença, o Magistrado, Dr. LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI (atualmente Desembargador desta Corte de Justiça), acolheu, em parte, o pedido formulado pelos Embargantes (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 112-117), ora Apelantes, tão somente para:

- a) limitar os juros remuneratórios no patamar de 12% ao ano; e,
- b) determinar a exclusão da cobrança de comissão de permanência.

*Crendo que há no caso em deslinde, sucumbência recíproca, deixo de condenar o réu nos honorários advocatícios do patrono dos autores, uma vez que, pela reciprocidade compensam-se (CPC, artigo 21), dado que a tutela buscada foi parcialmente alcançada no provimento satisfativo.*

Custas proporcionais, na forma da lei (CPC, artigo 21, in fine).

Opostos Embargos de Declaração pelos ora Apelantes (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 122-126), foram eles rejeitados (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 128-130).

Insatisfeitos, os Apelantes recorreram ao Tribunal de Justiça buscando o provimento total dos Embargos à Execução, sendo, todavia, a Apelação Cível n. 2010.006991-9 desprovida, conforme a ementa a seguir transcrita (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 171-178):

*APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA - INSURGÊNCIA RECURSAL DOS EMBARGANTES. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS - PACTUAÇÃO EXPRESSA - MANUTENÇÃO DO JULGADO - CONTRATO ANTERIOR À MP N. 1.963-17/00, PORÉM, REGIDO POR LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA - CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL QUE PREVÊ COM CLAREZA A INCIDÊNCIA DO ANATOCISMO - DEVER DE INFORMAÇÃO DEVIDAMENTE PRESTADO - EXEGESE DO ART. 6º, INCISO III DO CDC - INEXISTÊNCIA DE ONEROSIDADE EXCESSIVA, MESMO EM SE RECONHECENDO A APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA - INCIDÊNCIA DO DECRETO-LEI N. 413/69 - SÚMULA N. 93 DO STJ - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - RECLAMO DESPROVIDO. “O entendimento prevalecente nesta Corte é no sentido da possibilidade de capitalização mensal dos juros nas cédulas de crédito industrial, comercial e rural, desde que expressamente pactuada (Enunciado nº 93/STJ), o que se verifica no caso concreto, de acordo com o apurado pelas instâncias ordinárias (...)”. (REsp 1070410/STJ. Relator: Ministro Massami Uyeda. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data do Julgamento: 09/12/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 03/02/2009). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. . (TJSC, Apelação Cível n. 2010.006991-9, da Capital, rel. Des. CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 12-05-2011).*

Dessa decisão, houve oposição de Embargos de Declaração pelos Apelantes (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 182-186), que foram desprovidos (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 190-196), com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do parágrafo único, do art. 538 do CPC.

Insatisfeitos, os ora Apelantes interpuseram Recurso Especial (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 200-210), que não foi admitido pelo Tribunal de Justiça (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 223-224).

Dessa decisão, os Apelantes interpuseram Agravo em Recurso Especial (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 200-210), que, ao ser julgado no Superior Tribunal de Justiça, apenas afastou a multa de 1% sobre o valor da causa aplicada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 259-261), cujos termos do voto transcrevo:

*Ultrapassados os requisitos de admissibilidade do agravo, passa-se à análise do próprio recurso especial.*

*Nas razões do especial alega a agravante violação dos artigos 1º e 6º, incisos III e V, do Código de Defesa do Consumidor, aduzindo, em síntese, que “a capitalização mensal deve ser extirpada do contrato (...) por ser o motivo que efetivamente impede o cumprimento da obrigação, por tê-la tornado excessivamente onerosa” (fl. 213).*

*Aduz, ainda, a ocorrência de dissídio jurisprudencial, afirmando que “sendo necessária a oposição dos embargos declaratórios, para fins de prequestionamento, impossível a cominação da multa de 1%, motivo pela qual requer-se a reforma da decisão a fim de afastar a multa arbitrada” (fl. 216).*

*O recurso merece prosperar em parte.*

*De início, no tocante à possibilidade de capitalização mensal dos juros, o acórdão recorrido não diverge da pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, consolidada pela Súmula nº 93/STJ, segundo a qual: “A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros.”*

*A esse respeito:*

*“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. FUNDAMENTOS DO NOVO RECURSO INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 1. A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização mensal de juros, independentemente da data de emissão do título. 2. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. 3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO” (AgRg nos EDcl no REsp 1262448/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 25/11/2013).*

*“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BANCÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. ADMISSIBILIDADE.*

*DECISÃO MANTIDA. 1. ‘A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros’ (Súmula n. 93/STJ). 2. No caso, o acórdão recorrido concluiu que o contrato possui pactuação expressa quanto à capitalização de juros. Dessa forma, a alteração do desfecho conferido ao processo quanto à impossibilidade de capitalização mensal de juros demandaria a análise do conteúdo fático-probatório dos autos, circunstância que atrai o óbice das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AgRg no AREsp 214.610/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 04/09/2013).*

*Na hipótese dos autos, consignando o aresto atacado (fls. 182/183) que há cláusula contratual estipulando a capitalização mensal dos juros, revela-se legal a sua incidência.*

*Tem incidência, assim, a Súmula nº 83 deste Superior Tribunal: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.”*

*Por outro lado, no que se refere à multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC, verifica-se que os embargos declaratórios opostos perante o tribunal de origem objetivaram prequestionar teses para a interposição do recurso especial, motivo pelo qual deve ser afastada a multa em questão, com a incidência da Súmula nº 98 do STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.*

*Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para excluir a multa aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil.*

*Publique-se.*

*Intimem-se.*

*Brasília-DF, 09 de dezembro de 2013.*

*Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA Relator*

A decisão do Superior Tribunal de Justiça transitou em julgado em 06/02/2014 (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 264).

Nesse contexto, os Apelantes, através dos Embargos à Execução, apenas sagraram-se vencedores na parte relativa à limitação dos juros remuneratórios no patamar de 12% ao ano, e, na exclusão da cobrança de comissão de permanência, conforme comando estabelecido na sentença.

No mais, a Cédula de Crédito Industrial SC-9.034/BNDES-AUTOMÁTICO, cuja dívida, na época do ajuizamento da ação (14/02/2006), era de R\$ 2.455.160,29 (dois milhões, quatrocentos e cinquenta e cinco mil, cento e sessenta reais e vinte e nove centavos) permanece hígida, devendo o processo de Execução n. 00110067-40.2006.8.24.0023 retomar sua marcha, com as adaptações referente aos Embargos à Execução, conforme determinou o Magistrado Dr. LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI, veja-se (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 271):

*Traslada-se a petição de fls. 236-268 e cópia da sentença proferida nos embargos à execução, desentranhando-os destes autos e juntando-os nos autos nº 023.06.011067-0, visto que os atos referentes à execução deverão prosseguir nos autos principais.*

*Cumprida a providência, intime-se o devedor, para pagar em 10 (dez) dias o valor do débito e seus acréscimos, mais despesas do processo.*

*Transcorrido o prazo, intime-se o exequente para dar prosseguimento ao feito nos autos da execução, requerendo o que de direito, no prazo de 10 (dez) dias.*

Surpreendentemente, os Apelados (Devedores/Embargantes) apresentaram “Cumprimento de Sentença” nos autos dos Embargos à Execução n. 0379952-33.2006.8.24.0023 (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 276-277), sedizendo credores da importância de R\$ 2.264.573,79 (dois milhões, duzentos e sessenta e quatro mil, quinhentos e setenta e três reais e setenta e nove centavos).

O Apelado apresentou impugnação refutando, veementemente, o Cumprimento de Sentença (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 294-300).

Na sequência, conforme anteriormente exposto no relatório, o Magistrado *a quo*, extinguiu a execução por falta de pressuposto processual em razão da inexistência de título executivo, nos termos dos arts. 485, IV e 783, ambos do CPC (Evento 188, PROCJUDIC1, p. 302-304).

Ou seja, o processo principal - Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente, que estava suspenso - deverá retomar seu curso com as diretrizes estabelecidas nos Embargos à Execução.

Assim, não há como acolher os argumentos ofertados pelos Apelantes, no sentido de que a sentença dos Embargos à Execução constitui título executivo capaz de ensejar o cumprimento de sentença, ou de que o Magistrado *a quo* apenas admite a execução de honorários sucumbenciais.

Referidas irresignações não fazem parte da decisão a quo.

O processo de execução deve cumprir o que restou decidido nos Embargos à Execução; in casu adaptar-se ao comando proferido pela sentença, qual seja: limitação dos juros remuneratórios no patamar de 12% ao ano e exclusão da cobrança de comissão de permanência. No mais, o débito permanece intacto.

Além disso, é possível observar que o Superior Tribunal de Justiça apenas afastou a condenação dos Apelantes a multa de 1% sobre o valor da causa arbitrada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina quando do julgamento dos Embargos de Declaração.

Nesse contexto, a falta de título executivo capaz de ensejar qualquer cobrança nos Embargos à Execução é flagrante, de modo que a sentença não merece reparos.

#### **b) Dos honorários recursais**

Por derradeiro, na esteira dos fundamentos adotados pelo Juízo a quo, a parte Embargante deverá arcar com o pagamento dos ônus de sucumbência.

Assim, entendo por razoável majorar os honorários advocatícios, nesta fase recursal, no importe de 2% (dois por cento) em favor do procurador do Apelado, totalizando o percentual de 12% (doze por cento) sobre o valor da causa, com fulcro no art. 85, §§ 2º, 8º e 11, do CPC.

#### **III – Da conclusão**

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

**RODOLFO TRIDAPALL**  
**Desembargador Relator**



## GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

### **AÇÃO RESCISÓRIA (GRUPO PÚBLICO) Nº 5008236-12.2020.8.24.0000/**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0308037-40.2014.8.24.0023/

RELATOR: DESEMBARGADOR CID GOULART

AUTOR: CARLOS GONCALVES DA ROSA

ADVOGADO: MAURICIO SOLANO DOS SANTOS (OAB SC017425)

RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE. TEMA 810/STF. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS CONSTANTES DO ART. 1.022 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADOS. PRETEXTO PARA REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA E/OU PREQUESTIONAMENTO. REJEIÇÃO DO RECURSO QUE SE IMPÕE.

“Os aclaratórios não se prestam à manifestação de inconformismo ou à rediscussão do julgado’ (Min. Moura Ribeiro)” (TJSC, Embargos de Declaração n. 4035606-51.2018.8.24.0000, de São José, rel. Des. Júlio César Knoll, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 27-11-2019).

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, rejeitar o recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de maio de 2021.

**Desembargador CID JOSE GOULART JUNIOR**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Trata-se de embargos de declaração opostos pelo ESTADO DE SANTA CATARINA em face do acórdão que julgou procedente a ação rescisória n. 5008236-12.2020.8.24.0000, em que também é parte CARLOS GONCALVES DA ROSA, desconstituiu o título judicial apenas no capítulo condizente com a correção monetária, a fim de tornar ineficaz a aplicação da TR, substituindo-a pelo IPCA-E.

Aduz o embargante que contrapôs artigos federais e constitucionais que servem de sustentáculo

à defesa e que não foram considerados na decisão vencedora, requerendo, pois, a supressão da omissão a respeito da falta de combatividade destes comandos normativos.

Conquanto intimado, o embargado deixou transcorrer in albis o prazo para oferecer contrarrazões. É a síntese do essencial.

## VOTO

Os embargos de declaração, adianto, não comportam guarida. Dispõe o artigo 1.022 do Código de Processo Civil em vigor:

*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 juiz de ofício ou a requerimento;*

*III - corrigir erro material. [...]*

Da leitura do dispositivo de regência transcrito, depreende-se que esta espécie recursal tem cabimento exclusivamente para extirpar obscuridade, contradição, omissão ou erro material eventualmente contido no julgado.

Sendo assim, vale gizar, mesmo para efeito de prequestionamento, a oposição de embargos declaratórios pressupõe necessariamente a existência de alguma das máculas aludidas, porque eles não são o meio legal para reanalisar as questões decididas, tampouco o acerto do aresto, pois não é possível, via de regra, na sede restrita e única da declaração, alterar, mudar ou aumentar o julgamento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em tal sentido:

*Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, deve ser afastada a alegada violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 1569603/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 28/09/2020).*

No caso concreto, não há justificativa alguma para se falar em erro material, contradição ou omissão.

Até porque, “a linha de raciocínio pode se opor logicamente à sustentação do interessado, dispensando que o juízo trate separadamente daquilo que em termos lógicos fica ultrapassado. Se o juiz entende que se deu “A”, não precisa dizer que não se deu “B” ou “C”. [...]” (TJSC, Apelação n.

0314759-51.2018.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 08-04-2021).

Indemonstrada, por sua vez, qualquer contradição.

E “o julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão (Mina. Diva Malerbi [Desembargadora convocada TRF 3ª Região]) [...]” (TJSC, Embargos de Declaração n. 4017954-89.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 24-05-2017).

A bem da verdade, está nítida a intenção da parte rediscutir os pontos examinados no acórdão combatido buscando, por vias transversas, adaptá-los às suas convicções, para o que não se presta esta modalidade recursal.

Se assim lhe convier, o insurgente deve atacar o decisum por meio de recurso adequado aos seus anseios, na medida em que os aclaratórios apenas têm lugar, como dito, nas situações descritas no artigo 1.022 do Novo Estatuto Processual Civil.

Por fim, é desnecessário “o julgador discorrer sobre todos os dispositivos legais por força do prequestionamento implícito introduzido pelo art. 1.025 do CPC” (TJSC, Apelação n. 5007386-69.2019.8.24.0039, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. José Carlos Carstens Kohler, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 02-02-2021).

Pelo o exposto, voto no sentido de rejeitar o recurso.

**Desembargador CID JOSE GOULART JUNIOR**

**Relator**

## AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA (GRUPO PÚBLICO) Nº 5007471-75.2019.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JAIME RAMOS

AGRAVANTE: ANILDO SALMORIA

AGRAVADO: RIO CANOAS ENERGIA S.A.

AGRAVO INTERNO EM AÇÃO RESCISÓRIA. EXCLUSÃO DOS ADVOGADOS DO POLO PASSIVO DA RESCISÓRIA COM BASE NO ENTENDIMENTO DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ (AR N. 5.160/RJ). PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO (AR N. 3.290/SP) INVOCADO PELO AGRAVANTE EM SENTIDO CONTRÁRIO. ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO AGRAVADA DEIXOU DE APLICAR A TÉCNICA DA DISTINÇÃO (*'DISTINGUISHING'*). IRRELEVÂNCIA. ART. 489, § 1º, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, APLICÁVEL APENAS ÀS SÚMULAS E PRECEDENTES DE NATUREZA VINCULANTE. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA NOS AUTOS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

*“No julgamento da Ação Rescisória n. 5.160/RJ, a Segunda Seção do STJ perfilhou o entendimento de que advogados não têm legitimidade passiva para integrar ação rescisória, pois não têm vínculo jurídico com o objeto litigioso do processo do qual se originou a sentença rescindenda. Logo, ostentam interesse apenas reflexo na manutenção daquela decisão” (STJ - AgInt nos EDcl no REsp n. 1.745.942/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão).*

*Por isso, nos termos do entendimento firmado na Ação Rescisória n. 5.160/RJ, “a desconstituição do capítulo dos honorários pela via da ação rescisória demanda pedido rescindente fundamentado em vício específico do capítulo dos honorários, uma vez que, após o trânsito em julgado, a condenação ao pagamento de honorários ganha autonomia em relação ao mérito da demanda” (STJ - REsp n. 1.457.328/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino).*

*“A regra do art. 489, § 1º, VI, do CPC/15, segundo a qual o juiz, para deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deve demonstrar a existência de distinção ou de superação, somente se aplica às súmulas ou precedentes vinculantes, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos, como, por exemplo, os acórdãos proferidos por Tribunais de 2º grau distintos daquele a que o julgador está vinculado” (STJ - REsp n. 1.698.774/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi).*

*“A aplicação da multa por litigância de má-fé, bem como daquela prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil não é decorrência lógica e automática do não provimento do agravo interno em votação unânime, sendo necessário que se evidencie que sua interposição se deu de forma abusiva ou protelatória, o que não é o caso do recurso interposto pela parte embargada, cuja atuação se limitou ao exercício do direito de defesa” (STJ - EDcl no AgInt no RE no AgInt no AREsp n. 1.620.744/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi).*

AGRAVO INTERNO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. PEDIDO DEDUZIDO EM AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVANTE QUE, ANTES DE QUALQUER MANIFESTAÇÃO JUDICIAL A RESPEITO, EFETUA O RECOLHIMENTO DO DEPÓSITO DE QUE TRATA O ART. 968, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ATO INCOMPATÍVEL COM A PRETENDIDA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. PEDIDO INDEFERIDO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. APLICAÇÃO DE MULTA AO AGRAVANTE POR LITIGÂNCIA DE MÁ- FÉ E DAQUELA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INADMISSIBILIDADE.

*“Ainda que a lei assegure a presunção de veracidade à declaração de pobreza [...], tal presunção é relativa, e o pedido deve vir acompanhado de mínima documentação ou fundamentação acerca da hipossuficiência financeira para que possa ser analisada e deferida, o que não ocorreu na hipótese, não sendo possível sua concessão em especial por haver a recorrente praticado ato incompatível com o pedido de justiça gratuita que pleiteia” (STJ - AgRg no AREsp n. 737.289/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins).*

*“A aplicação da multa por litigância de má-fé, bem como daquela prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil não é decorrência lógica e automática do não provimento do agravo interno em votação unânime, sendo necessário que se evidencie que sua interposição se deu de forma abusiva ou protelatória, o que não é o caso do recurso interposto pela parte embargada, cuja atuação se limitou ao exercício do direito de defesa” (STJ - EDcl no AgInt no RE no AgInt no AREsp n. 1.620.744/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi).*

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos da fundamentação acima, mantendo, por conseguinte, a exclusão dos Advogados inicialmente demandados do processo, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de abril de 2021.

**Desembargador JAIME RAMOS**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Anildo Salmória, com fundamento no art. 966, incisos V, VI, VII e VIII, do Código de Processo Civil, propôs a presente ação rescisória com o intuito de rescindir o acórdão da Quarta Câmara de Direito Público, proferido na Apelação Cível n. 0001090-74.2012.8.24.0003, de Anita Garibaldi, que, por unanimidade, deu provimento ao recurso da empresa Rio Canoas Energia S/A para afastar a condenação que lhe foi imposta pela sentença recorrida no sentido de pagar indenização por danos materiais no valor de R\$ 707.175,32, acrescidos de juros e correção monetária; e julgou prejudicado o recurso do autor desta rescisória.

O autor incluiu também no polo passivo da rescisória os advogados que, à época do acórdão rescindendo, defenderam os interesses da Rio Canoas Energia S/A, sob o argumento de que *“em favor dos mesmos o aresto rescindendo constituiu direito, consistente nos honorários advocatícios de sucumbência, de modo que as decisões aqui proferidas poderão repercutir sobre eles”*.

Contudo, este Relator, entendendo que os advogados não têm legitimidade para integrar o polo passivo da ação rescisória, decidiu excluí-los.

Na mesma oportunidade foi indeferido o pedido de gratuidade da justiça porque o autor, antes de qualquer pronunciamento judicial a respeito, e embora não tenha recolhido as custas judiciais, efetuou voluntariamente o depósito da importância exigida pelo art. 968, inciso II, do

Código de Processo Civil, ou seja, praticou ato totalmente incompatível com o pedido de concessão da benesse e, por isso, foi intimado para providenciar o recolhimento das custas judiciais, sob pena de indeferimento da petição inicial.

Inconformado, o autor da rescisória opôs embargos de declaração, com pedido de efeitos infringentes, alegando que a decisão que excluiu os advogados do polo passivo está sustentada no entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, firmado na “*Ação Rescisória n. 5.160, e repercussões desse entendimento em suas respectivas 3ª e 4ª Turmas, para a qual, de fato, dispensar-se-iam suas citações*”.

Disse que, no entanto, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça tem entendimento diametralmente oposto (Ação Rescisória n. 3.290/SP), daí por que sustenta que a “*implicação desta ou daquela jurisprudência*” no caso da rescisória proposta pelo agravante deve ser resolvida por este Tribunal de Justiça, com base no art. 489, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Em relação ao indeferimento da gratuidade da justiça, alega que “*não foi o autor quem efetivou tal depósito, e, sim, basta conferir-se, o escritório de advocacia que o patrocina*”; que “*a fim de dinamizar o trâmite e por prudência, sobretudo porquanto é cediço que a gratuidade da justiça pode ser aplicável a este ou a aquele ato, § 5º do artigo 98 do Código Fux, e a até então deferida, na ação rescindenda, restringir-se-ia, conforme lá requerido, aos honorários e custas processuais, e nada mais*”; que, “*não obstante, e pelo mesmo escritório, e sem que isso importe em preclusão lógica, efetuado o pagamento das despesas processuais iniciais, de modo a dar impulso ao feito, sem prejuízo do seu reembolso*”.

Requeru o acolhimento dos embargos de declaração, a fim de que sejam sanadas “*as insubsistências narradas, emprestando aos embargos, caso preciso, efeitos infringentes*” ou, se esse não for o entendimento, o processamento do recurso como agravo interno.

Os embargos declaratórios foram conhecidos como agravo interno do art. 1.021, do Código de Processo Civil, e o agravante foi intimado para, no prazo de cinco (05) dias, complementar as razões recursais (art. 1.024, § 3º, do CPC), mas peticionou dizendo que não era necessário “*acrescer outros porquês ao processado agravo interno*”.

Intimada, a empresa Rio Canoas Energia S/A apresentou as contrarrazões alegando que, em “*relação à primeira tese aventada, convém ressaltar que o ora agravado não tem interesse em se manifestar sobre a presença, ou não, dos advogados no polo passivo da ação rescisória, já que o objeto desta inserção diz respeito, apenas, aos honorários de sucumbência*”.

Entende, no que se refere à gratuidade da justiça, que o indeferimento deve ser mantido porque ninguém “*com efetivas necessidades de cunho econômico, realizaria o pagamento de 5% sobre o valor da causa, cuja exigência, prevista no artigo 968, inciso II, do Código de Processo Civil, é afastada em sua inteireza pela eventual concessão do benefício da justiça gratuita, nos termos do inciso VIII do parágrafo 1º do artigo 98 do CPC*”.

Enfatiza que, de acordo com as provas que agora junta ao processo, o autor da rescisória “*a) possui três veículos registrados em seu nome, um Toyota Etios, de placa MML2867, um VW/*



*Gol, de placa AGIX-3901 e um automóvel de fabricação própria, de placa AGG 2067; e b) a sua esposa, Marines de Matos Salmória, com a qual é casado sob o regime parcial de comunhão de bens, é sócia-proprietária da Padaria e Confeitaria Delícias Caseiras, CNPJ 32.659.185/0001-37, situada na Rua Aluísio Guimarães, n. 65, no Centro do Município de Anita Garibaldi”, o que demonstra sua capacidade financeira de arcar com as custas e despesas desta ação rescisória.*

*Alega que “duas pontuais constatações revelam a má-fé do autor no presente caso: i) o comportamento contraditório ao realizar o pagamento de 5% do valor da causa, mesmo quando havia pleiteado na inicial a gratuidade do acesso à Justiça; e ii) a existência de bens, dos quais, certamente, seria possível obter os valores necessários ao pagamento das custas e despesas processuais”.*

Por isso, sustenta que, diante da comprovação de que o autor não é hipossuficiente, **“é devida a sua condenação até o décuplo de seu valor a título de multa, conforme prevê o parágrafo único do artigo 100 do Código de Processo Civil, já que evidenciada a má-fé do autor em requerer tal benesse”; que, julgado improcedente o agravo interno, o agravante deve “ser condenado a pagar ao agravado multa fixada entre 1 e 5% do valor atualizado da causa, nos termos do artigo 1.021, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil”, em razão da má-fé processual e da “postura que vai de encontro à cooperação processual (art. 6º, CPC)”.**

Intimidados, os advogados Júlio Guilherme Müller, Bernardo Beltrão Campos Pontes e Luiz Gabriel Crema apresentaram as contrarrazões, em conjunto, dizendo que, em relação ao indeferimento da gratuidade da justiça, *«não têm interesse em se manifestar».*

Alegam, no que diz respeito à exclusão deles do polo passivo da rescisória, que se faz necessária a *“manutenção da exclusão dos advogados do polo passivo da ação rescisória - interesse meramente reflexo”,* citando, em reforço a essa tese, além de lições doutrinária, a decisão proferida no AgInt no REsp n. 1.719.834/PA; que o Código de Processo Civil não traz nenhuma norma *“específica tratando da legitimidade passiva para a ação rescisória”* e, por isso, *“devem incidir as regras gerais do processo sobre legitimidade”;* que, desse modo, *“para vislumbrar quem deve figurar como réu, é necessário se atentar para aquele que poderá ter seus direitos, concretamente definidos na ação rescindenda, afetados pelo julgamento do pedido rescisório”.*

Disseram que *“não possuem vínculo jurídico com o objeto litigioso relativo à ação rescindenda, ostentando mero interesse reflexo na manutenção do acórdão que se almeja alterar, é imperativa a manutenção da sua exclusão do polo passivo desta demanda, nos termos da decisão monocrática prolatada”.*

Requereram a improcedência do agravo interno, a fim de que se mantenha incólume a decisão agravada, aplicando-se ao agravante a multa do § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil.

A Dra. Rafaela Cristina Lopes Mercês, advogada agravada, foi intimada por meio do WhatsApp, mas disse que não tem *“interesse em qualquer manifestação”,* haja vista que não possui *“qualquer vínculo com a empresa ré”.*

## VOTO

Há que se negar provimento ao agravo interno.

### **Da ilegitimidade dos advogados para figurar no polo passivo da rescisória**

O agravante incluiu no polo passivo da ação rescisória os advogados que, à época do acórdão rescindendo, defenderam os interesses da empresa Rio Canoas Energia S/A, sob o argumento de que *“em favor dos mesmos o aresto rescindendo constituiu direito, consistente nos honorários advocatícios de sucumbência, de modo que as decisões aqui proferidas poderão repercutir sobre eles”*.

Contudo, este Relator, com base em precedentes do Superior Tribunal, determinou a exclusão dos advogados, por entender que eles não têm legitimidade para integrar o polo passivo da ação, o que deu ensejo à oposição de embargos de declaração, que foram conhecidos como agravo interno do art. 1.021, do Código de Processo Civil.

Nas razões do agravo se alega que a decisão agravada está fundamentada no entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, firmado na *“Ação Rescisória n. 5.160, e repercussões desse entendimento em suas respectivas 3ª e 4ª Turmas, para a qual, de fato, dispensar-se-iam suas citações”*; que, no entanto, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Rescisória n. 3.290/SP), firmou entendimento diametralmente oposto àquele da Segunda Seção.

Disse que o julgado da Primeira Seção, *“com ascendência sobre a 1ª e a 2ª Turmas, competentes para o exame das questões de Direito Público, ascendência que, parece, e sem adentrar no merecimento de uma ou de outra, deva alcançar todas as estruturas judiciárias quando julguem contendas que permeiem aludida seara, só sendo impositivo o outro entendimento quando a matéria de fundo estiver adstrita ao Direito Privado”*, daí por que a *“implicação desta ou daquela jurisprudência”* no caso da ação rescisória proposta pelo agravante deve ser resolvida por este Tribunal de Justiça, com base no art. 489, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil.

A empresa Rio Canoas Energia S/A, nas contrarrazões, afirmou que não tem interesse em se manifestar sobre o assunto (legitimidade ou ilegitimidade dos advogados).

No entanto, os advogados Júlio Guilherme Müller, Bernardo Beltrão Campos Pontes e Luiz Gabriel Crema, citando doutrina e a decisão proferida no AgInt no REsp n. 1.719.834/PA, enfatizaram a necessidade de *“manutenção da exclusão dos advogados do polo passivo da ação rescisória - interesse meramente reflexo”*. A advogada Rafaela Cristina Lopes Mercês disse que não tem *“interesse em qualquer manifestação”*.

Pois bem.

O Ministro Marco Buzzi, no julgamento do AgInt no AREsp n. 1.446.886/RS, em relação aos advogados integrarem o polo passivo da ação rescisória, deixou assente o seguinte:

*“A Segunda Seção desta Corte Superior, no julgamento da AR 5160-RJ, fixou entendimento de que o advogado em favor de quem foram fixados honorários sucumbenciais não tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação rescisória, pois não possui interesse jurídico no objeto da ação que deu origem à sentença rescindenda. Incidência da Súmula 83/STJ” (STJ - AgInt no AREsp n. 1.446.886/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe de 7/11/2019).*

De igual modo, o Ministro Luis Felipe Salomão consignou que *“no julgamento da Ação Rescisória n. 5.160/RJ, a Segunda Seção do STJ perfilhou o entendimento de que advogados não têm legitimidade passiva para integrar ação rescisória, pois não têm vínculo jurídico com o objeto litigioso do processo do qual se originou a sentença rescindenda. Logo, ostentam interesse apenas reflexo na manutenção daquela decisão” (STJ - AgInt nos EDcl no REsp n. 1.745.942/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 11/6/2019).*

Dos fundamentos do voto-vista que o Ministro Antônio Carlos Ferreira proferiu na Ação Rescisória n. 5.160/RJ, devido à relevância e pertinência, extrai-se:

*Pedi vista dos autos para examinar a divergência parcial suscitada pelo em. Revisor, Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, relativa à legitimidade dos advogados que patrocinaram os autores da demanda originária para figurar no polo passivo desta ação rescisória. [...]*

***Rogando vênias à divergência no ponto, entendo que o advogado não é parte legítima para figurar no polo passivo de ação rescisória ajuizada sob fundamentos que só alcançam a relação jurídica formada entre as partes da demanda originária, revelando-se insuficientes para atingir o direito autônomo do profissional aos honorários sucumbenciais. No caso sob exame, a fundamentação do pedido limita-se a alegar erro de fato e suposta violação literal do art. 3º, § ún., da Lei Complementar n. 108/2001 e art. 17, caput, da Lei Complementar n. 109/2001, dos quais não se extrai aptidão para o desfazimento da condenação na verba honorária sucumbencial. Transcrevo, a propósito, os pedidos formulados pela entidade autora na petição inicial (e-STJ, fl. 12):***

*‘IV - DOS PEDIDOS FINAIS: Rescisão do V. Acórdão e novo julgamento da causa – Art. 494, CPC.*

*Ante a todo o exposto, requer a PREVI sejam acolhidas as razões e fundamentos retromencionados e que este Egrégio Tribunal proceda a:*

- a) a rescisão da decisão de mérito prolatada nos autos do Processo nº Ag 1359877/RJ, pela 3ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça, tornando-a, assim, sem efeito pela sua revogação;*
- b) novo julgamento da causa, deixando-se de adotar a premissa falsa e reconhecendo a natureza indenizatória da verba auxílio cesta-alimentação, que redundará, necessariamente, na improcedência do pedido autoral, haja vista a violação ao parágrafo único do artigo 3º da Lei Complementar nº 108/01’.*

*Ora, mais uma vez pedindo vênias ao em. Ministro Revisor, **penso que o eventual acolhimento do pedido, nos termos em que deduzido, não importa em também rescindir o capítulo da sentença que impôs condenação ao vencido de arcar com os honorários advocatícios sucumbenciais, haja vista a total independência entre cada um dos vínculos jurídicos que se forma com o trânsito em julgado da decisão rescindenda.** Não se trata, efetivamente, de consequência insofismável da rescisão da sentença – rectius, do capítulo relativo ao mérito da controvérsia – o desfazimento da condenação no pagamento da verba sucumbencial, esta de titularidade exclusiva do advogado.*

*A posterior modificação do estado de sucumbência, com o julgamento de procedência da rescisória, não implica reconhecer a automática e conseqüente violação da norma legal que dispõe sobre a distribuição dos respectivos ônus, deferindo-se à parte provimento que ela nem sequer pleiteou.*

*De fato, o liame obrigacional que se estabelece diretamente entre a parte autora de ação rescisória e aquele que patrocinou o vencedor da demanda originária diz respeito apenas à obrigação de pagar os honorários advocatícios de sucumbência, direito autônomo do profissional – à semelhança do instituto da *distrazione* no Direito italiano –, cuja titularidade permite-lhe, inclusive, a execução direta e outrossim a interposição recurso, em nome próprio, para questionar exclusivamente o capítulo da sentença que trata da verba sucumbencial (L. 4.215/1963, art. 99, § 1º; L. 8.906/1994, art. 23; CPC/2015, art. 85, § 14 e art. 99, § 5º). [...]*

*O Col. Supremo Tribunal Federal, em julgamento paradigmático sobre a matéria, ratificou o entendimento pela autonomia da condenação no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, da qual resulta vínculo obrigacional de natureza material e que nem sequer ostenta a condição de acessório da relação jurídica processual originária.*

*Confira-se a ementa do Julgado:*

**‘CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ALEGADO FRACIONAMENTO DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DE ESTADO-MEMBRO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, A QUAL NÃO SE CONFUNDE COM O DÉBITO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE CARÁTER ACESSÓRIO. TITULARES DIVERSOS. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO AUTÔNOMO. REQUERIMENTO DESVINCULADO DA EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO PRINCIPAL. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE EXECUÇÃO PARA FRAUDAR O PAGAMENTO POR PRECATÓRIO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 100, § 8º (ORIGINARIAMENTE § 4º), DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (RE 564132, Relator(a): Min. EROS GRAU,**

*Relator(a) p/ Acórdão: Min. CARMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015 EMENT VOL-02765-01 PP-00001) [...]*

***A total desvinculação dos honorários advocatícios sucumbenciais força concluir que a rescisão do julgado originário, na parte em que se refere à relação jurídica formada apenas entre as partes demandantes (autor e réu), não induz à automática e necessária desconstituição da condenação no pagamento da verba honorária, na medida em que esta última resulta de vínculo cuja existência, após o trânsito em julgado da decisão que o estabeleceu, independe da manutenção do liame obrigacional criado entre os litigantes originários. [...]***

***Dessarte, o desfazimento dessa relação jurídica estanque – de direito material, reitera-se –, formada apenas entre o advogado da parte vencedora e o vencido, pressupõe que a ação rescisória veicule pedido expresse para a desconstituição desse capítulo do julgado (CPC/2015, art. 966, § 3º), necessariamente amparado em fundamento que autorize rescindir tão somente a condenação da verba sucumbencial. Para tanto, o autor da rescisória deve indicar o enquadramento legal de sua pretensão, apenas em relação aos honorários advocatícios, no rol exaustivo previsto na lei processual de regência (CPC/2015, art. 966, incisos I a VIII).***

*Em tais circunstâncias, para amparar pedido rescisório que visa ao desfazimento da obrigação de pagar a verba sucumbencial, ao argumento de violação manifesta de norma jurídica (CPC/2015, art. 966, V), é imprescindível que o autor desenvolva, de modo pontual, fundamentação no sentido de que malferidos os dispositivos legais que disciplinam a distribuição dos encargos sucumbenciais, em especial o art. 85 do CPC/2015 (ou o art. 20, no que se refere às condenações impostas enquanto vigente o CPC/1973), ou ainda erro de fato exclusivamente*

no que se refere à fixação da verba honorária.

**Assim, a inexistência de pedido dirigido diretamente contra o direito do profissional – necessariamente amparado em fundamento jurídico que lhe dê abrigo, reafirmo – evidencia sua ilegitimidade passiva ad causam, pois é certo que, como anota o acórdão do antes mencionado Recurso Especial n. 1.651.057/CE, ‘a definição dos legitimados passivos deve se dar na ação rescisória da mesma maneira como ocorre nas demandas em geral. Para saber quem deve figurar como réu é preciso atentar, portanto, para aquele que terá ou poderá ter seus direitos (concretamente definidos pela sentença rescindenda), afetados pelo julgamento a ser proferido’. [...]**

Evidentemente, não se afasta a possibilidade – expressamente prevista no art. 113, III, do CPC/2015 – de litisconsórcio passivo na ação rescisória (simples e facultativo, vale dizer), formado entre o vencedor da demanda originária e o seu advogado, desde que cumulados os pedidos para a rescisão das respectivas relações jurídicas, e, sobretudo, para cada uma delas, apresentados os fatos e fundamentos jurídicos que sirvam à desconstituição do julgado em ambos os capítulos, sob pena de se reconhecer, à luz da Teoria da Asserção, a ilegitimidade da parte que não é atingida pelo provimento jurisdicional reivindicado, como no caso que ora se examina.

Ainda como reforço de argumento, pondero que se efetivamente fosse o advogado parte legítima para figurar no polo passivo de ação que visa a rescindir apenas a relação jurídica constituída entre as partes originárias – porque assim, como efeito automático desse provimento, restaria igualmente desfeita a condenação dos honorários sucumbenciais, que lhe favorece –, teríamos de admitir que outrossim ostentaria legitimidade para, em nome próprio, pleitear a rescisão de julgado no qual seu cliente foi derrotado, de sorte a reverter em seu favor o pagamento da verba honorária (até então devida por seu constituinte ao patrono da contraparte), corolário lógico que, todavia, não me parece razoável. Penso, em verdade, que o profissional não detém interesse jurídico para tanto, notadamente porque, como antes afirmado, após o trânsito em julgado da decisão condenatória o seu direito à verba honorária sucumbencial adquire plena autonomia frente à relação jurídica matriz” (STJ - AR n. 5.160/RJ, Voto-vista do Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe de 18/4/2018 - grifou-se).

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, nos fundamentos do voto que proferiu no REsp n. 1.457.328/SC, deixou bem claro que **“esse entendimento da SEGUNDA SEÇÃO, contudo, foi firmado numa hipótese em que o vício rescisório alegado dizia respeito especificamente ao capítulo de mérito da demanda (manifesta violação a norma jurídica referente ao auxílio ceastalimentação)”** (STJ - REsp n. 1.457.328/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 29/6/2018 - grifou-se).

Portanto, de acordo com a orientação firmada “no julgamento da AR 5.160/RJ pela Segunda Seção desta Corte Superior, **a desconstituição do capítulo dos honorários pela via da ação rescisória demanda pedido rescindente fundamentado em vício específico do capítulo dos honorários**, uma vez que, após o trânsito em julgado, a condenação ao pagamento de honorários ganha autonomia em relação ao mérito da demanda” (STJ - REsp n. 1.457.328/SC, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 29/6/2018).

Na Ação Rescisória n. 5.160/RJ, conforme se infere dos trechos do voto-vista do Ministro Antônio Carlos Ferreira, o pedido está fundamentado no art. 485, inciso V (“*violar literal disposição de lei*”) e IX, § 1º, (erro de fato) do Código de Processo Civil/1973, matéria exclusivamente de mérito, e não há pedido específico de desconstituição do capítulo dos honorários advocatícios,



razão pela qual se firmou o entendimento de que os causídicos que defenderam os interesses da parte vencedora na ação ordinária (ré da rescisória) não podem figurar como réus da ação rescisória.

De outro lado, o agravante sustenta que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Ação Rescisória n. 3.290/SP, firmou entendimento diametralmente oposto àquele da Ação Rescisória n. 5.160/RJ, razão pela qual pretende que este Tribunal de Justiça, como determinam o art. 489, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil, demonstre a existência de distinção entre o caso discutido na rescisória proposta pelo agravante e o que foi decidido na Ação Rescisória n. 3.290/SP.

Eis a ementa da Ação Rescisória n. 3.290/SP:

*“AÇÃO RESCISÓRIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO. PRECATÓRIO EXPEDIDO QUE ABRANGE HONORÁRIOS. ADVOGADOS TITULARES. PEDIDO DE INGRESSO NO FEITO. ASSISTÊNCIA SIMPLES. DEFERIMENTO.*

*1. No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado, e o contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos. incidência da Súmula 306/STJ.*

*2. Tratando-se de direito autônomo, o advogado é parte legítima para defender os honorários que titulariza quando ameaçados em razão da propositura de demanda rescisória.*

*3. O capítulo da sentença referente aos honorários está indiscutivelmente atrelado ao resultado da lide consagrado no respectivo título judicial, de modo que a desconstituição da coisa julgada atingirá não apenas a relação jurídica travada entre vencedor e vencido da demanda original, mas também aquela estabelecida entre o advogado e a parte anteriormente vencida, agora vencedora da ação rescisória.*

*4. Fere os postulados básicos do devido processo legal permitir que o acórdão rescindendo seja desconstituído, e sustado o precatório que inclui os honorários advocatícios, sem franquear aos advogados, titulares de direito autônomo sobre essa verba, a possibilidade de contraditar a pretensão externada na ação rescisória.*

*5. Pedido de ingresso no feito como assistente simples deferido” (STJ - AR n. 3.290/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 12/4/2011).*

A Ação Rescisória n. 3.290/SP, com pedido de antecipação de tutela, foi “proposta pelo Estado de São Paulo com fundamento no art. 485, incisos V e VI, do Código de Processo Civil-CPC, por meio da qual objetiva o autor rescindir acórdão da Primeira Turma exarado no Recurso Especial n. 77.359/SP, que acolheu pedido indenizatório pelas restrições à propriedade impostas com a criação do Parque Estadual da Serra do Mar”, tendo como ré a empresa Soares Penido Participações e Empreendimentos S/A.

O Ministro Castro Meira, na decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada, anotou:

*“Ao final requer o seguinte:*

*“b) decreto de procedência da presente ação, para que:*



b.1.) no âmbito do 'jus rescindens' sejam rescindidos os vv. aresto proferido no Recurso Especial n. 77.359-SP integrado pelos embargos declaratórios de mesmo número;

b.2) no âmbito do 'judicium recissorium' seja proferido novo julgamento por essa Corte para, acolhendo-se as postulações do Estado, julgar improcedente a ação originária ou, em cumulação sucessiva/alternativa, anular os julgamentos levados a efeito pelo TJSP a partir da apelação cível n. 188.405.2 (art. 494 do CPC), e determinar a realização de nova perícia para fixação do valor justo da indenização e de seus consectários, desta feita observado o disposto nos artigos 23 e 27 do DL 3.365/41 e 5º, XXIV e 186, II da Constituição Federal, antes da incorporação do imóvel ao patrimônio público. (fl. 38)" (STJ - AR n. 3.290/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 18/11/2009).

Os advogados que defenderam, na ação originária respectiva, os interesses da empresa Soares Penido Participações e Empreendimentos S/A, requereram o ingresso no feito na condição de assistentes simples, sob o fundamento de que "titularizam direito aos honorários advocatícios contemplados no precatório que o Estado de São Paulo pretende sustar".

O Ministro Castro Meira, nos fundamentos da decisão que deferiu o pedido, registrou o seguinte:

*"Como os honorários constituem direito autônomo do causídico, que inclusive poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta, parece não haver dúvida de que os advogados são parte legítima para defender esse direito quando ameaçado em razão da propositura de demanda rescisória contra a sentença de mérito que os fixa.*

*A sentença transitada em julgado constitui, basicamente, duas relações jurídicas: a do vencedor em face do vencido e a deste com os advogados da parte adversa. Na primeira relação, estará o vencido obrigado a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa em favor do seu adversário processual. Na segunda, será imposto ao vencido o dever de arcar com os honorários sucumbenciais em favor dos advogados do vencedor.*

*Quando a sentença é objeto de uma ação rescisória, essas duas relações encontram-se igualmente ameaçadas e sujeitas a desfazimento, caso julgados procedentes os pedidos formulados na ação.*

*Assim, rescindida a sentença, a relação jurídica titularizada pelos advogados esvazia-se pela perda de causa jurídica, já que a sentença que lhe dava fundamento de validade deixou de existir.*

*Portanto, o direito a honorários constituído pela sentença não poderá ser desconstituído sem que o titular dele seja chamado à lide rescisória.*

*Em outras palavras, como o advogado é credor de honorários conferidos pela coisa julgada rescindenda, tem legítimo interesse jurídico a defender na ação rescisória. [...]*

*Como já dito, o capítulo da sentença referente aos honorários está indiscutivelmente atrelado ao resultado da lide consagrado no respectivo título judicial, de modo que a desconstituição da coisa julgada atingirá não apenas a relação jurídica travada entre vencedor e vencido da demanda original, mas também aquela titularizada pelo advogado em face da parte anteriormente vencida, agora vencedora da ação rescisória.*

*Fere os postulados básicos do devido processo legal permitir que o acórdão rescindendo seja desconstituído, e sustado o precatório que inclui os honorários advocatícios, sem franquear aos advogados, titulares de direito autônomo sobre essa verba, a possibilidade de contraditar a pretensão externada na ação rescisória.*

*Ante o exposto, defiro o pedido de ingresso no feito na condição de assistentes simples” (STJ - AR n. 3.290/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 12/4/2011).*

No caso aqui analisado, o pedido deduzido na Ação Rescisória n. 3.290/SP está sustentado no art. 485, incisos V (“*violar literal disposição de lei*”) e VI (prova falsa), do Código de Processo Civil de 1973, e diz respeito exclusivamente à matéria de mérito da causa, ou seja, assim como na Ação Rescisória n. 5.160/RJ, também não há pedido especificamente voltado à rescisão do capítulo dos honorários advocatícios, mas a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao contrário do entendimento da Segunda Seção, decidiu no sentido de que os causídicos que defenderam, na demanda originária, os interesses da parte ré da ação rescisória, têm legitimidade para integrar o polo passivo da lide rescisória.

Assim, examinando-se, respectivamente, a ação rescisória proposta pelo agravante, a Ação Rescisória n. 3.290/SP e a Ação Rescisória n. 5.160/RJ, conclui-se o seguinte em relação aos pedidos:

*a) na ação rescisória proposta pelo agravante o pedido está fundamentado no art. 966, incisos V (“violar manifestamente norma jurídica”), VI (falsidade da prova), VII (prova nova) e VIII (erro de fato), do Código de Processo Civil, que dizem respeito ao mérito da demanda, vale dizer, **não há pedido específico de rescisão do capítulo dos honorários advocatícios**, mas os advogados foram incluídos como réus sob a alegação de que eventual procedência do pedido rescisório “**poderá**” repercutir sobre a verba honorária;*

*b) o pedido deduzido na Ação Rescisória n. 3.290/SP está sustentado no art. 485, incisos V (“violar literal disposição de lei”) e VI (prova falsa), do Código de Processo Civil de 1973, e diz respeito exclusivamente à matéria de mérito, ou seja, **também não há pedido expresso de rescisão do capítulo dos honorários advocatícios**;*

*c) na Ação Rescisória n. 5.160/RJ, conforme se infere dos trechos do voto-vista do Ministro Antônio Carlos Ferreira, o pedido está fundamentado no art. 485, inciso V (“violar literal disposição de lei”) e IX, § 1º, (erro de fato) do Código de Processo Civil/1973, que é matéria de mérito e, assim como na ação rescisória proposta pelo agravante e na Ação Rescisória n. 3.290/SP, **também não há pedido específico de desconstituição do capítulo dos honorários advocatícios**.*

Note-se, então, que os pedidos de rescisão deduzidos em todas as ações rescisórias se referem exclusivamente ao mérito, não havendo em nenhuma delas pretensão rescisória especificamente direcionada ao capítulo dos honorários advocatícios, o que leva à conclusão de que entre elas não existe distinção aparente.

Por isso, o agravante entende que, se não há distinção entre a situação discutida na ação rescisória que propôs e as situações narradas nos precedentes da Primeira e Segunda Seções do Superior Tribunal de Justiça, é necessário que este Tribunal de Justiça, com base no inciso VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, estabeleça a distinção que o levou à adoção do entendimento da Segunda Seção (Ação Rescisória n. 5.160/RJ), em detrimento daquele da Primeira Seção (Ação Rescisória n. 3.290/SP).

O art. 489, do Código de Processo Civil, tem a seguinte redação:

**“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:**

*I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;*

*II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;*

*III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.*

**§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:**

*I- se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;*

*II- empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;*

*IV- não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;*

*V- se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;*

*VI- deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.*

**§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.**

**§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.**

O inciso VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil trata da técnica da distinção (*distinguishing*) que é aplicada para fixar as diferenças ou similitudes entre o caso concreto submetido à análise do julgador e o paradigma invocado pela parte, e assim proferir sua decisão adotando, ou não, o entendimento firmado no precedente.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI ensinam que a técnica da distinção é o método pelo “qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma” (Precedente judicial como fonte do direito. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).

FREDIE DIDIER JR., RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA, tecendo comentários acerca do inciso VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, anotaram:

**“Há, no entanto, uma diferença sutil entre os incisos V e VI do § 1.º do art. 489: a obrigatoriedade de que**

fala o inciso VI somente se aplica aos precedentes obrigatórios; não se aplica aos precedentes persuasivos. Assim, se a parte invoca, como reforço argumentativo, numa causa que tramita perante a justiça baiana, um julgado proferido por outro tribunal estadual (não vinculativo; caráter meramente persuasivo), não há obrigação de o magistrado, para não seguir a orientação desse precedente, demonstrar que ele se refere a caso distinto daquele posto sob sua análise ou que ele está superado. Isso porque os casos podem até mesmo ser muito semelhantes – contexto fático praticamente idêntico – e o precedente pode estar vigendo, mas o magistrado pode simplesmente não concordar com a tese jurídica adotada pelo outro tribunal estadual. Trata-se de postura legítima, já que não está ele adstrito à tese jurídica firmada em precedentes não vinculantes.

Situação diferente se dá quando está ele diante de precedente vinculante – por exemplo, nas hipóteses do art. 332, do art. 932, IV e V, e do art. 927, do CPC. Nesses casos, a não aplicação do precedente precisa ser justificada e as únicas justificativas admissíveis são (i) a realização de *distinguishing* negativo – isto é, a conclusão de que não há, entre o caso posto e o paradigma, uma semelhança contextual – e (ii) a demonstração de que o precedente está superado.

Em suma, da conjugação desses dois dispositivos (incisos V e VI do § 1.º do art. 489), o que se tem é o seguinte: (i) ao invocar um precedente como argumento ou como norma jurídica aplicável num caso concreto, deve o juiz demonstrar, por meio do *distinguishing* (método de contraposição), que a *ratio decidendi* se aplica a esse caso (art. 489, § 1.º, V); (ii) se algum sujeito processual invocar um precedente como norma jurídica, a sua não aplicação ao caso concreto dependerá da realização de *distinguishing* (resultado), isto é, da demonstração de que não há semelhança contextual entre o paradigma e o caso posto, ou da demonstração de *overruling* ou *overriding* (superação) (art. 489, § 1.º, VI)” (Comentários ao novo Código de Processo Civil/coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 714 - destaque apostro).

O Superior Tribunal de Justiça, a respeito da aplicação da técnica da distinção (*distinguishing*), orienta:

“A regra do art. 489, § 1º, VI, do CPC/15, segundo a qual o juiz, para deixar de aplicar enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, deve demonstrar a existência de distinção ou de superação, somente se aplica às súmulas ou precedentes vinculantes, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos, como, por exemplo, os acórdãos proferidos por Tribunais de 2º grau distintos daquele a que o julgador está vinculado” (STJ - REsp n. 1.698.774/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 1º/9/2020).

Nos fundamentos do voto, a digna Ministra Nancy Andrighi inscreveu:

“01) Nas razões de seu recurso especial, alega a recorrente que teria invocado, na apelação, uma série de julgados abonadores de sua tese de impossibilidade de partilha da previdência complementar privada aberta, proferidos pelo TJ/SP e pelo TJ/DFT, que não teriam sido observados pelo TJ/RS por ocasião do julgamento do referido recurso.

02) Argumenta a recorrente, em razão disso, que teria ocorrido violação ao art. 489, §1º, VI, do CPC/15, na medida em que somente seria lícito ao TJ/RS afastar-se do entendimento contido nos julgados do TJ/SP e do

*TJ/DFT se houvesse fundamentação relacionada à distinção em relação à hipótese em exame ou à superação do entendimento materializado naqueles julgados.*

03) O dispositivo legal alegadamente violado possui o seguinte conteúdo:

‘Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)’

**§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)**

*VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento».*

**04) Examinando-se o conteúdo do referido dispositivo legal, verifica-se que a nova lei processual exige do juiz um ônus argumentativo diferenciado na hipótese em que pretenda ele se afastar da orientação firmada em determinadas espécies de julgados, a saber, que demonstre a existência de distinção entre a hipótese que lhe fora submetida e o paradigma invocado ou de superação do entendimento firmado no paradigma invocado.**

05) Denota-se, pois, que o art. 489, § 1º, VI, do CPC/15, possui, em sua essência, uma indissociável relação com o sistema de precedentes tonificado pela nova legislação processual, razão pela qual a interpretação sobre o conteúdo e a abrangência daquele dispositivo deve levar em consideração que **o dever de fundamentação analítica do julgador, no que se refere à obrigatoriedade de demonstrar a existência de distinção ou de superação, limita-se às súmulas e aos precedentes de natureza vinculante, mas não às súmulas e aos precedentes apenas persuasivos.**

06) Quanto ao ponto, anote-se a precisa lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

*‘No inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC, há previsão de que não se considera fundamentada decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou de superação do entendimento.*

***Lamenta-se a utilização do termo jurisprudência ao lado de súmula e precedente, não se devendo misturar a abstração e generalidade da jurisprudência com o caráter objetivo e individualizado da súmula e do precedente. De qualquer forma, como a aplicabilidade do dispositivo legal é limitada à eficácia vinculante do julgamento ou da súmula, a remissão à jurisprudência perde o sentido e torna-se inaplicável.***

*Diferentemente do que ocorre com o inciso antecedente, o inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC não se aplica a súmulas e precedentes meramente persuasivos (Enunciado 11 da ENFAM: ‘Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do §1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 332’), porque, nesse caso, o juiz pode simplesmente deixar de aplicá-los por discordar de seu conteúdo, não cabendo exigir-se qualquer distinção ou superação que justifique a sua decisão. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 4. ed., Salvador: JusPodivm, 2019. p. 883/884)’” (STJ - REsp n. 1.698.774/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 1º/9/2020 - destaque aposto).*

Logo, como se vê, a aplicação da técnica da distinção (*distinguishing* - inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC) restringe-se às súmulas e precedentes vinculantes, daí por que o fato de a decisão agravada ter excluído os advogados do polo passivo da ação rescisória com base no entendimento da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, firmado na Ação Rescisória n. 5.160/RJ, e não com supedâneo naquele da Primeira Seção, firmado na Ação Rescisória n. 3.290/SP, não implica em ofensa ao inciso VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil.



Isso porque os precedentes, tanto aquele que fundamenta a decisão agravada (AR n. 5.160/RJ), quanto aquele invocado pelo agravante (AR n. 3.290/SP) não têm natureza vinculante, o que afasta a obrigatoriedade de o julgador estabelecer a distinção entre a situação descrita na rescisória proposta pelo agravante e àquela narrada nos precedentes de caráter meramente persuasivo.

Não se pode olvidar que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento da Ação Rescisória n. 3.290/SP, ocorrido em 2011, citando o precedente da Segunda Seção (AR n. 5.160/RJ), tem orientado no sentido de que “o *causídico que defendeu a empresa expropriada na lide anterior não possui legitimidade para com ela figurar, em litisconsórcio, no polo passivo da presente rescisória, pois não foi parte e nem detinha vínculo jurídico com o objeto litigioso da demanda expropriatória*” (STJ - AR n. 4.883/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 18/9/2020).

O Relator, Ministro Sérgio Kukina, nos fundamentos do voto registrou:

*“Como relatado, cuida-se de ação rescisória ajuizada pelo INCRA, com fundamento no art. 485, IV e V, do CPC/1973, em desfavor de FLORESTAS MENDES JÚNIOR LTDA. e OUTRO, cujo objetivo é rescindir o acórdão prolatado nos EDcl no REsp 972.565/MG (copiado às fls. 1.255/1.264), no específico tópico em que nele se estabeleceu, relativamente aos juros compensatórios incidentes na subjacente desapropriação, a aplicação, após a publicação da liminar na ADIn n. 2.332/DF (em 13/9/2001), da alíquota de 12% (doze por cento) ao ano. De acordo com o INCRA, ao assim deliberar, o acórdão rescindendo violou a cláusula vedatória da reformatio in pejus, porquanto o juiz de primeiro grau, ao sentenciar a lide, fixara os compensatórios no patamar de 6% ao ano, com o que se conformou a parte expropriada, a qual nem sequer apelou do julgado. Daí a alegação, na exordial desta rescisória, de ofensa aos arts. 2º, 473 e 512 do CPC/73.*”

Para melhor visualização dos pontos controversos, o presente voto segue em distintos tópicos.

#### **1. Da ilegitimidade passiva ad causam de WILSON CARLOS VILANI**

*De início, verifica-se a ausência de legitimidade de WILSON CARLOS VILANI para figurar na presente relação processual. Sua inclusão, pelo INCRA, no polo passivo da rescisória, decorre do tão só fato de ter atuado na antecedente expropriatória como advogado da expropriada, e ora corrê, FLORESTAS MENDES JÚNIOR LTDA, sendo, por isso, credor dos honorários sucumbenciais lá arbitrados. Noutros termos, não figurou na demanda anterior como parte efetiva e nem detinha vínculo jurídico com o seu objeto litigioso.*

*Ademais disso, nada obstante o eventual acolhimento do pedido formulado pelo INCRA nesta rescisória (cujo vício alegado é a ocorrência de reformatio in pejus) possa acarretar efeitos na esfera de interesse do aludido causídico – pois a redução do quantum indenizatório implicaria a diminuição de seus honorários –, tais consequências seriam de natureza meramente reflexa, o que, por si só, não autoriza seu ingresso no polo passivo da demanda como litisconsorte da empresa expropriada.*

Nesse sentido, trilharam os seguintes julgados desta Corte:

**‘CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCP. AÇÃO RESCISÓRIA. ILEGITIMIDADE DOS ADVOGADOS. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DA JURISPRUDÊNCIA. MANEJO DE RESCISÓRIA PARA ADEQUAÇÃO**



DO JULGADO. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 343 DO STF, POR ANALOGIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL. INCIDÊNCIA DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO NCPC. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. (...)

**2. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a AR nº 5.160/RJ, adotou o entendimento de que os advogados não possuem legitimidade passiva para integrar ação rescisória, pois não detêm vínculo jurídico com o objeto litigioso do processo do qual se originou a sentença rescindenda, ostentando apenas interesse reflexo na sua manutenção. (...)**

*Agravo interno não provido, com imposição de multa (AgInt no REsp 1.743.750/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 11/09/2019).*

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. INSTRUMENTALIDADE RECURSAL. CITAÇÃO DA ANEEL E PATRONOS. PRESCINDIBILIDADE. AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO RESCINDENDA. PRECEDENTES. SÚMULA 401/STJ. MAJORAÇÃO DE TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA. PORTARIAS 38/86 E 45/86 DO DNAEE. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO OU ANEEL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. JULGAMENTO DA AÇÃO RESCINDENDA NA JUSTIÇA FEDERAL. INVIABILIDADE. CABIMENTO DE RESCISÓRIA. SÚMULA 83/STJ. (...)

**2. Despicienda a formação de litisconsórcio com a ANEEL e os patronos na relação processual da ação rescisória, pois não figuraram como parte no processo originário. ‘Se a coisa julgada no processo a ser rescindido foi capaz de produzir efeitos na esfera patrimonial dos advogados a título de fixação de honorários advocatícios, certamente a ação rescisória onde figurem as mesmas partes também o será’ (REsp 1217321/SC, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 18.10.2012, DJe 18.3.2013).**

*(...) Embargos declaratórios conhecidos como agravo regimental, mas improvido. (EDcl no AREsp 269.971/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 25/4/2013).*

*Emtal cenário, e em que pese ao entendimento contrário do Parquet oficiante, faz-se de rigor a extinção do processo, sem resolução de mérito, relativamente ao litisconsorte passivo WILSON CARLOS VILANI” (STJ – AR n. 4.883/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 18/9/2020).*

O Superior Tribunal de Justiça, em decisões mais recentes, tem mantido a orientação da Segunda Seção, firmada na Ação Rescisória n. 5.160/RJ, em detrimento daquela da Primeira Seção (Ação Rescisória n. 3.290/SP):

*“O causídico que defendeu a empresa expropriada na lide anterior não possui legitimidade para com ela figurar, em litisconsórcio, no polo passivo da presente rescisória, pois não foi parte e nem detinha vínculo jurídico com o objeto litigioso da demanda expropriatória. Nesse sentido: AgInt no REsp 1.743.750/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 11/9/2019; EDcl no AREsp269.971/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA*

*TURMA, DJe25/4/2013” (STJ - AR n. 4.883/MG, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe de 18/9/2020).*

*“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. 1. LEGITIMIDADE*

PASSIVA DOS ADVOGADOS. INEXISTÊNCIA. AUTONOMIA DA VERBA HONORÁRIA EM RELAÇÃO AO MÉRITO DA DEMANDA. PRECEDENTES. [...]

1. Com efeito, no julgamento realizado pela Segunda Seção desta Corte na AR n. 5.160/RJ, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, foi firmado o entendimento de que o advogado não possui legitimidade passiva para integrar ação rescisória, porque não tem vínculo jurídico com o objeto litigioso do processo do qual se originou a sentença rescindenda, ostentando, assim, interesse apenas reflexo na manutenção daquela decisão. [...]” (STJ - AgInt no AREsp n. 1.499.101/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21/9/2020).

“2. Quanto à suscitada ilegitimidade passiva ad causam, a Segunda Seção do STJ consolidou entendimento no sentido de que o advogado em favor de quem foram fixados honorários sucumbenciais não tem legitimidade para figurar no polo passivo de Ação Rescisória, porque não possui interesse jurídico no objeto da ação que deu origem à sentença rescindenda, ostentando apenas interesse reflexo na sua manutenção.

3. Com efeito, o entendimento é pela ‘ilegitimidade dos advogados que patrocinaram a causa originária para figurar no polo passivo da ação rescisória, à míngua da indicação de que violado dispositivo legal diretamente relacionado com a condenação nas verbas sucumbenciais’ (AR 5.160/RJ e 5.311/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, DJe 18.4.2018)” (STJ - AgInt no REsp n. 1.719.834/PA, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 28/2/2020 - destaque apostado).

De igual modo, este Tribunal de Justiça não destoa dessa orientação:

**“AÇÃO RESCISÓRIA [...] ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM NA AÇÃO RESCISÓRIA DO PATRONO DO ESPÓLIO ACIONADO NA PRIMEVA DEMANDA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO AUTÔNOMO EM DISCUSSÃO NESTE PROCESSO. AUSÊNCIA DE VÍNCULO JURÍDICO COM O OBJETO LITIGIOSO. DIREITO MERAMENTE REFLEXO À VERBA HONORÁRIA DEPENDENTE DO RESULTADO DO LITÍGIO ENTRE SEU CONSTITUINTE E A PARTE ADVERSA. ILEGITIMIDADE RECONHECIDA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO COM RELAÇÃO AO ALUDIDO CAUSÍDICO”** (TJSC – Ação Rescisória n. 0117521-98.2015.8.24.0000, de Lages, Rel. Des. Luiz Felipe Schuch, julgada em 9/12/2020 original sem grifo).

Assim, com base nesses fundamentos, há que se negar provimento ao agravo interno, mantendo-se incólume a decisão agravada, no particular.

### **Da pretendida gratuidade da justiça**

A Lei Federal n. 1.060, de 5/2/1950, que instituiu a assistência judiciária gratuita, no seu art. 4º previa que “a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

Não obstante, esse art. 4º foi revogado pelo art. 1.072, inciso III, do Código de Processo Civil, que passou a tratar da gratuidade da justiça nos arts. 98 e seguintes, assim redigidos:

*Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.*

**§ 1º A gratuidade da justiça compreende: I - as taxas ou as custas judiciais; II - os selos postais; III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais; VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.**

**§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.**

**§ 3º Vencido o beneficiário, 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.**

**§ 4º A concessão de gratuidade não afasta o dever de o beneficiário pagar, ao final, as multas processuais que lhe sejam impostas.**

**§ 5º A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.**

**§ 6º Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.**

**§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.**

**§ 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrares, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.**

**Art. 99. O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.**

**§ 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.**

**§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.**

**§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.**

**§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.**

**§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência**

*fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.*

**§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.**

**§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.**

*Art. 100. Deferido o pedido, a parte contrária poderá oferecer impugnação na contestação, na réplica, nas contrarrazões de recurso ou, nos casos de pedido superveniente ou formulado por terceiro, por meio de petição simples, a ser apresentada no prazo de 15 (quinze) dias, nos autos do próprio processo, sem suspensão de seu curso.*

*Parágrafo único. Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.*

*Art. 101. Contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação.*

**§ 1º O recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso.**

**§ 2º Confirmada a denegação ou a revogação da gratuidade, o relator ou o órgão colegiado determinará ao recorrente o recolhimento das custas processuais, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de não conhecimento do recurso.**

*Art. 102. Sobrevindo o trânsito em julgado de decisão que revoga a gratuidade, a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensada, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei.*

*Parágrafo único. Não efetuado o recolhimento, o processo será extinto sem resolução de mérito, tratando-se do autor, e, nos demais casos, não poderá ser deferida a realização de nenhum ato ou diligência requerida pela parte enquanto não efetuado o depósito».*

A gratuidade da justiça também é assegurada pela Constituição Federal, ao determinar que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (art. 5º, inciso LXXIV, da CF).

A Resolução CM n. 11/2018, do Conselho da Magistratura deste Tribunal de Justiça, que revogou expressamente a Resolução CM n. 4/2006, fixou “diretrizes para a análise do pedido de gratuidade da justiça e para o cumprimento de mandados dessa natureza no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina”.

Aliás, em decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 4030737-11.2019.8.24.0000, a Desembargadora Rosane Portella Wolff, deixou assente, para fins de concessão da gratuidade da justiça, que “o Conselho da Magistratura desta Corte editou a Resolução n. 11, de 12 de novembro de 2018, na qual recomenda, em suma, a utilização dos critérios adotados pela Jurisprudência

***deste Tribunal, isto é, o limite de três salários mínimos***, parâmetro da Defensoria Pública, além de que seja realizada uma análise criteriosa da documentação exibida nos autos” (TJSC - AI n. 4030737-11.2019.8.24.0000, Relatora Des<sup>a</sup> Rosane Portella Wolff, decisão proferida em 24/10/2019).

No caso em questão, o indeferimento do pedido de gratuidade da justiça deve ser mantido, do modo que, também nesse ponto, o agravo interno não merece provimento.

O MM. Juiz, na ação originária, a respeito do pedido de gratuidade da justiça formulado pelo agora agravante, no que interessa, determinou o seguinte:

*“Para provar a condição de hipossuficiente a parte deverá assinar uma declaração de hipossuficiência, sob as penas da lei.*

*Contudo, tal declaração tem caráter “juris tantum”, podendo ser destituída por prova em contrário.*

*Assim, o autor deverá ser intimado para recolher o valor das custas no prazo de 10 dias sob pena de cancelamento da distribuição do processo. Poderá, alternativamente, no referido prazo, apresentar provas que comprovam sua hipossuficiência, quais sejam: a) comprovante de rendimentos; b) certidão negativa de imóveis registrados em seus nomes; c) comprovante de inexistência de veículos em seu nome”.*

O agravante disse, naquela oportunidade, que era agricultor e que não tinha “*uma renda fixa mensal*”, porque sua renda era proveniente do cultivo de laranjas e, por isso, considerando que a renda anual não ultrapassava o limite estabelecido por lei, não estava obrigado a fazer a declaração de imposto de renda.

Disse, ainda, que possuía apenas um bem imóvel, no qual residia com sua família; um veículo (VW Gol - ano 1997) e um reboque ano 1981, que eram utilizados para o transporte de laranjas.

Então, o MM. Juiz deferiu o pedido de gratuidade da justiça.

Todavia, nos autos da ação rescisória, embora não se ignore que a declaração de hipossuficiência da pessoa natural é presumidamente verdadeira, o pedido foi indeferido porque o agravante, antes de qualquer pronunciamento judicial a respeito do pedido de gratuidade da justiça, e embora não tenha recolhido as custas judiciais, providenciou espontaneamente o depósito correspondente a 5% do valor atribuído à causa, exigido pelo art. 968, inciso II, do Código de Processo Civil, vale dizer, praticou ato absolutamente incompatível com o pedido de concessão da benesse.

Nesse sentido:

***“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO REALIZADO NO APELO ESPECIAL. APRECIÇÃO. COMPETÊNCIA DO STJ. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE RETROATIVIDADE. RECOLHIMENTO DE CUSTAS INCOMPATÍVEL COM O PEDIDO DE GRATUIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.***



1. Ainda que interposto na instância de origem, o recurso especial é direcionado a esta Corte Superior, a quem compete a apreciação dos pedidos ali contidos, pois esgotada a jurisdição do Tribunal a quo, a quem incumbe apenas um juízo prévio de admissibilidade do apelo especial, o qual, registre-se, não vincula o Superior Tribunal de Justiça.

2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que os benefícios da gratuidade de justiça não possuem efeitos retroativos, de modo que sua eventual concessão não poderia alcançar a multa anteriormente imposta.

3. **O entendimento desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que o pagamento das custas - como no caso concreto, em que a parte recolheu o preparo do recurso especial - é incompatível com o pedido de gratuidade de justiça [...]** (STJ - AgInt no AREsp n. 1.563.316/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 19/2/2020).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83 DO STJ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA. (...)”

“2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que em virtude da aplicação do venire contra factum proprium, o recolhimento de custas se mostra incompatível com o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita. (...)”

5. Agravo interno a que se nega provimento” (STJ - AgInt no AREsp n. 1.449.564/DF, Rel. Ministro Antônio Carlos Ferreira, DJe de 22/8/2019 - destaque apostado).

A agravada Rio Canoas Energia S/A juntou ao processo, com as contrarrazões ao agravo interno, uma certidão expedida pelo Departamento Estadual de Trânsito (DETRAN/SC), no dia 12/3/2020, atestando que o agravante possui, livres de gravame, os seguintes veículos registrados em seu nome:

- a) R/Fabricação própria - placa AGG-2067; RENAVAM: 539730130;
- b) Toyota/Etios SD XLS - placa MML-2867; RENAVAM: 1018263222;
- c) VW/Gol MI - placa AGX-3901; RENAVAM: 671394574.

Além disso, conforme consta no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, também juntado pela agravada, a esposa do agravante possui um estabelecimento comercial denominado “Padaria e Confeitaria Delícias Caseiras - ME”, com atividades econômicas relacionadas com a “alimentação para eventos e recepções - bufê”, o “comércio varejista de bebidas”, a “lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares” e “bares e outros estabelecimentos especializados em servir bebidas, sem entretenimento”.

Desse modo, considerando que o agravante praticou ato incompatível com o pedido de gratuidade da justiça (recolhimento da importância de 5% sobre o valor da causa), aliado ao fato de que adquiriu mais um veículo Toyota/Etios, e de que sua esposa é sócia-proprietária de um estabelecimento comercial, de onde retira seu pró-labore que é acrescido à renda familiar, é possível



presumir, diante dessas evidências, que o agravante não é hipossuficiente e, por isso, tem recursos financeiros para pagar as custas e despesas do processo.

Isso porque o Superior Tribunal de Justiça, nos casos em que o requerente da gratuidade da justiça efetua o recolhimento das custas judiciais, tem decidido que, “ainda que a lei assegure a presunção de *veracidade à declaração de pobreza [...], tal presunção é relativa, e o pedido deve vir acompanhado de mínima documentação ou fundamentação acerca da hipossuficiência financeira para que possa ser analisada e deferida, o que não ocorreu na hipótese, não sendo possível sua concessão em especial por haver a recorrente praticado ato incompatível com o pedido de justiça gratuita que pleiteia*” (STJ - AgRg no AREsp n. 737.289/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe de 12/2/2016 - grifou-se).

Ademais, “*não prospera o pedido de concessão de justiça gratuita se a parte postulante não demonstra concretamente ser hipossuficiente, gozando a afirmação de pobreza de presunção relativa de veracidade*” (STJ - AgInt no RMS n. 64.028/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 17/12/2020).

Não fora isso, em razão da “*presunção relativa de veracidade da declaração de hipossuficiência jurídica da parte, é facultado ao juízo, para fins de concessão do benefício da gratuidade de justiça, investigar a real situação financeira do requerente*” (STJ - AgInt no AREsp n. 1.059.924/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, DJe de 3/12/2019).

De outro lado, a alegação expendida pelo agravante, no sentido de que “*não foi o autor quem efetivou tal depósito, e, sim, basta conferir-se, o escritório de advocacia que o patrocina*”, não é suficiente para assegurar o deferimento da gratuidade da justiça, haja vista que o valor depositado pode ter sido repassado pelo agravante ao escritório de advocacia, antes ou depois da realização do depósito, ou, ainda, poderá ser dele cobrado ao final da demanda rescisória.

Nesse passo, diante desses fundamentos, nega-se provimento ao agravo interno, mantendo-se, via de consequência, o indeferimento do pedido de gratuidade da justiça.

### **Da multa por litigância de má-fé e da multa do § 4º do art. 1.021 do CPC**

A agravada, Rio Canoas Energia S/A, entende que ao agravante deve ser aplicada a multa de que trata o parágrafo único do art. 100 do Código de Processo Civil, por litigância de má-fé, e também aquela prevista no § 4º do art. 1.021 do mesmo Estatuto Processual Civil, em razão da má-fé processual e da “*postura que vai de encontro à cooperação processual (art. 6º, CPC)*”.

Os agravados, advogados Júlio Guilherme Müller, Bernardo Beltrão Campos Pontes e Luiz Gabriel Crema, também requereram a aplicação da multa do art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, ao agravante.

Contudo, razão não assiste aos agravados.

O § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil, prevê que “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” (art. 1.021, § 4º, do CPC).

Todavia, a jurisprudência se firmou no sentido de que “a aplicação da multa por litigância de má-fé, bem como daquela prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil não é decorrência lógica e automática do não provimento do agravo interno em votação unânime, sendo necessário que se evidencie que sua interposição se deu de forma abusiva ou protelatória, o que não é o caso do recurso interposto pela parte embargada, cuja atuação se limitou ao exercício do direito de defesa” (STJ - EDcl no AgInt no RE no AgInt no AREsp n. 1.620.744/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 17/2/2021).

No mesmo sentido:

“A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a aplicação da multa por litigância de má-fé não é automática, pois não se trata de mera decorrência lógica da rejeição do agravo interno” (STJ - AgInt no AREsp n. 1.622.970/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 12/3/2021).

“O mero desprovimento do agravo interno em votação unânime não impõe obrigatoriamente a imposição de multa do art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, havendo necessidade da configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso que autoriza sua aplicação, o que incorreu in casu” (STJ - EDcl nos EDcl no AgInt nos EAREsp n. 1.257.672/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe de 18/12/2020).

“[...] 3. O mero não conhecimento ou a improcedência de recurso interno não enseja a automática condenação à multa do art. 1.021, § 4º, do NCPC, devendo ser analisado caso a caso.

4. A utilização de recurso previsto para fins de deduzir pretensão recursal, de forma fundamentada, não caracteriza litigância de má-fé a justificar a incidência da sanção prevista no art. 81 do CPC/2015” (STJ - AgInt no REsp n. 1.868.734/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 1º/9/2020).

O caso dos autos, portanto, não enseja a aplicação da multa de que trata o art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, como pretendido pelos agravados, sobretudo porque “a condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória, o que, contudo, não ocorreu na hipótese examinada” (STJ - AgInt nos EREsp n. 1.120.356/RS, Rel. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 29/8/2016).

Logo, afasta-se a pretendida aplicação, ao agravante, da multa do art. 1.021, § 4º, **do Código de Processo Civil**.

A empresa Rio Canoas Energia S/A pretende a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 100 do Código de Processo Civil, por litigância de má-fé, em razão do «comportamento contraditório ao realizar o pagamento de 5% do valor da causa, mesmo quando havia pleiteado na inicial a gratuidade do acesso à Justiça», e da “existência de bens, dos quais, certamente, seria possível obter os valores necessários ao pagamento das custas e despesas processuais”.

Não se discute que o parágrafo único do art. 100 do Código de Processo Civil, referindo-se à gratuidade da justiça, determina que, *“revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa”* (parágrafo único do art. 100 do CPC).

Entretanto, embora seja evidente que o recolhimento da importância de 5% do valor atribuído à causa se mostra incompatível com o pedido de gratuidade da justiça e autoriza o seu indeferimento, não se pode dizer que o agravante tenha agido com má-fé, sobretudo porque a má-fé, ao contrário da boa-fé, não pode ser presumida, ela deve ser comprovada, e nos autos não há essa prova idônea e inquestionável.

Ora, a existência de bens registrados em nome do agravante (veículos) não configura má-fé porque, ao ser intimado pelo Juiz da ação ordinária, prestou informações dizendo que possuía um imóvel em que residia com sua família, um reboque, que é provavelmente o *“R/Fabricação própria - placa AGG-2067; RENAVAM: 539730130”*, e um veículo *“VW/Gol MI - placa AGX-3901; RENAVAM: 671394574”*, que eram utilizados para transportar as laranjas.

Naquela oportunidade o agravante não se referiu ao veículo *“Toyota/Etios SD XLS - placa MML-2867; RENAVAM: 1018263222”*, porque se presume que tenha sido adquirido em data posterior àquelas informações prestadas ao juízo de primeiro grau.

De igual modo, não há má-fé no fato de não ter se referido ao estabelecimento comercial, do qual sua esposa é sócia-proprietária, mormente porque a constituição da denominada *“Padaria e Confeitaria Delícias Caseiras - ME”*, ocorreu em 4/2/2019, ou seja, posteriormente àquelas mencionadas informações.

Logo, não há prova idônea e inquestionável de que o agravante tenha agido com má-fé, mas apenas prova de que praticou um ato incompatível com o pedido de gratuidade da justiça, que levou ao indeferimento da pretendida benesse.

Por isso, não se pode, como pretendido pela empresa Rio Canoas Energia S/A, aplicar ao agravante a multa prevista no parágrafo único do art. 100 do Código de Processo Civil.

Voto no sentido de negar provimento ao agravo interno, nos termos da fundamentação acima, mantendo, por conseguinte, a exclusão dos Advogados inicialmente demandados do processo.

**Desembargador JAIME RAMOS**

**Relator**

# **MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (GRUPO PÚBLICO) Nº 5003595-44.2021.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

IMPETRANTE: ANA CLAUDIA GOULART RODRIGUES

IMPETRADO: CARLOS MOISÉS DA SILVA

IMPETRADO: GOVERNADOR - ESTADO DE SANTA CATARINA – FLORIANÓPOLIS

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA PARA O CARGO DE PROFESSORA DE EDUCAÇÃO FÍSICA. NOMEAÇÃO EM VIRTUDE DE DECISÃO JUDICIAL. PERÍCIA ADMINISTRATIVA NO SENTIDO DE INCAPACIDADE TEMPORÁRIA PARA O SERVIÇO PÚBLICO EM RAZÃO DE GRAVIDEZ DE RISCO. DECLARAÇÃO MÉDICA PARTICULAR DE APTIDÃO PARA AS ATIVIDADES INERENTES AO CARGO, COM RESTRIÇÕES. AUSÊNCIA DE MOTIVOS QUE IMPEÇAM A POSSE E O EXERCÍCIO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DA MATERNIDADE E DO TRABALHO. ORDEM CONCEDIDA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de maio de 2021.

**Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Ana Cláudia Gouart Rodrigues impetrou mandado de segurança contra ato do Sr. Governador do Estado de Santa Catarina.

Alegou que: 1) prestou concurso público para o cargo de professora de educação física do Estado de Santa Catarina - Edital n. 21/2012/SED; 2) obteve a 32ª posição; 3) foi nomeada por força de decisão judicial, em 22-10-2020; 4) em 10-11-2020, requereu o agendamento da avaliação pericial para posse no cargo; 5) na sequência, apresentou atestado médico declarando que estava na sétima semana de uma gestação de risco; 6) teve sua posse indeferida, ao argumento de que não apresentava condições clínicas favoráveis ao cargo; 7) solicitou reavaliação, juntando exames e

atestados atualizados; 8) o segundo laudo também apresentou conclusão desfavorável à posse e 9) há clara ofensa ao direito líquido e certo em tomar posse no cargo que foi nomeada, exclusivamente pela condição gestacional.

Postulou a posse.

Sem informações (Evento 13).

O Estado de Santa Catarina manifestou o interesse no feito e requereu a denegação da ordem (Evento 11).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pela concessão, em parecer do Dr. João Fernando Quagliarelli Borrelli (Evento 19).

## VOTO

Por meio de decisão proferida nos autos n. 0311492-71.2018.8.24.0023, a impetrante adquiriu o direito à nomeação no cargo de professora de Educação Física, com carga horária de 10 horas semanais e lotação na E.E.F. Alaídes Tabalipa, no município de Içara/SC.

*É importante destacar a ordem cronológica dos fatos:*

- Em 18-11-2020, foi emitido o primeiro Laudo de Sanidade e Capacidade Física, que considerou a impetrante temporariamente incapaz para o serviço público (Evento 1, apes doc12, f. 2);

- Ao solicitar a reavaliação, o médico responsável atestou, em 25-1-2021, que a impetrante «necessita de atestado atualizado da ginecologista descrevendo as atuais condições da avaliada e indicando se está apta ou não para a função de professora»;

- Foi apresentado o documento, datado de 26-1-2021, declarando a aptidão da impetrante para exercer as funções inerentes ao cargo, havendo somente restrição de esforço físico com impacto (Evento 1, apes doc10, f. 32) e

- Em 27-1-2021, todavia, a requerente foi novamente considerada temporariamente incapaz para o serviço público (Evento 1, apes doc10, f. 33), «por motivos gestacionais e por não apresentar exames onde descreve as condições fetais e gestacionais». A perícia foi temporariamente suspensa para aguardar os resultados dos exames e da avaliação obstétrica (Evento 1, apes doc13, f. 2).

Ao que se vê, a impetrante teve sua posse obstada unicamente pela condição gestacional.

Com acerto, a conduta do impetrado assegura certa cautela diante da gravidez de risco suportada pela requerente. De fato, não há no processo administrativo exames que descrevam as condições fetais e gestacionais, o que confere maior segurança tanto à candidata aprovada no

concurso público quanto ao próprio Estado, na condição de garantidor de condições de trabalho seguras.

Por outro lado, embora os laudos sejam suficientemente claros acerca do quadro clínico da autora, a postergação da posse em virtude de gravidez também tem o condão de ser prejudicial.

Em primeiro lugar, porque a Constituição Federal, no art. 6º, prevê expressamente a proteção à maternidade como um direito social, que deve ser aliada à proteção do trabalho, dotado da mesma guarida constitucional.

Nesse sentido, o art. 7º, indiscutivelmente extensível aos servidores públicos por força do art. 39, § 3º, ambos da CF, dispõe que:

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

*XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias*

Embora aplicáveis, via de regra, à iniciativa privada, também não se pode deixar de lado as normas previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 373-A, incisos II, IV e V, em decorrência do previsto no art. 5º, § 2º da CF:

*Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:*

*[...]*

*II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;*

*[...]*

*IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;*

*V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;*

Da CF:

*Art. 5º. [...]*

*2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Sobre esse ponto, agrego o parecer do d. Procurador de Justiça:



*No mérito, a concessão da ordem é medida que se impõe.*

*Com efeito, considerando que a impetrante preencheu todos os requisitos objetivos para a posse no cargo público, verifico que a negativa da junta médica, ao considerá-la inapta temporariamente ao trabalho, decorreu única e exclusivamente em função da condição gravídica.*

*Em análise aos documentos apresentados pela impetrante, observo que, nos autos do processo administrativo, os exames médicos e laboratoriais encontram-se em conformidade com os padrões de normalidade, há, ainda, declaração do obstetra que acompanha sua gestação, o qual atestou a aptidão da impetrante ao trabalho de professora de educação física, com restrição temporária apenas às atividades de alto impacto. (Ev. 1, APRES DOC 13).*

*Não há, portanto, doenças incapacitantes e perenes capazes de obstar o direito da impetrante à posse no cargo público. Veja-se que o próprio ato combatido, de avaliação médica, confirmou que a única causa de inaptidão foi a gravidez:” [...] pleiteia vaga de professora de educação física e prevenindo maiores danos a ela e ao feto, manteremos inapta por mais 90 dias para acompanhamento gestacional” (Ev. 1, APRES DOC 13).*

*Nesse sentido, sobre as hipóteses de prorrogação do prazo legal para a posse em cargo público, o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Santa Catarina dispõe que:*

*Art. 14. A posse terá lugar no prazo de 30 (trinta) dias da data da publicação do ato de nomeação no Diário Oficial.*

*§ 1º A requerimento do interessado, o prazo para a posse poderá ser prorrogado por mais 30 (trinta) dias ou enquanto durar o impedimento, se estiver comprovadamente doente.*

*A prorrogação do prazo da posse pela junta médica com fundamento exclusivo na gravidez da autora, portanto, equipara-a a pessoa doente. Tal entendimento, ao meu ver, caracteriza evidente violação aos direitos constitucionais de proteção à maternidade, igualdade e de vedação ao tratamento discriminatório.*

*Ao aproximar o estado gravídico de uma doença, entendo que o Poder Público caminha no sentido oposto às disposições constitucionais que elevam a proteção à maternidade a direitos e garantias fundamentais (art. 6º, CF), bem como coloca a mulher gestante em situação de extrema desvantagem de acesso ao mercado de trabalho, violando, por consequência, os preceitos de igualdade e não discriminação (art. 5º, caput, CF).*

*Além disso, a prorrogação da avaliação e da posse por mais 90 dias, contados de 27/01/2021, em nada mudaria a situação fática da impetrante, pois, muito provavelmente, ainda estaria no período de gravidez, e por este motivo, possivelmente haveria nova prorrogação, prejudicando, assim, os direitos da impetrante sobre os direitos inerentes ao cargo público para o qual foi nomeada, pois, com mais uma prorrogação, muito provavelmente só tomaria posse após o nascimento da criança, o que, ao meu ver, prejudicaria seu direito à fruição da licença maternidade - direito constitucionalmente assegurado a toda mulher com vínculo laboral, independentemente de sua natureza, por força do disposto nos arts. 7º, XVIII, e 39, § 3º da CF.*

*A CLT, em seu art. 373-A, incisos II, IV e V, prevê a proteção de direitos fundamentais da mulher gestante no mercado de trabalho, senão vejamos:*

*Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: ;*

*II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;*

*IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego;*

*V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez;*

***E é preciso compreender que tal norma é aplicável ao setor público, também, não por meio da técnica de analogia, mas decorrente da hermenêutica própria do ordenamento jurídico que trata sobre direitos fundamentais, pois toda norma destinada à proteção de direitos fundamentais e de garantias constitucionais possuem envergadura hierárquica jurídica de norma infraconstitucional, mas supralegal.***

*Tal conclusão é possível de ser extraída, no meu entendimento, das valiosas lições doutrinárias de Maurício Godinho Delgado quando ele explana sobre a hermenêutica das normas sobre direitos humanos, senão vejamos:*

*Como os tratados e as convenções internacionais sobre direitos individuais e sociais trabalhistas têm indiscutível natureza jurídica de direitos humanos, em situação de conflito entre preceitos internacionais ratificados (convenções da OIT, por exemplo) e preceitos legais internos, prevalecerão o princípio da norma mais favorável ao trabalhador e o princípio da vedação do retrocesso como vetores obrigatórios para a fixação dos critérios de interpretação e de solução do conflito normativo posto.*

*Note-se que a vedação a qualquer medida de retrocesso social é diretriz decisiva para que os Direitos Humanos demonstrem seu caráter progressivo permanente, na perspectiva do denominado princípio da progressividade social. No Brasil, o princípio da progressividade dos direitos humanos, bem como o da vedação do retrocesso social estão incorporados na norma constante do § 2º do art. 5º da Constituição da República, que estatui explicitamente: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.*

*Tais princípios igualmente estão englobados na norma inserida no caput do art. 7º da Constituição Federal, que também explícita o notável princípio da norma mais favorável: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (... )”.*

*(in A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017 I Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. - São Paulo: LTr, 2017, p. 72)*

*Portanto, friso: a vigência, ao caso, do disposto no art. 373-A, incisos II, IV e V, da CLT decorre da hermenêutica constitucional sobre direitos e garantias fundamentais, e não por analogia.*

*Oportunamente, requeiro a consideração conjugada dos referidos dispositivos legais (art. 5º, § 2º da CF/88, art. 7º, da CF/88 e art. 373-A, incisos II, IV e V, da CLT), para fins de prequestionamento.*

*Assim, à vista do exposto, não pode o Estado praticar exatamente o comportamento por ele proibido em norma supralegal.*

*Casos semelhantes já foram analisados pelo E. TJSC, hipóteses nas quais houve o reconhecimento da ilegalidade do ato combatido:*

REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - NOMEAÇÃO - DOCUMENTOS QUE COMPROVAM OS REQUISITOS PARA A POSSE DO CARGO - POSTERGAÇÃO DO PRAZO EM RAZÃO DE EXAME MÉDICO QUE ATESTA GRAVIDEZ - OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - ATO ILEGAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO RECONHECIDO - SENTENÇA MANTIDA. (TJSC, APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2008.033501-7, DA CAPITAL, REL. JOSÉ VOLPATO DE SOUZA, QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, J. 23-07-2009).

ADMINISTRATIVO - SERVIDORA PÚBLICA APROVADA EM CONCURSO PÚBLICO - NOMEAÇÃO NEGADA POR MOTIVO DE GRAVIDEZ - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO À LICENÇA GESTAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA QUE PREVIA LICENÇA AMAMENTAÇÃO 1 Mostra-se inegável o direito de a servidora pública grávida tomar posse e assumir as funções do cargo público para o qual restou aprovada, tendo inclusive a garantia do gozo à licença maternidade pelo prazo estipulado em lei. 2 A declaração de inconstitucionalidade da norma que previa a prorrogação da licença estação

para abranger o período de amamentação faz desvanecer a liquidez e certeza do direito invocado. (TJSC, Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2008.079277-4, da Capital, rel. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 17-03-2009).

E, ainda, no E. TJSP:

APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSORA DE EDUCAÇÃO BÁSICA. GRAVIDEZ.

REPROVAÇÃO IMPOSSIBILIDADE. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. Preliminar. Deserção. Inocorrência. Parte beneficiária da gratuidade. Mérito. Pretensão voltada à nomeação, posse e exercício do cargo de professor de educação básica II, mais o recebimento de danos materiais, consistentes nos vencimentos do cargo se a posse tivesse ocorrido e reparação moral, diante da discriminação da não contratação pelo estado gravídico. Admissibilidade parcial. Exame médico que atestou a incapacidade temporária da candidata, não havendo indicação de que se trata de situação perene, que ensejasse a impossibilidade de exercer o cargo. Reconhecimento do direito à posse no cargo que se impõe. [...] (TJ-SP - AC: 00005559820188260062 SP 0000555-98.2018.8.26.0062, Relator: Djalma Lofrano Filho, Data de Julgamento: 31/08/2020, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/08/2020)

*No inteiro teor daquele voto, consignou o e. Desembargador Djalma Lofrano Filho:*

*A negativa de posse a candidato aprovado em concurso público por razões médicas deve estar fundamentada em motivos relevantes e perenes de forma indubitosa, ou seja, a inaptidão ao exercício do cargo deve revelar-se óbvia, situação não observada no caso em exame, porque os sintomas apresentados decorriam do estado gravídico da candidata, temporário, portanto,. Ademais, a inaptidão apenas pela verificação da gravidez da autora não pode justificar a recusa da posse, pois é inadmissível tratamento diferenciado à gestante, após a Constituição Federal de 1988.*

Assim, inegável o direito da impetrante à sua imediata posse no cargo público para o qual foi aprovada e nomeada, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais de igualdade e não discriminação.

O que se pretende, não é dizer que a situação da impetrante é regida pela CLT, mas sim que, também em prol da segurança da requerente e do feto, não se pode afastar outras normas que visam proteger a maternidade e a posição da mulher no mercado de trabalho.

Por isso, utilizar unicamente o fator da gravidez, ainda que por ser considerada de risco, como óbice à posse da impetrante, configura nítida violação aos preceitos constitucionais.

*É preciso destacar que a posse e o exercício não foram contraindicados pelo médico responsável pelo acompanhamento da gravidez da requerente. Pelo contrário, a aptidão para exercer as funções inerentes ao cargo foi devidamente atestada pelo expert quando solicitado pela perícia médica.*

Portanto, o caminho é determinar a posse da candidata. Sem honorários (art. 25 da Lei n. 12.016/2009).

Voto no sentido de conceder a ordem.

**Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA**

**Relator**

## PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

### **APELAÇÃO Nº 5000303-62.2020.8.24.0040/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR JORGE LUIZ DE BORBA

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

APELADO: ESTADO DE SANTA CATARINA (RÉU)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO NO SUS. DEMANDA AJUIZADA CONTRA O ESTADO DE SANTA CATARINA. INCLUSÃO DA UNIÃO NO POLO PASSIVO DO FEITO COMO LITISCONSORTE NECESSÁRIO E REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO DECLARADA PELO JUIZ FEDERAL. RETORNO DOS AUTOS À JUSTIÇA ESTADUAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 485, IV, DO CPC. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 150 E 254 DO STJ. DECISÃO CASSADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

“1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 855.178, estabeleceu diretrizes no que toca à solidariedade para o fornecimento de medicamentos, mantendo a compreensão de que se trata, via de regra, de litisconsórcio passivo facultativo. 2. Assim, o simples fato de o fármaco não estar padronizado no âmbito do SUS não é suficiente para incluir a união no polo passivo e, por consequência, alterar a competência jurisdicional.” (TRF4, Agravo de Instrumento n. 5011490-81.2020.4.04.0000, Turma Regional Suplementar de SC, Relator Des. Paulo Afonso Brum Vaz, j. em 21/08/2020)” (TJSC, Mandado de Segurança Cível n. 5028764-67.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 24-11-2020).

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para o regular processamento. Defere-se, no mais, a tutela de urgência, devendo o ente público demandado, no prazo de 10 (dez) dias, fornecer ao paciente a medicação pleiteada, conforme prescrição médica, sob pena de sequestro dos valores necessários à sua aquisição na rede privada, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 02 de fevereiro de 2021.

**Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA**

**Relator**

## RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, na condição de substituto processual de Sebastião Ricardo, interpôs recurso de apelação à sentença pela qual, nos autos da “ação civil pública com pedido de tutela de urgência” que move em face do Estado de Santa Catarina, julgou-se extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 485, IV, do CPC. Colhe-se do decisum:

*Trata-se de ação de obrigação de fazer com pedido de tutela provisória de urgência ajuizada por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA em face do Estado de Santa Catarina, visando, em síntese, a condenação da parte ré ao fornecimento do medicamento descrito na inicial.*

*O feito seguiu seu trâmite regular. É o relatório. Decido.*

*Compulsando os autos, denota-se que a parte autora ajuizou a presente ação visando à concessão de fármaco não padronizado pelo Sistema Único de Saúde, conforme informações constantes nas negativas de fornecimento emitidas pelos entes públicos estadual e municipal.*

*Recentemente o Supremo Tribunal Federal, em julgamento dos embargos de declaração na tese de Repercussão Geral no julgamento do RE n. 855178 (Tema 793) o Ministro Luiz Edson Fachin, fixou o entendimento de que, Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90), de modo que recai sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão.*

*De toda sorte, no presente feito a parte autora pleiteou a inclusão da União no polo passivo, sendo o feito remetido à Justiça Federal. Todavia, o entendimento daquele juízo foi pela exclusão da União do polo passivo da demanda e consequente devolução dos autos, com base na Súmula 150 do STJ.*

*Nos termos das Súmulas 150, 224 e 254, todas do STJ, este juízo resta impossibilitado de reexaminar a inclusão da União na lide, bem como de suscitar o conflito negativo de competência (vide também decisão proferida no Conflito de Competência nº 170.332-SC [2020/0006427-9], julgado em 17/02/2020, sob Relatoria da Ministra Regina Helena Costa).*

*Diante de tal contexto, tem-se que o processamento do presente feito neste juízo configuraria clara afronta à decisão de repercussão geral proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Logo, verifica-se a presença de impeditivo ao desenvolvimento válido e regular do feito (CPC, art. 485, IV).*

*Assim, em atenção ao disposto no art. 1.040, III, do Código de Processo Civil, aplicando a tese firmada em repercussão geral, que assegura a necessidade da presença da União no polo passivo da demanda, o feito deve ser extinto sem resolução de mérito, cabendo à parte autora buscar a satisfação de sua pretensão através de nova demanda junto ao juízo próprio.*

*Pelo exposto, EXTINGO o processo, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 485, IV, do Código de Processo Civil.*

*Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais, bem como dos honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor atribuído à causa. Todavia, fica a exigibilidade suspensa em razão da gratuidade que*

*beneficia a parte reclamante (evento 58 na origem; grifos do original).*

Nas suas razões, o recorrente alegou que houve interpretação equivocada do Tema 793, porquanto prescindível o chamamento da União na hipótese. Pugnou a apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, deferindo-o para determinar o imediato fornecimento do medicamento Temodal (Temozolomida) 75mg, bem como o prosseguimento e processamento do feito na Justiça Estadual (evento 65 na origem).

Sem contrarrazões, o feito ascendeu a esta Corte e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Exmo. Sr. Dr. Jacson Corrêa, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (evento 8).

Vieram os autos à conclusão para julgamento.

## VOTO

O recurso preenche os pressupostos de admissibilidade. Passa-se à análise das suas razões.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs “ação civil pública com pedido de tutela de urgência” em face do Estado de Santa Catarina, objetivando, em síntese, o fornecimento do medicamento Temodal (Temozolomida) 75mg a Sebastião Ricardo, pois portador de Glioblastoma Multiforme de alto grau (CID 10 C 71.9). Informou que o interessado requereu a medicação na via administrativa, mas teve o pedido negado ao argumento de que o remédio não é padronizado pelo SUS. Referiu que o paciente não possui condições de custear o tratamento e que a Constituição Federal, ao prever o direito à saúde, assegurou o fornecimento gratuito daquele pelo Estado.

O juiz a quo postergou a análise do pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determinou a realização de perícia médica (evento 10 na origem).

O laudo pericial foi acostado aos autos (evento 25 na origem).

Determinou-se a intimação da parte autora para que, no prazo de 5 (cinco) dias, procedesse a inclusão da União Federal no polo passivo da demanda, sob pena de extinção do processo (Tema 793 do STF) (evento 36 na origem).

A parte autora requereu a alteração do polo passivo da ação (evento 41).

O Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Laguna declinou da competência para julgamento em favor do Juízo Federal, ante a “existência da União Federal no polo passivo” (evento 44 na origem).

Ato contínuo, feita a remessa dos autos à 1ª Vara Federal de Laguna, a União foi excluída do polo passivo da demanda e, de conseguinte, declarando-se a sua incompetência para o processamento



da causa (evento 53, OFÍCIO/C1 e OFÍCIO/C2 na origem). Os autos retornaram à Justiça Estadual.

O magistrado singular, por entender necessária a presença da União no polo passivo da demanda (Tema 793 do STF), extinguiu o feito, sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, IV, do CPC (evento 58 na origem).

Esta Primeira Câmara de Direito Público, em atenção ao Tema 793 do STF, que trata da responsabilidade solidária dos entes federados quanto à prestação à assistência à saúde, e que exigiu o direcionamento do cumprimento da obrigação conforme as regras de repartição de competências, decidia, nos casos de fornecimento de tratamentos/medicamentos não padronizados, pela necessária inclusão da União no polo passivo da demanda.

Contudo, recentemente, este Órgão Fracionário mudou o posicionamento e passou a entender que o fato de o fármaco não estar padronizado no SUS não é suficiente para incluir a União no polo passivo e, por consequência, alterar a competência jurisdicional.

A questão foi objeto de exame no Agravo de Instrumento n. 5026806-46.2020.8.24.0000/SC, julgado monocraticamente nos seguintes termos pelo Exmo. Sr. Des. Luiz Fernando Boller:

*Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Leandro Dutra Rodrigues, em objeção à decisão que determinou a inclusão da União no polo passivo do feito, com subseqüente envio dos autos à Justiça Federal.*

*Malcontente, o insurgente aduz que: a) a responsabilidade solidária entre os entes públicos não induz litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar; b) não há entes responsáveis pelo financiamento, aquisição e distribuição respectivos, já que, por se tratar de algo não padronizado, não existem regras de pactuação entre os entes (repartição de competências) para aquele medicamento ou tratamento; e, c) no Tema 793, o STF não decidiu que, em se tratando de medicamentos e tratamentos não padronizados, a União deve compor o polo passivo da lide.*

*Nestes termos, pugnando pela concessão do efeito suspensivo, brada pelo conhecimento e provimento do reclamo.*

*Denegada a tutela liminar pleiteada, conquanto intimados, os entes federados deixaram transcorrer in albis o prazo para contrarrazões.*

*Em manifestação, o Ministério Público opinou pelo não conhecimento do agravo. Em apertada síntese, é o relatório.*

*Em razão da previsão contida no art. 132 do RITJESC, o caso comporta julgamento unipessoal. E a aplicação do regramento também está autorizada pelo CPC no art. 932.*

*Pois bem.*

*Até recentemente esta Primeira Câmara de Direito Público pronunciava-se uníssona pela necessária inclusão da União no polo passivo da subjacente demanda.*

*Emanava, por exemplo, a intelecção professada pelo Desembargador Hélio do Valle Pereira, quando do julgamento do Agravo de Instrumento N. 5000926-86.2019.8.24.0000/SC:*

*Trata-se da competência absoluta da Justiça Federal para tratar de situações como a presente, em que se busca medicamento não padronizado (rectius, não incluído nas políticas públicas) e cuja consequência é de ser ao menos litisconsorte passivo necessário a União - encaminhamento que dou, adiantando, até mesmo em face de*

*recentes decisões monocráticas tomadas TRF da 4ª Região, nas quais se reconheceu, pelos motivos que tratarei na sequência, sua atribuição para hipóteses como as discutidas neste recurso (AIs 5031658-41.2019.4.04.0000/PR; 5032965-30.2019.4.04.0000/PR e 5033170-59.2019.4.04.0000/PR, todos de relatados pelo Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado).*

*E sempre pontuei não de saber a existência do aresto de julgamento que emana do STJ, no AG RG no CC n. 166964/RS, no sentido de que:*

*PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA.FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. JUSTIÇA ESTADUAL QUE DETERMINA A EMENDA DA INICIAL PARA INCLUSÃO DA UNIÃO. JUSTIÇA FEDERAL.RECONHECIMENTO DO LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. AFASTAMENTO DA UNIÃO DO POLO PASSIVO. SÚMULA 150/STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.*

*Mas acautelava que aplicabilidade imediata do julgado requeria parcimônia.*

*É que os medicamentos que lastreiam aquela pretensão são Ambrisentana 10 mg e Sildenafil 25 mg, usados para hipertensão pulmonar.*

*Ambos, porém, estão listados no próprio Protocolo Clínico Diretrizes Terapêuticas da Hipertensão Arterial Pulmonar, o que significa dizer que aquela pretensão autoral realmente não precisava demandar a União, visto que os remédios já estavam incorporados nas listas ordinárias do SUS.*

*A contrariu sensu, a presente insurgência tem por escopo justamente tratamento não padronizado.*

*E o julgamento paradigma do STJ havia antecipado que «no âmbito do conflito de competência, não se discute o mérito da ação, tampouco qual seria o rol de responsabilidades atribuído a cada ente federativo em relação ao Sistema Único de Saúde [...]», algo que, agora, é justamente o intento: discernir a responsabilidade, ou não, da União para prescrição médica não incorporada.*

*E não é só.*

*Da alteração que emana do aresto de julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 855.178 (Tema n. 793/STF), sobressaem alguns apontamentos relevantes.*

*A propósito, como bem pontuou o Ministro Roberto Barroso, consubstanciava-se necessário direcionar um desfecho com aplicabilidade prática “porque, se não, nós vamos continuar nesse discurso circular [...]” (fl. 130 do voto).*

*E, ao avançarem sobre o tema, objetivando confluir num enunciado que contemplasse o maior número de vertentes, os Ministros recaíram em uma minúcia muito relevante, e que demonstra o contexto exatamente agora debatido pela insurgente.*

*O Ministro Ricardo Lewandowski (fl. 161), indagou justamente se não poderia haver flexão do emprego da palavra “compete” ao juiz direcionar a demanda contra o ente responsável, fazendo-a substituir por “pode”, in verbis:*

*[...] Nós sabemos que a solidariedade permite que o credor acione qualquer um dos devedores, independentemente de ordem a sua escolha.*

*Eu penso que nós talvez pudéssemos aperfeiçoar essa proposta de tese, se nós, ao invés de dizer taxativamente que “compete”, poderíamos dizer: “podendo” a autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras. Ou então dizer o seguinte: compete à autoridade judicial direcionar, “quando for o caso”, entre vírgulas.*

*O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Lewandowski, tenho a impressão de que o Ministro Edson Fachin fez incorporar, na tese, o Enunciado 60 do Conselho Nacional de Justiça, o qual tem um fórum permanente*

sobre essa questão de saúde. Esse fórum foi presidido por Presidente do Supremo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Com a devida vênia, nós estamos julgando o feito à luz da Constituição e não do enunciado do CNJ. O CNJ é um órgão hierarquicamente inferior ao Supremo Tribunal Federal e não estamos jungidos aos pronunciamentos deste doutíssimo e competente Colegiado (fl. 161).

Foi então que o Ministro Edson Fachin lançou a percuciente conclusão:

[...] O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Na verdade, foi apreendido um segmento daquela formulação, mas, como se sabe, bastaria fazer exatamente esse exame de comparação entre o enunciado e a tese proposta. O enunciado é mais elástico. Aliás, comungo integralmente das premissas agora expostas pelo Ministro Ricardo Lewandowski.

Por isso que a proposta da tese, na sua primeira parte, reafirma a solidariedade e, ao mesmo tempo, atribui esse poder/dever à autoridade judicial para direcionar o cumprimento. Não se trata da formação do polo passivo, tomei esse cuidado para evitar o debate sobre formação de litisconsórcio ou a extensão de um contraditório deferido para direcionar o cumprimento. Ainda que direcione e, por algumas circunstâncias, depois se alegue que o atendimento - exatamente naquela diferença de Bobbio citada por Vossa Excelência ontem - às demandas da cidadania possa ter levado a um eventual ônus excessivo a um ente da Federação, a autoridade judicial determinará o ressarcimento - é a parte final - a quem suportou o ônus financeiro (fl. 162).

E no ápice do debate, o Ministro Ricardo Lewandowski aderiu à tese:

- Eu digo sofisticada no sentido de especificar, evidentemente, e não no sentido do valor intelectual intrínseco dessa proposta apresentada pelo Ministro Luiz Edson Fachin, aliás, eminente professor da Universidade Federal do Paraná. Foi nesse sentido. Disse que minha proposta, talvez, especificasse um pouco melhor aquilo decidido na sessão passada. Mas, diante dos argumentos de Sua Excelência, Redator para o acórdão, não insistirei e acompanharei o texto proposto na íntegra. (fl. 163)

E aí então entendo ressoar hialino o posicionamento da Suprema Corte:

[...] v) Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas (em todas as suas hipóteses), a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica (art. 19-Q, Lei 8.080/90), de modo que recai sobre ela o dever de indicar o motivo da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão, nos termos da fundamentação [...].

Mas eis que recentemente, este Órgão Fracionário, em comando decisório do notável Desembargador Pedro Manoel Abreu, por decisão indeferitória da tutela requerida no Agravo de Instrumento n. 5026582-11.2020.8.24.0000, pontuou que:

[...] No que concerne o Tema 793, do STF, registro que, com cada vez maior frequência, os processos de medicamentos em que determinada a remessa à Justiça Federal tem retornado a esta Corte com afirmação do Juiz Federal acerca do desinteresse da União no feito, mesmo naqueles casos de medicamentos não padronizados. E, na espécie, emergiram ao STJ inúmeros conflitos negativos de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual. O STJ firmou, na hipótese, duas claras orientações: a) a primeira, no sentido de que compete exclusivamente ao juiz federal, a teor da Súmula 150, dizer se há ou não interesse da União no feito (e as respostas tem sido negativas); b) a segunda, no sentido o Tema 793 deve ter seu direcionamento conferido na fase de cumprimento da sentença, pois vigora entre os entes federados a solidariedade passiva na prestação do direito à saúde durante a tramitação da demanda; c) a decisão do juiz federal que exclui ente

*federal de um dos polos do processo não pode ser revista pela Justiça Estadual (Súmula 254, STJ). Observe-se: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PESSOA HIPOSSUFICIENTE. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. MANIFESTAÇÃO, PELA JUSTIÇA FEDERAL, DE FALTA DE INTERESSE DA UNIÃO NA LIDE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 150 E 254/STJ. PRECEDENTES.*

*1.No caso em foco, o Juízo Federal se manifestou no sentido da inexistência de interesse da União Federal no feito, a quem incumbe sindicarem a respeito deste particular, nos termos da Súmula n. 150/STJ: “[c]ompete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença da União, no processo, da União, suas Autarquias ou Empresas Públicas”. Precedentes: AgInt no CC 168.858/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 14/4/2020; AgInt no CC 166.964/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/11/2019; AgRg no CC 137.974/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19/4/2016; CC 47.495/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJe 9/2/2005; e CC 32.619/AM, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ 30/4/2002. Nesse mesmo sentido, cita-se a seguinte decisão monocrática: CC n. 140.231/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 22/5/2015.*

*2.”A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual” (Súmula n. 254/STJ).*

*3.Nesse contexto, a despeito da orientação do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior, no sentido de responsabilidade solidária entre os Entes Federados pelo fornecimento de medicamentos e tratamentos indispensáveis à saúde, tendo o Juízo Federal decidido não haver legitimidade passiva que justifique a presença da União no polo passivo da demanda, não cabe ao Juízo Estadual reexaminar a questão, consoante disposto nas aludidas Súmulas. A propósito: AgInt no CC 169.337/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 23/3/2020.*

*4.Agravo interno não provido (AgInt no CC 161.922/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/08/2020, DJe 20/08/2020).*

*A mais disso, no que concerne à orientação de que o Tema 793 está vocacionado à fase de cumprimento de sentença, colaciono:*

*PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 150 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.*

*1. Hipótese em que o Juízo Federal afastou a União do polo passivo da lide, uma vez que sua inclusão não foi uma escolha da parte, mas decorreu do atendimento de uma decisão judicial.*

*2. De acordo com a decisão proferida pelo Juízo Federal, não há litisconsórcio necessário nas ações que buscam o fornecimento de medicamentos, não sendo possível ao magistrado estadual determinar a emenda da inicial para a inclusão da União no litígio.*

*3. Dessa forma, tendo o Juízo Federal reconhecido a ilegitimidade da União para figurar no polo passivo do litígio, é de rigor a aplicação da Súmula 150 do STJ: “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.”*

*4. Afastada a legitimidade da União para figurar no polo passivo da demanda pela Justiça Federal, deve-se reconhecer a competência da Justiça Estadual para o deslinde da controvérsia.*

*5. Consigne-se que a tese firmada no julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal, quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e*

hierarquização do SUS, relaciona-se ao cumprimento de sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis a quem suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde.

6. Portanto, o julgamento do Tema 793 não modifica a interpretação da Súmula 150/STJ, mormente no presente caso, haja vista que o Juízo Federal não afastou a solidariedade entre os entes federativos, mas apenas reconheceu a existência do litisconsórcio facultativo, tendo considerado inadequada a decisão exarada pela Justiça Estadual que determinou a emenda da petição inicial para que fosse incluída a União no polo passivo da demanda.

7. Registre-se, ainda, que, no âmbito do Conflito de Competência, não se discute o mérito da ação, cumpre apenas a análise do juízo competente para o exame do litígio.

8. Agravo Interno não provido (STJ, AgInt no CC 166.929/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020).

O próprio TRF4, para quem o Estado de Santa Catarina tem direcionado recursos contra as decisões dos juízes federais que declinam de sua competência, tem sustentando o mesmo posicionamento. Colaciono:

DIREITO DA SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. COMPETÊNCIA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 855.178, estabeleceu diretrizes no que toca à solidariedade para o fornecimento de medicamentos, mantendo a compreensão de que se trata, via de regra, de litisconsórcio passivo facultativo. 2. Assim, o simples fato de o fármaco não estar padronizado no âmbito do SUS não é suficiente para incluir a União no polo passivo e, por consequência, alterar a competência jurisdicional. (TRF4, AG 5011490-81.2020.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 21/08/2020).

Anoto, por oportuno, que o envio dos feitos à Justiça Federal há de onerar ainda mais os cofres públicos, pois na maioria dos casos os processos, quando enviados, são remetidos com liminar concedida. Em suma: até que retornem a esta Justiça, como no presente caso, para que seja atingida a fase pericial, os entes públicos estarão onerados por força da liminar. E o que sucede é que os juízes federais não examinam o seu teor. A Justiça Federal tem, no mais das vezes, afirmado que não há interesse da União e devolvido os processos, cuja liminar segue obrigatória e vinculante ao Poder Público. Analisando-se os princípios da duração razoável, da menor onerosidade, e da razoabilidade, incluir a União no feito soa, no mínimo, mais dispendioso aos cofres públicos.

Por isso, o declínio da competência agora é despiciendo.

Dessarte, com arrimo no art. 932, do CPC, c/c. o art. 132, do RITJESC, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

Desta Primeira Câmara de Direito Público, ainda:

MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PROPOSTA PERANTE JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. PEDIDO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DEMANDA INTENTADA EM FACE DO ESTADO DE SANTA CATARINA E DO MUNICÍPIO DE MAFRA. DECISÃO QUE DETERMINA A INCLUSÃO DA UNIÃO NO POLO PASSIVO DO FEITO COMO LITISCONSORTE NECESSÁRIO E A REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. TRATAMENTO MÉDICO NÃO PADRONIZADO. DISCUSSÃO QUE ENVOLVE AS SÚMULAS 150 E 254 DO STJ, ASSIM COMO O TEMA 793 DO STF. DIRECIONAMENTO CONFERIDO NA FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. SOLIDARIEDADE PASSIVA DOS ENTES FEDERADOS NA PRESTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DURANTE A TRAMITAÇÃO DA DEMANDA. PRECEDENTES DO STJ. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AO JULGAR O RE 855.178, ESTABELECEU DIRETRIZES NO QUE TOCA À SOLIDARIEDADE PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, MANTENDO A COMPREENSÃO DE QUE SE TRATA, VIA DE REGRA, DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO.



ASSIM, O SIMPLES FATO DE O FÁRMACO NÃO ESTAR PADRONIZADO NO ÂMBITO DO SUS NÃO É SUFICIENTE PARA INCLUIR A UNIÃO NO POLO PASSIVO E, POR CONSEQUÊNCIA, ALTERAR A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL (TRF4, DES. PAULO AFONSO BRUM VAZ).

(TJSC, Mandado de Segurança Cível n. 5028764-67.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 24-11-2020).

Transcreve-se do voto condutor:

Quanto ao mérito, ainda que seja reconhecida a responsabilidade solidária dos entes da federação diante de demandas desta natureza, observou-se que o produto pleiteado pela impetrante não consta na lista dos produtos padronizados pelo Sistema Único de Saúde.

A respeito, sabe-se que o Tema 793, do STF, assim disciplina: “Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”.

Conforme exposto em decisão proferida nos autos do agravo de instrumento n. 5026582-11.2020.8.24.0000 e transcrito na monocrática correspondente ao Evento n. 10 do presente mandamus, no que concerne o Tema 793, com cada vez mais frequência, os processos de medicamentos em que determinada a remessa à Justiça Federal têm retornado a esta Corte com afirmação do Juiz Federal acerca do desinteresse da União no feito, mesmo naqueles casos de medicamentos não padronizados.

Além disso, emergiram ao STJ inúmeros conflitos negativos de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual. O Superior Tribunal firmou, na hipótese, três claras orientações:

a) primeira, no sentido de que compete exclusivamente ao juiz federal, a teor da Súmula 150, dizer se há ou não interesse da União no feito (e as respostas têm sido negativas);

b) a segunda, no sentido de que o Tema 793 deve ter seu direcionamento conferido na fase de cumprimento da sentença, pois vigora entre os entes federados a solidariedade passiva na prestação do direito à saúde durante a tramitação da demanda;

c) a decisão do juiz federal que exclui ente federal de um dos polos do processo não pode ser revista pela Justiça Estadual (Súmula 254, STJ).

Nesse sentido, extrai-se de recente precedente da Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO/ PROCEDIMENTO/MATERIAL NÃO CONSTANTE DO RENAME. AÇÃO AJUIZADA APENAS CONTRA O MUNICÍPIO DE ABELARDO LUZ E O ESTADO DE SANTA CATARINA. JUSTIÇA ESTADUAL QUE DETERMINOU A EMENDA DA INICIAL, PARA INCLUSÃO DA UNIÃO COMO RÉ, NO FEITO. DECISÃO IRRECORRIDA DO JUÍZO FEDERAL QUE RECONHECEU A INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA UNIÃO, AFASTANDO-A DO POLO PASSIVO DA LIDE E DECLARANDO SUA INCOMPETÊNCIA. SÚMULAS 150, 224 E 254 DO STJ. CONFLITO CONHECIDO, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

I. Trata-se de Conflito Negativo de Competência instaurado entre o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Abelardo Luz/SC e o Juízo Federal da 2ª Vara do Juizado Especial Cível de Chapecó - SJ/SC, nos autos de demanda que objetiva a condenação do Município de Abelardo Luz/SC e do Estado de Santa Catarina ao fornecimento de sonda de gastrotomia, necessária ao tratamento de Natanael Torres, portador de paralisia cerebral dipléica espástica (CID G801) e epilepsia (CID G409).



II. O Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Abelardo Luz/SC, inicialmente, considerou o caso como de fornecimento de medicamento/procedimento/material não constante da Relação Nacional de Medicamento Especiais (RENAME), e, entendendo pela imposição, no caso, de litisconsórcio passivo necessário entre o Estado, o Município e a União, determinou à parte autora a emenda da petição inicial, para incluir a União na lide, sob pena de extinção do processo, comando que foi obedecido. Remetidos os autos à Justiça Federal, o Juízo Federal da 2ª Vara do Juizado Especial Cível de Chapecó - SJ/SC entendeu que não se tratava de hipótese de litisconsórcio passivo necessário da União - contra a qual a ação não fora ajuizada - concluindo por excluda da lide, declinando, assim, de sua competência e determinando a devolução dos autos ao Juízo Estadual. Devolvidos os autos, o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Abelardo Luz/SC suscitou o presente Conflito de Competência.

III. Consoante a jurisprudência do STJ, “no âmbito do conflito de competência, não se discute o mérito da ação, tampouco qual seria o rol de responsabilidades atribuído a cada ente federativo em relação ao Sistema Único de Saúde. Cumpre apenas a análise do juízo competente para o exame do litígio, nos termos em que apresentados o pedido e a causa de pedir” (STJ, AgInt no CC 166.964/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 19/11/2019). Em igual sentido: STJ, AgInt no CC 168.858/RS, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 14/04/2020. Assim sendo, a questão concernente à responsabilidade de cada ente federativo, em relação ao Sistema Único de Saúde, há de ser deslindada pelo Juízo competente, e no âmbito recursal, descabendo discuti-la, no presente Conflito de Competência.

IV. Na forma da jurisprudência, “a competência da Justiça Federal, prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, é fixada, em regra, em razão da pessoa (competência *ratione personae*), levando-se em conta não a natureza da lide, mas, sim, a identidade das partes na relação processual” (STJ, CC 105.196/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 22/02/2010). Nesse sentido: AgRg no CC 114.474/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 30/04/2014.

V. No caso em exame, como o Juízo Federal, em decisão irrecorrida, reconheceu, expressamente, a inexistência de litisconsórcio passivo necessário da União, no caso, concluindo pela sua exclusão da lide e determinando o retorno dos autos à Justiça Estadual, caso é de ser declarada a competência do Juízo Estadual para o processo e o julgamento da demanda, nos termos das Súmulas 150, 224 e 254 do STJ.

VI. Ademais, o STJ, ao examinar a controvérsia dos autos, inclusive à luz do que deliberado pelo STF, nos EDcl no RE 855.178/SE (Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ acórdão Ministro EDSON FACHIN, TRIBUNAL PLENO, DJe de 16/04/2020 - Tema 793), tem decidido que “é pacífico na jurisprudência o entendimento segundo o qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem responsabilidade solidária nas demandas prestacionais na área de saúde, o que autoriza que sejam demandados isolada ou conjuntamente pela parte interessada. A ressalva contida na tese firmada no julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal, quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, relaciona-se ao cumprimento de sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis ao ente público que suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde. Entender de maneira diversa seria afastar o caráter solidário da obrigação, o qual foi ratificado no precedente qualificado exarado pela Suprema Corte” (STJ, AgInt no REsp 1.043.168/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/03/2020). (sublinhou-se)

VII. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Abelardo Luz/SC, ora suscitante. (CC 172.817/SC, Rel. Ministra ASSULETE MAGALHÃES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/09/2020, DJe 15/09/2020).

E ainda:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO COMINATÓRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PESSOA

*HIPOSSUFICIENTE. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. MANIFESTAÇÃO, PELA JUSTIÇA FEDERAL, DE FALTA DE INTERESSE DA UNIÃO NA LIDE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 150 E 254/STJ. PRECEDENTES.*

1. No caso em foco, o Juízo Federal se manifestou no sentido da inexistência de interesse da União Federal no feito, a quem incumbe syndicar a respeito deste particular, nos termos da Súmula n. 150/STJ: “[c]ompete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença da União, no processo, da União, suas Autarquias ou Empresas Públicas”. Precedentes: AgInt no CC 168.858/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Primeira Seção, DJe 14/4/2020; AgInt no CC 166.964/RS, Rel. Min. Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/11/2019; AgRg no CC 137.974/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19/4/2016; CC 47.495/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJe 9/2/2005; e CC 32.619/AM, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, DJ 30/4/2002. Nesse mesmo sentido, cita-se a seguinte decisão monocrática: CC n. 140.231/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 22/5/2015.

2. “A decisão do Juízo Federal que exclui da relação processual ente federal não pode ser reexaminada no Juízo Estadual” (Súmula n. 254/STJ).

3. Nesse contexto, a despeito da orientação do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior, no sentido de responsabilidade solidária entre os Entes Federados pelo fornecimento de medicamentos e tratamentos indispensáveis à saúde, tendo o Juízo Federal decidido não haver legitimidade passiva que justifique a presença da União no polo passivo da demanda, não cabe ao Juízo Estadual reexaminar a questão, consoante disposto nas aludidas Súmulas. A propósito: AgInt no CC 169.337/PR, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe 23/3/2020.4. Agravo interno não provido (AgInt no CC 161.922/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 18/08/2020, DJe 20/08/2020).

Repisa-se, ademais, que o Tema 793, conforme orientação que tem se consolidado, é direcionado à fase de cumprimento de sentença:

*PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 150 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.*

1. Hipótese em que o Juízo Federal afastou a União do polo passivo da lide, uma vez que sua inclusão não foi uma escolha da parte, mas decorreu do atendimento de uma decisão judicial.

2. De acordo com a decisão proferida pelo Juízo Federal, não há litisconsórcio necessário nas ações que buscam o fornecimento de medicamentos, não sendo possível ao magistrado estadual determinar a emenda da inicial para a inclusão da União no litígio.

3. Dessa forma, tendo o Juízo Federal reconhecido a ilegitimidade da União para figurar no polo passivo do litígio, é de rigor a aplicação da Súmula 150 do STJ: “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.”

4. Afastada a legitimidade da União para figurar no polo passivo da demanda pela Justiça Federal, deve-se reconhecer a competência da Justiça Estadual para o deslinde da controvérsia.

5. Consigne-se que a tese firmada no julgamento do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal, quando estabelece a necessidade de se identificar o ente responsável a partir dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização do SUS, relaciona-se ao cumprimento de sentença e às regras de ressarcimento aplicáveis a quem suportou o ônus financeiro decorrente do provimento jurisdicional que assegurou o direito à saúde.

6. Portanto, o julgamento do Tema 793 não modifica a interpretação da Súmula 150/STJ, mormente no presente caso, haja vista que o Juízo Federal não afastou a solidariedade entre os entes federativos, mas apenas reconheceu a existência do litisconsórcio facultativo, tendo considerado inadequada a decisão exarada pela

*Justiça Estadual que determinou a emenda da petição inicial para que fosse incluída a União no polo passivo da demanda (sublinhou-se).*

7. Registre-se, ainda, que, no âmbito do Conflito de Competência, não se discute o mérito da ação, cumpre apenas a análise do juízo competente para o exame do litígio.

8. Agravo Interno não provido (STJ, AgInt no CC 166.929/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/2020, DJe 23/06/2020).

Por fim, da jurisprudência do TRF4, colhe-se:

*DIREITO DA SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. COMPETÊNCIA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 855.178, estabeleceu diretrizes no que toca à solidariedade para o fornecimento de medicamentos, mantendo a compreensão de que se trata, via de regra, de litisconsórcio passivo facultativo. 2. Assim, o simples fato de o fármaco não estar padronizado no âmbito do SUS não é suficiente para incluir a União no polo passivo e, por consequência, alterar a competência jurisdicional. (TRF4, AG 5011490-81.2020.4.04.0000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 21/08/2020).*

*Registra-se, novamente, que a remessa dos feitos à Justiça Federal, considerando-se o que foi acima exposto, ofende os princípios da duração razoável do processo, da menor onerosidade e da razoabilidade. Esta Câmara, a respeito, recentemente decidiu:*

*AGRAVO INTERNO. ART. 1.021 DO CPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE FÁRMACO NÃO PADRONIZADO NO ÂMBITO DO SUS. JULGADO MONOCRÁTICO QUE INDEFERIU PLEITO DE TUTELA ANTECIPADA PARA DECLARAÇÃO DE DESNECESSIDADE DE INCLUSÃO DA UNIÃO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. INSURGÊNCIA INTERPOSTA PELA AUTORA. ALEGADA INCONGRUÊNCIA ENTRE AS DECISÕES EMANADAS DAS CORTES SUPERIORES E DA JUSTIÇA FEDERAL, PARA COMPOSIÇÃO DO POLO PASSIVO NAS AÇÕES RELATIVAS A MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS. TESE SUBSISTENTE. DECISÃO UNIPESSOAL REFORMADA. PRECEDENTES. “Direito da saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Competência federal. incorrência. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 855.178, estabeleceu diretrizes no que toca à solidariedade para o fornecimento de medicamentos, mantendo a compreensão de que se trata, via de regra, de litisconsórcio passivo facultativo. 2. Assim, o simples fato de o fármaco não estar padronizado no âmbito do SUS não é suficiente para incluir a união no polo passivo e, por consequência, alterar a competência jurisdicional.” (TRF4, Agravo de Instrumento n. 5011490-81.2020.4.04.0000, Turma Regional Suplementar de SC, Relator Des. Paulo Afonso Brum Vaz, j. em 21/08/2020) [...] Anoto, por oportuno, que o envio dos feitos à Justiça Federal há de onerar ainda mais os cofres públicos, pois na maioria dos casos os processos, quando enviados, são remetidos com liminar concedida. Em suma: até que retornem a esta Justiça, como no presente caso, para que seja atingida a fase pericial, os entes públicos estarão onerados por força da liminar. E o que sucede é que os juízes federais não examinam o seu teor. A Justiça Federal tem, no mais das vezes, afirmado que não há interesse da União e devolvido os processos, cuja liminar segue obrigatória e vinculante ao Poder Público. Analisando-se os princípios da duração razoável, da menor onerosidade, e da razoabilidade, incluir a União no feito soa, no mínimo, mais dispendioso aos cofres públicos.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5026582-11.2020.8.24.0000, de Criciúma, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 24/08/2020) RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Pedido de Efeito Suspensivo à Apelação n. 5019133-02.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 13-10-2020).*

Assim, conforme esclareceu o Procurador de Justiça em seu parecer, “a jurisprudência e enunciados de Súmulas dos Tribunais Superiores se orientam no sentido de que a manifestação

da autoridade judicial competente para aferir a existência de interesse da União no processo, é o quanto basta para encerrar a controvérsia a esse respeito” (evento 8, fl. 8).

Portanto, a extinção do processo, sem resolução de mérito, mostra-se equivocada, razão por que dá-se provimento ao recurso da apelante para anular a sentença extintiva do processo.

No tocante à tutela de urgência, tem-se que se encontram presentes evidências bastantes quanto à necessidade da medicação e os riscos à saúde do paciente (evento 25). Segundo o experto, o medicamento é adequado ao quadro clínico do enfermo e não há possibilidade de substituição por alternativas disponíveis no SUS. Por esta razão, concede-se a medida de urgência.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e dar-lhe provimento para anular a sentença e determinar o retorno dos autos à origem para o regular processamento. Defere-se, no mais, a tutela de urgência, devendo o ente público demandado, no prazo de 10 (dez) dias, fornecer ao paciente a medicação pleiteada, conforme prescrição médica, sob pena de sequestro dos valores necessários à sua aquisição na rede privada.

**Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA**

**Relator**

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5008773-42.2019.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA

AGRAVANTE: ADELIA GARCIA

AGRAVANTE: KEISE GARCIA TINOCO

AGRAVANTE: ELVIS RICHARD RODRIGUES TINOCO

AGRAVANTE: ALDORI LICINIO GARCIA

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS

POSSESSÓRIA. IMÓVEL EDIFICADO EM ÁREA DE PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO EM 1998 POR MEIO DE DESAPROPRIAÇÃO. DECISÃO LIMINAR QUE DEFERIU A REINTEGRAÇÃO. INSURGÊNCIA DOS RÉUS.

1) AGRAVO DE INSTRUMENTO.

1.1) ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO. ALVARÁS E PROJETOS EMITIDOS PELO PREFEITURA. POSTERIOR VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE DESAPROPRIAÇÃO QUE, POR SI SÓ, NÃO INVIABILIZA O DIREITO DA MUNICIPALIDADE. REQUISITO DA PROBABILIDADE DO DIREITO PREENCHIDO.

1.2) ALEGADA FALTA DE URGÊNCIA NA RETOMADA DA POSSE DO IMÓVEL. TESE RECHAÇADA. MUNICÍPIO QUE CONTINUA INTERESSADO EM RECUPERAR A ÁREA OCUPADA. INTERESSE PÚBLICO QUE SE SOBREPÕE AO PRIVADO.

1.3) PRETENSÃO DE MANUTENÇÃO NA POSSE ATÉ O FIM DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19 OU ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA DEMANDA. INVIABILIDADE. PRAZO PARA DESOCUPAÇÃO QUE JÁ FOI PRORROGADO SUCESSIVAS VEZES. PRIMEIRA DETERMINAÇÃO QUE OCORREU ANTES DO INÍCIO DA PANDEMIA. POSSIBILIDADE DE POSTERGAÇÃO, TODAVIA, ATÉ 31-12-2021, OU POSTERIOR DATA A SER FIXADA PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO, OBSERVADOS OS CONTORNOS SOCIAIS DA QUESTÃO.

RECURSO PROVIDO EM PARTE.

2) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS CONTRA A DECISÃO QUE DEFERIU EM PARTE O EFEITO SUSPENSIVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, APENAS PARA PRORROGAR O PRAZO DE DESOCUPAÇÃO. ALEGADA OMISSÃO NO QUE TANGE AO CORTE DE ÁGUA E LUZ. ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO DO FORNECIMENTO ATÉ O PRAZO FIXADO PARA A DESOCUPAÇÃO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, apenas para prorrogar até 31-12-2021 o prazo para desocupação, e acolher os declaratórios, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 08 de junho de 2021.

**Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Município de Florianópolis propôs “ação de reintegração de posse c/c ação demolitória” em face de Aldori Licino Garcia e Adelia Garcia.

Alegou que: 1) os réus edificaram obra irregular em imóvel público, localizado na Rua João Meirelles, s/n, lote 3, Itaguaçu, Loteamento Costa Azul, em Florianópolis, infringindo a legislação urbanística;

2) a construção ocorreu em Área Verde e, posteriormente, constatou-se que o imóvel também foi objeto de desapropriação; 3) foi lavrada a competente escritura pública de desapropriação, em 7-5-1998, comprovando a propriedade do município de Florianópolis; 4) o réu informou, no processo administrativo, que a edificação foi feita com autorização da municipalidade e que efetuou a venda do imóvel em 2013; 5) no processo administrativo que deferiu a expedição de alvará de licença ao réu, não foi apresentada escritura e tampouco matrícula do imóvel; 6) ao tomar ciência da controvérsia, tratou de não renovar o alvará, obstando a construção;

7) os réus foram autuados mais de uma vez por obra irregular; 8) foram expedidos ofícios solicitando o corte do fornecimento de energia elétrica e água; 9) os réus venderam o imóvel para Elvis Richard Rodrigues Tinoco e sua esposa, Keise Garcia Tinoco, os quais propuseram ação de usucapião extraordinária; 10) foi comprovada edificação além das dimensões corretas da aprovação do projeto, avançando sobre a área verde do loteamento, o que demonstra abuso de direito e prática de ato ilícito e 11) o imóvel está destinado a implantação da via Coletora Continental -2, aprovada pela Lei Complementar n. 482/2014.

Postulou a reintegração de posse, inclusive liminarmente, e a demolição da edificação.

A medida urgente foi deferida em parte, apenas para determinar a imediata reintegração do requerente na posse do bem (autos originários, Evento 3), nos seguintes termos:

*A controvérsia dos autos tem por objeto a reintegração da posse de bem público, por construção irregular, e consequente demolição da obra (casa e muro) localizada no lote 03 e Área Verde do loteamento jardim costa azul, bairro Itaguaçu*

*O pleito liminar deve ser deferido.*

*Nos termos do art. 560 do Código de Processo Civil, “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no caso de esbulho”.*



*Para tanto, como regra, incumbe-lhe provar: a sua posse; a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; a data da turbação ou do esbulho; a perda da posse, na ação de reintegração (Código de Processo Civil, art. 561).*

*Nada obstante, sendo o possuidor um ente estatal e incidindo o pleito reintegratório sobre bem público, é pacífica a jurisprudência no sentido de que a comprovação da posse anterior é desnecessária, pois decorre da própria propriedade (posse jurídica), dispensando o “poder material sobre a coisa, por intermédio do exercício de fato de algum dos poderes inerentes ao domínio” (TJSC, AC 2007.039152-4, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. 04/10/2007).*

*Acerca do tema, leciona Hely Lopes Meirelles que:*

*“O domínio patrimonial do Estado sobre os seus bens é direito de propriedade, mas direito de propriedade pública, sujeito a um regime administrativo especial. [...] Todo bem público fica sujeito ao regime administrativo pertinente ao seu uso, conservação ou alienação. Embora utilizados coletivamente pelo povo ou individualmente por alguns usuários, cabem sempre ao Poder Público a administração e proteção de seus bens, podendo valer-se os meios judiciais comuns e especiais para garantia da propriedade e defesa da posse.” (Direito Administrativo Brasileiro, 19ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 429 e 434).*

*Logo, para o acolhimento da pretensão possessória estatal, dispensa-se a demonstração de posse de fato anterior, bastando que se comprove a natureza pública do bem objeto do litígio, o seu esbulho e a data da respectiva ocorrência.*

*No caso em apreço, a natureza pública do bem imóvel encontra-se devidamente demonstrada pela Certidão do 1º Tabelionato de Notas e 4º Ofício de Protestos acostado aos autos (Escritura pública de desapropriação, em 7.5.1998), que comprova a propriedade em favor do Município de Florianópolis*

*Em relação ao esbulho e à data da sua ocorrência, restaram também comprovados pelos documentos juntados ao autos, que demonstram as autuações por obra irregular dirigidas aos requeridos para desocupação do bem público, e o seu não atendimento no prazo concedido pela administração.*

*Ora, como sabido, não se opera a prescrição aquisitiva em relação aos bens públicos. Mesmo a posse exercida com animus domini não é oponível à pretensão estatal de retomada da posse do bem público. Assim também não o é eventual autorização, permissão ou negligência do ente público, durante um determinado período, no tocante ao uso do imóvel por particulares.*

*Eventual “permissão de uso de espaço público – ainda que tácita, como no caso que ora se apresenta – é instituto de natureza precária, revogável ao talante da Administração, quando lhe for conveniente e oportuno”. (TJSC, AC n. 2002.020482-5, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 04/07/2006).*

*Daí porque, notificado o particular para a desocupação do bem público pelo seu possuidor jurídico – no caso, o Estado de Santa Catarina – a ordem deve ser prontamente atendida, sob pena de a ocupação antes existente, meramente irregular, transmudar-se em ato verdadeiramente arbitrário, caracterizador do esbulho possessório tutelável na via judicial.*

*É este o caso dos autos.*

*Notificados pessoalmente os requeridos para desocupação do bem público, não houve, até a data do ajuizamento da presente ação, qualquer manifestação da sua parte no sentido do atendimento da ordem estatal.*

*Tem-se, portanto, por caracterizado o esbulho possessório, em função da negativa dos réus. Afinal, como já afirmado, a partir do momento em que manifestado o interesse do Município na retomada da posse do bem público, ante as construções irregulares - sem autorização - , tornou-se ilegítima a ocupação exercida pelos particulares, configurando esbulho apto a respaldar o acolhimento da pretensão reintegratória do ente público.*

*Assim, DEFIRO em parte a tutela antecipada, para determinar a imediata reintegração do requerente na posse*

*do bem descrito na inicial.*

*Expeça-se o respectivo mandado, concedendo-se aos réus o prazo improrrogável de 30 (trinta) dias para que deixem voluntariamente o imóvel, sob pena de ser forçada a fazê-lo por Oficial de Justiça e, se necessário, pela Força Pública.*

*Expeçam-se ofícios à CELESC e CASAN para que promovam o corte de fornecimento de energia elétrica e água potável, num prazo de 30 (trinta) dias*

*Cesso, por ora, a deliberação sobre a demolição da obra (casa e muro) por ser medida por demais rigorosa, o que será revisto no decorrer do processamento do feito.*

*Versando a demanda sobre matéria de interesse público que, a princípio, não admite autocomposição, deixo de designar data para a audiência prevista no art. 334 do Código de Processo Civil, com fundamento na disposição do seu § 4º, inciso II, sem prejuízo do agendamento oportuno de audiência de saneamento compartilhado, na forma do art. 357, § 3º, do mesmo diploma legal, quando se poderá buscar a conciliação das partes com relação a questões processuais e outras matérias passíveis de transação que forem identificadas após o estabelecimento do contraditório.*

*Citem-se os requeridos para que apresentem resposta, na forma do art. 335, III, do Código de Processo Civil.*

*Itimem-se. (autos originários, Evento 3)*

Elvis Richard Rodrigues Tinoco e Keise Garcia Tinoco manifestaram-se nos autos, alegando, entre outras teses, sua legitimidade passiva (autos originários, Evento 12).

Elvis Richard Rodrigues Tinoco, Keise Garcia Tinoco, Aldori Licino Garcia e Adelia Garcia interpuseram agravo de instrumento sustentando que: 1) exercem a posse de boa-fé desde 1992 (Aldori e Adélia adquiriram o imóvel em 1992 e, em 2013, venderam para Elvis e Keise); 2) o ente público autorizou uma série de procedimentos no terreno, motivo pelo qual reconhece a posse; 3) há alvará de construção para edificação da casa, que posteriormente não foi renovado, quando a obra já estava em fase de acabamento; 4) até 2018 o IPTU estava em nome de Aldori; 5) ingressaram com ação de usucapião; 6) “a escritura de desapropriação nunca foi levada a registro”; 7) não há prejuízo na manutenção no imóvel até o final da demanda, o que deve ser restabelecido, inclusive a água e a luz e 8) não existe interesse do Município no terreno desapropriado porque, hoje, tornou-se inviável a implementação de melhorias no sistema viário diante das inúmeras construções edificadas.

A medida urgente foi deferida em parte, apenas para prorrogar o prazo de desocupação para 90 dias, contados da data da intimação da decisão (Evento 5).

Os agravantes opuseram embargos de declaração, alegando que houve omissão quanto à manutenção ou não da energia elétrica e da água, até o prazo da efetiva desocupação (Evento 16).

Decorrido o prazo de 90 dias, os agravantes requereram nova tutela de urgência para ampliação, em decorrência da pandemia da Covid-19 (Evento 26), o que foi deferido, estendendo o prazo até 31-5-2020 (Evento 28).

Sem contrarrazões (Evento 23).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça entendeu ausente o interesse ministerial (Evento 32).

Os agravantes apresentaram memoriais (Evento 90), sustentando o deferimento de liminar nos autos da ADPF n. 828, determinando que, por 6 meses, ficam impossibilitadas “medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis”.

## VOTO

### 1. Agravo de instrumento

Tratando-se de agravo de instrumento, o objeto do recurso é unicamente o acerto ou desacerto da decisão agravada.

O Código de Processo Civil dispõe que:

*Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

O requisito da probabilidade do direito está devidamente preenchido.

Dispõe o CPC:

*Art. 560. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado em caso de esbulho.*

*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.*

*Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.*

*In casu*, tratando-se de ente público, a posse é inerente ao domínio, que ficou comprovado

pelo decreto de desapropriação e pela escritura pública (autos originários, Evento 1, procjudic3, f. 5 e 9/10, respectivamente). O fato deste documento não ter sido levado a registro não é óbice à comprovação da posse jurídica exercida pela municipalidade, pois a aquisição ocorreu por desapropriação.

A propósito:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO DE BEM IMÓVEL AJUIZADA POR PARTICULARES. CONTESTAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO CEDRO. ALEGAÇÃO DE QUE O IMÓVEL OBJETO DA AÇÃO É BEM PÚBLICO. IMÓVEL QUE TERIA SIDO DESAPROPRIADO ANTES DA OCUPAÇÃO PELOS DEMANDANTES. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE AFASTOU A ALEGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO E JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DE USUCAPIÃO. MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU QUE NÃO RECONHECEU A PROPRIEDADE PÚBLICA DO IMÓVEL SOB O FUNDAMENTO DE QUE O PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO NÃO FOI TOTALMENTE PERFECTIBILIZADO. ENTENDIMENTO DO JUIZ SENTENCIANTE DE QUE A PROPRIEDADE SOMENTE SERIA TRANSFERIDA AO ENTE PÚBLICO APÓS A TRANSCRIÇÃO DO TÍTULO NO REGISTRO DE IMÓVEIS, O QUE NÃO OCORREU.*

*(1) RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO CEDRO. ALEGAÇÃO DE QUE O IMÓVEL OBJETO DESTA AÇÃO É BEM PÚBLICO. **SUSTENTADA A DESNECESSIDADE DO REGISTRO DO TÍTULO PARA QUE SE OPERE A TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE DECORRENTE DA DESAPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL. TESE ACOLHIDA.** DECRETO MUNICIPAL QUE DECLAROU O IMÓVEL COMO DE UTILIDADE PÚBLICA. CONSTITUIÇÃO DE COMISSÃO ESPECIAL, TAMBÉM POR DECRETO MUNICIPAL, PARA AVALIAÇÃO DO BEM. EDIÇÃO DE LEI MUNICIPAL AUTORIZANDO A AQUISIÇÃO DO IMÓVEL. ENTE PÚBLICO QUE ADQUIRIU O IMÓVEL E EFETUOU O PAGAMENTO EM 31/12/1971, ANTES DA OCUPAÇÃO PELOS DEMANDANTES, OCORRIDA ENTRE 1976 E 1977. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE POR MEIO DE DESAPROPRIAÇÃO AMIGÁVEL. DESAPROPRIAÇÃO QUE CARACTERIZA MODO ORIGINÁRIO DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE, ANTE A AUSÊNCIA DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE POR INTERPOSTA PESSOA. DESNECESSIDADE DO REGISTRO DO TÍTULO TRANSLATIVO PARA QUE HAJA A TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL. PAGAMENTO OU DEPÓSITO JUDICIAL DA INDENIZAÇÃO QUE DÁ ENSEJO À CONSUMAÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO. AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELO ENTE EXPROPRIANTE QUE OCORRE NO MOMENTO DO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO OU DO DEPÓSITO DO SEU VALOR JUDICIALMENTE. TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL QUE SE OPERA NO MOMENTO DO PAGAMENTO. PRECEDENTES. [...] (AC n. 0001354-12.2006.8.24.0065, de São José do Cedro, rela. Desa. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. 29-8-2019)*

No mais, mesmo que os requerentes tenham supostamente entrado na posse de boa-fé, foram notificados diversas vezes sobre as irregularidades posteriormente verificadas. Inicialmente, sobre a edificação em Área Verde e, depois, sobre o embargo da obra em virtude da verificação de que a edificação se deu em imóvel objeto de desapropriação.

Os agravantes sistematicamente alegaram que o município consentia com a posse por eles exercida. Todavia, ficou comprovado no processo administrativo que houve erro da administração na expedição do alvará e projeto de construção, configurando ato administrativo nulo, pois emitido sem a apresentação dos documentos necessários.

Os agravantes Elvis Richard Rodrigues Tinoco e Keise Garcia Tinoco adquiriram o imóvel em data posterior à desapropriação e, sendo assim, tinham o dever tomarem as cautelas necessárias, sob pena de arcar com as consequências da desídia.

Ainda, mesmo tendo ciência dessa condição, tentaram adquirir o domínio do bem por meio de ação de usucapião extraordinária, o que não é possível por não ocorrer a prescrição aquisitiva do bem público. O pedido tramitou nos autos de n. 0302063-70.2018.8.24.0091, e foi julgado extinto sem resolução do mérito, pois os requerentes não apresentaram todos os documentos necessários. Todavia, ainda não houve o trânsito em julgado.

Portanto, não há elementos que coloquem em dúvida o esbulho praticado pelos agravantes.

Quanto ao requisito da urgência, os requerentes alegam que não há prejuízo na sua manutenção no imóvel até o final da demanda, pois se tornou inviável a implementação de melhorias no sistema viário diante das inúmeras construções edificadas.

Pois bem.

No Evento 52, dos autos originários, a municipalidade manifestou-se no sentido de que não se opunha ao pedido de prorrogação de prazo para a desocupação do imóvel, mas que não isso não implicaria desistência do pedido formulado na inicial.

A supremacia do interesse público é um dos princípios regentes da conduta da administração e a análise acerca da pertinência da implementação de melhorias no sistema viário é de competência do Poder Executivo Municipal, assim como as medidas que deverão ser tomadas em virtude das construções existentes no local. Ratifica-se: a competência é da administração pública, que adotará aquilo que entender necessário, observando o princípio da legalidade e do interesse público e social.

A medida liminar foi inicialmente concedida em 19-11-2019 (autos originários, Evento 3), ou seja, antes do início da pandemia causada pela Covid-19.

Não sou indiferente às graves consequências que diversas famílias estão enfrentando em decorrência dessa singular crise de saúde pública. Inclusive, considerando esse cenário, foram concedidas sucessivas prorrogações para cumprimento da medida (Eventos 5, 28 e 53).

Por outro lado, não é razoável determinar que a municipalidade não possa dispor do bem de sua propriedade até o fim desta demanda ou da pandemia. Assim, o caminho é manter a decisão agravada, pois seguem hígidos os elementos que permitiram a concessão da medida urgente, mas deferir nova prorrogação, até 31-12-2021, para a desocupação.

A propósito:

*AGRAVO POR INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE PROMOVIDA PELO MUNICÍPIO DE ITAPEMA. EDIFICAÇÕES CLANDESTINAS EM ÁREA ADQUIRIDA PELO MUNICÍPIO POR DESAPROPRIAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO.*

*DEFERIMENTO DE PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO APÓS A FORMAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, DETERMINANDO A DESOCUPAÇÃO DA ÁREA, NO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS. RECURSO DOS POSSUIDORES RECEBIDO COM EFEITO SUSPENSIVO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA, DE FORMA INEQUÍVOCA, A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES DA MUNICIPALIDADE. OCUPAÇÃO INICIADA APÓS A EXPROPRIAÇÃO DA ÁREA PELO MUNICÍPIO. ESBULHO CONFIGURADO. BEM IMÓVEL NÃO AFETADO À ATIVIDADE PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA. MERA DETENÇÃO DOS OCUPANTES. REQUISITOS DOS ARTIGOS 273 E 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PREENCHIDOS.*

*“A ocupação irregular de área pública não há de ser reconhecida como posse, senão que como mera detenção, não ensejando ao particular detentor a possibilidade de opô-la à Administração” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.025550-3, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 08-5-2012).*

*[...] (AI n. 2013.032423-0, de Itapema, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-9-2015)*

**Nada impede, contudo, que a municipalidade permita uma desocupação posterior, ponderados os aspectos sociais e econômicos que envolvem a questão, mas é decisão que deve ser franqueada ao administrador.**

Por fim, observa-se que a liminar proferida na ADPF n. 828, publicada no dia de ontem (7-6-2021), literalmente não se aplica aos casos relativos à desapropriação por interesse público, mas apenas a despejos oriundos da Lei de Locações e a ocupações coletivas irregulares, mas pode servir de reforço na inspiração da solução proposta neste voto.

Veja-se:

*DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. TUTELA DO DIREITO À MORADIA E À SAÚDE DE PESSOAS VULNERÁVEIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.*

#### **I. A hipótese**

*1. Ação que tem por objeto a tutela dos direitos à moradia e à saúde de pessoas em situação de vulnerabilidade. Pedido cautelar de suspensão imediata de todos os processos, procedimentos, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse enquanto perdurarem os efeitos da crise sanitária da COVID-19.*

#### **II. Fundamentos de fato**

*2. O requerente destaca dados da Campanha Despejo Zero, segundo a qual mais de 9.000 (nove mil) famílias foram despejadas durante a pandemia e em torno de 64.000 (sessenta e quatro mil) se encontram ameaçadas de remoção. Notícia de casos de desocupações coletivas realizadas sem suporte assistencial às populações, que já se encontravam em situação de vulnerabilidade.*

#### **III. Fundamentos jurídicos**

*3. No contexto da pandemia da COVID-19, o direito social à moradia (art. 6º, CF) está diretamente relacionado à proteção da saúde (art. 196, CF), tendo em vista que a habitação é essencial para o isolamento social,*



*principal mecanismo de contenção do vírus. A recomendação das autoridades sanitárias internacionais é de que as pessoas fiquem em casa.*

*4. Diante dessa situação excepcional, os direitos de propriedade, possessórios e fundiários precisam ser ponderados com a proteção da vida e da saúde das populações vulneráveis, dos agentes públicos envolvidos nas remoções e também com os riscos de incremento da contaminação para a população em geral.*

*5. É preciso distinguir três situações: (i) ocupações antigas, anteriores à pandemia; (ii) ocupações recentes, posteriores à pandemia; e (iii) despejo liminar de famílias vulneráveis. Também merecem solução específica: a) ocupações conduzidas por facções criminosas; e b) invasões de terras indígenas.*

#### **IV. Decisão quanto a ocupações anteriores à pandemia**

*6. Justifica-se a suspensão, por 6 (seis) meses, da remoção de ocupações coletivas instaladas antes do início da pandemia. Trata-se da proteção de comunidades estabelecidas há tempo razoável, em que diversas famílias fixaram suas casas, devendo-se aguardar a normalização da crise sanitária para se cogitar do deslocamento dessas pessoas.*

#### **V. Decisão quanto a ocupações posteriores à pandemia**

*7. Os agentes estatais poderão agir para evitar a consolidação de novas ocupações irregulares, desde que com a devida realocação em abrigos públicos ou em locais com condições dignas. Tudo deve ser feito com o cuidado necessário para o apoio às pessoas vulneráveis, inclusive provendo condições de manutenção do isolamento social.*

#### **VI. Decisão quanto ao despejo liminar por falta de pagamento**

*8. No que diz respeito às situações de despejo por falta de pagamento de aluguel, a proibição genérica pode gerar efeitos sistêmicos difíceis de calcular em sede de controle concentrado de constitucionalidade, particularmente em medida cautelar de urgência. Isso porque a renda proveniente de locações, em muitos casos, também é vital para o sustento de locadores. Por essa razão, nesse tópico, a intervenção judicial deve ser minimalista.*

*9. Assim sendo, na linha do que já fora previsto na Lei nº 14.010/2020, que disciplinou o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus, suspendo, pelo prazo de 6 (seis) meses, tão-somente a possibilidade de despejo liminar de pessoas vulneráveis, sem a audiência da parte contrária. Não fica afastada, portanto, a possibilidade de despejo por falta de pagamento, com observância do art. 62 e segs. da Lei nº 8.245/1991, que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos.*

#### **VII. Conclusão**

*1. Ante o quadro, defiro parcialmente a medida cautelar para:*

*i) com relação a ocupações anteriores à pandemia: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, medidas administrativas ou judiciais que resultem em despejos, desocupações, remoções forçadas ou reintegrações de posse de natureza coletiva em imóveis que sirvam de moradia ou que representem área produtiva pelo trabalho individual ou familiar de populações vulneráveis, nos casos de ocupações anteriores a 20 de março de 2020, quando do início da vigência do estado de calamidade pública (Decreto Legislativo nº 6/2020);*

*ii) com relação a ocupações posteriores à pandemia: com relação às ocupações ocorridas após o marco temporal de 20 de março de 2020, referido acima, que sirvam de moradia para populações vulneráveis, o Poder Público poderá atuar a fim de evitar a sua consolidação, desde que as pessoas sejam levadas para abrigos públicos ou que de outra forma se assegure a elas moradia adequada; e*

*iii) com relação ao despejo liminar: suspender pelo prazo de 6 (seis) meses, a contar da presente decisão, a possibilidade de concessão de despejo liminar sumário, sem a audiência da parte contrária (art. 59, § 1º, da*

*Lei nº 8.425/1991), nos casos de locações residenciais em que o locatário seja pessoa vulnerável, mantida a possibilidade da ação de despejo por falta de pagamento, com observância do rito normal e contraditório.*

*2. Ficam ressalvadas da abrangência da presente cautelar as seguintes hipóteses:*

*i) ocupações situadas em áreas de risco, suscetíveis à ocorrência de deslizamentos, inundações ou processos correlatos, mesmo que sejam anteriores ao estado de calamidade pública, nas quais a remoção poderá acontecer, respeitados os termos do art. 3º-B da Lei federal nº 12.340/2010;*

*ii) situações em que a desocupação se mostre absolutamente necessária para o combate ao crime organizado – a exemplo de complexos habitacionais invadidos e dominados por facções criminosas – nas quais deve ser assegurada a realocação de pessoas vulneráveis que não estejam envolvidas na prática dos delitos;*

*iii) a possibilidade de desintrusão de invasores em terras indígenas; e*

*iv) posições jurídicas que tenham por fundamento leis locais mais favoráveis à tutela do direito à moradia, desde que compatíveis com a Constituição, e decisões judiciais anteriores que confirmam maior grau de proteção a grupos vulneráveis específicos, casos em que a medida mais protetiva prevalece sobre a presente decisão. (grifos no original) (ADPF n. 828/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 3-6-2021)*

## 2. Embargos de declaração

Dispõe o art. 1.022 do CPC/2015:

*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.*

Os embargantes alegam que, prorrogado o prazo para desocupação, não houve manifestação quanto ao fornecimento de energia elétrica e água.

A tese merece acolhimento.

Com o julgamento do agravo de instrumento, foi concedida nova prorrogação para o cumprimento da medida.

Assim, os declaratórios devem ser acolhidos para suprir a omissão e determinar a manutenção do fornecimento de água e energia elétrica até 31-12-2021, ou até eventual prazo posterior fixado pela municipalidade.

## 3. Conclusão

Voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso, apenas para prorrogar até 31-12-2021 o prazo para desocupação, e acolher os declaratórios.

**Desembargador PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA**

**Relator**

## **APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA Nº 1002619-17.2013.8.24.0023/SC**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 1002619-17.2013.8.24.0023/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ FERNANDO BOLLER

APELANTE: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - IPREV (RÉU)

APELADO: ANGELA MARIA MARTINS (AUTOR)

ADVOGADO: FABIANO MATOS DA SILVA (OAB SC013585)

APELADO: OS MESMOS

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

INTERESSADO: ESTADO DE SANTA CATARINA (RÉU)

APELAÇÃO E REMESSA OBRIGATÓRIA.

AÇÃO ORDINÁRIA. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA.

OBJETIVADA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE, A SER FIXADO DESDE O ÓBITO EM 1999, DA SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL EX- COMPANHEIRA DA AUTORA.

APLICABILIDADE DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 129/94.

VEREDICTO DE PROCEDÊNCIA, CONDENANDO O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA AO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO, BEM COMO DOS VALORES EM ATRASO DESDE O FALECIMENTO DA SEGURADA.

INSURGÊNCIA DO IPREV.

APONTADA CARÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONVIVÊNCIA PÚBLICA E DURADOURA COM O OBJETIVO DE CONSTITUIÇÃO DE FAMÍLIA, E DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA AUTORA.

ELOCUÇÃO INCOERENTE.

NORMA DE REGÊNCIA QUE NÃO PREVÊ A NECESSIDADE DE SUJEIÇÃO FINANCEIRA PARA COMPANHEIROS.

ADEMAIS, PROVA QUE DEMONSTRA A EXISTÊNCIA, POR CERCA DE 5 ANOS, DA RELAÇÃO PREVISTA NO ART. 1.723 DO CC.

*“Tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei.” Ministro Ayres Britto, hoje aposentado do Supremo Tribunal Federal, em voto histórico no julgamento que equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, e que no dia 05/05/2021 completou 10 (dez) anos.*

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, confirmando a sentença em sede de Reexame Necessário, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 29 de junho de 2021.

**Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER**

**Relator**

## RELATÓRIO

Cuida-se de *Reexame Necessário* e apelação interposta por IPREV-Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, em objeção à sentença prolatada pela magistrada Rayana Falcão Pereira Furtado - Juíza Substituta lotada e em exercício na 2ª Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital -, que na *Ação Ordinária n. 1002619-17.2013.8.24.0023*, inicialmente ajuizada por Ângela Maria Martins contra o Estado de Santa Catarina, decidiu a lide nos seguintes termos:

ÂNGELA MARIA MARTINS ajuizou ação ordinária, inicialmente, em face do ESTADO DE SANTA CATARINA, objetivando a concessão do benefício previdenciário de pensão por morte, a ser fixado desde a data do óbito da servidora pública estadual Maria José da Silveira, sua ex- companheira.

[...]

*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE, nos termos do artigo 487, I do CPC, os pedidos deduzidos por ÂNGELA MARIA MARTINS em face do INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA (IPREV/SC), para condená-lo na instituição da pensão por morte em favor da autora, e no pagamento dos valores atrasados desde a data do óbito da segurada (07.12.1999), nos termos do artigo 74, inciso I da Lei Complementar Estadual n. 412/08.*

*Em relação aos atrasados, os juros de mora serão computados nos termos da Lei Federal n. 9.494/97, art. 1º-F, contados a partir da citação, e a atualização monetária pelo índice do IPCA-E, a contar das datas em que as prestações seriam devidas ( RE n. 870.947, Tema 810, STF e REsp 1.492.221, Tema 905, STJ).*

*Com esteio nos princípios da sucumbência e causalidade, CONDENO o demandado no pagamento de honorários advocatícios ao procurador da autora que fixo em 08% sobre o valor da condenação, conforme o desenho normativo estabelecido pelo artigo 85, §1º, 3º, inciso II do CPC. A base de cálculo deve abranger tão somente as parcelas devidas até a data de prolação da sentença, excluídas as parcelas vincendas (STJ, Súmula 111).*

*CONDENO a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios à Procuradoria do Estado de Santa Catarina, os quais fixo em 5% do valor da causa, com fundamento no art. 338, parágrafo único do CPC.*

*Sem condenação em custas, porquanto o demandado ostenta natureza de autarquia estadual e está isento, na forma do artigo 7º, caput, inciso I e parágrafo único da Lei Estadual n. 17.654/18.*

*Independente de recurso voluntário das partes, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para reexame necessário (art. 496, I, CPC), observadas as cautelas de estilo.*

Malcontente, o Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina argumenta que:

*(1) “conforme entendimento cristalizado no STJ, ‘A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado’ (Súmula 340 do STJ)”; (2) “tendo ocorrido o falecimento da instituidora da pensão em 07/12/1999, aplica-se a Lei Complementar Estadual n. 129/1994”; (3) “analisando os documentos contidos nos autos, verifica-se que a Apelada não logrou êxito no seu intento, pois as provas trazidas aos autos não são capazes de demonstrar a existência dos pressupostos ao pagamento da pensão, quais sejam, a convivência pública e duradoura com o objetivo de constituição de família, nem havia dependência econômica entre a Apelada e a instituidora da pensão”; (4) a “melhor interpretação do direito aplicável à espécie preconiza que a presunção de dependência econômica é relativa, cabendo à parte o ônus da prova da referida condição”, e (5) “a Requerente nos autos originários simplesmente não logrou comprovar a dependência econômica da instituidora, requisito indispensável à configuração dos requisitos necessários ao recebimento da pensão”.*

Nestes termos, clama pelo conhecimento e provimento do apelo.

Na sequência sobrevieram as contrarrazões, onde Ângela Maria Martins refuta uma a uma as teses manejadas, bradando pelo desprovimento da insurgência.

Em manifestação do Procurador de Justiça Américo Bigaton, o Ministério Público apontou ser desnecessária sua intervenção, deixando de lavrar Parecer.

Em apertada síntese, é o relatório.

## VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

O Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina visa obstar a concessão de pensão por morte em favor de Ângela Maria Martins, bem como o pagamento dos valores atrasados desde a data do óbito de Maria José da Silveira.

Pois bem.

*“Tudo que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido. A ausência de lei não é ausência de direito, até porque o direito é maior do que a lei.”* A constatação é do ministro Ayres Britto, hoje aposentado do Supremo Tribunal Federal, em voto histórico no julgamento que equiparou as relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres, e que no dia 05/05/2021 completou 10 (dez) anos.

Pois então, seguindo adiante.

Está precisa a tese do IPREV, de que se o óbito da segurada ocorreu em 07/12/1999, ao caso em apreço deve ser aplicada a Lei Complementar Estadual n. 129/94, tendo em vista a Súmula 340 do STJ estabelecer que, em demandas como a presente, aplica-se “a legislação vigente na data do óbito” (TJSC, **Apelação Cível/Remessa Necessária n. 0300602-31.2016.8.24.0189**, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 02/02/2021).

Todavia, isso em nada transverte a inferência da togada singular. E da aludida LCE n. 129/94, colho:

*Art. 5º - São beneficiários da pensão previdenciária:*

*I - vitalícia:*

*o cônjuge;*

*b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia;*

*c) o companheiro ou companheira designado que comprove união estável como entidade familiar;*

*d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do agente público;*

*e) a pessoa designada, maior de 60 (sessenta) anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do agente público;*

Não obstante, a referenciada lei complementar estadual não prevê, como requisito para concessão da pensão por morte para companheiro(a), a dependência econômica. Apenas que este(a) comprove a “união estável como entidade familiar”.

Tal encargo é exigido apenas para os casos das alíneas “d” e “e”, razão pela qual é supérfluo perscrutar se Ângela Maria Martins dependia economicamente de Maria José da Silveira, vez que seu rogo é fundamentado com base na alínea “c”, do art. 5º da LCE n. 129/94.

E acerca da existência de união estável, ante a pertinência e adequação, por sua própria racionalidade e jurídicos fundamentos, trago a lume a cognição lançada pela magistrada sentenciante, à qual adiro e reproduzo, consignando-a em meu voto, nos seus precisos termos, como ratio decidendi:

*No caso concreto, para fazer prova de que manteve união estável com a segurada, juntou a autora farto acervo de provas documentais, a saber: a) apólice de dois seguros de vida deixados pela segurada à autora, como sua beneficiária, que afirma lhe ter permitido manter seu padrão de vida por alguns meses (p.43-47); b) comprovante de transferência da propriedade do automóvel da segurada para a autora, que alega ter ocorrido após a primeira saber que estava doente (p.48-49); c) contas de condomínio e água, bloco de receituário médico e envelopes de correspondências, que corroboram a prova da convivência sob o mesmo teto (p.52 e segs.); d) cópias de duas cartas/ declarações deixadas pela falecida, escritas no ano do seu falecimento, que indicam a natureza do relacionamento havido (p. 64-65); e) Documentos da Maternidade Carmela Dutra e do Hospital de Caridade (Florianópolis), nos quais a autora consta como acompanhante/responsável pela paciente Maria*



*José, quando dos seus internamentos para tratamento do câncer (p.67-68); f) depoimentos de testemunhas colhidos na Ação Ordinária nº 2001.72.00. 006119-0, movido perante a Sexta Vara Federal da Subseção de Florianópolis, nos autos em que a autora postulou e obteve a pensão estatutária federal (p. 112 e segs).*

[...]

*A testemunha Alair dos Santos Leal, ao procurador da autora, respondeu que ela e Ângela trabalharam na mesma escola, em Laguna. Afirmou que conheceu a segurada Maria José, na década de 80, a qual também trabalhava em Laguna. Perguntada se teve conhecimento que Ângela e Maria José mantinham um relacionamento amoroso, e que moravam juntas como um casal, respondeu que sim; que era fato conhecido por todos na cidade. Que Maria José não se casou nem veio a ter filhos. Que Ângela teve uma filha que residiu com a mãe e Maria José em Laguna. Não sabe precisar o tempo do relacionamento entre Ângela e Maria José, mas que acredita ter sido de cerca de 5 anos. Que tomou conhecimento do falecimento de Maria José, e que, quando este se deu, Ângela ainda morava com ela. Que o relacionamento de ambas era de conhecimento de todos, pois se trata de uma cidade pequena. Que Maria José era médica bastante conhecida na cidade. Que tinha um bom padrão de vida. Que após o seu falecimento, Ângela continuou residindo no mesmo local em que moravam. Ao procurador do IPREV, respondeu que acredita que Maria José ajudava nas despesas da casa, já que tinham uma convivência em comum. Que até onde sabe, o patrimônio deixado por Maria José foi deixado para Ângela e a filha desta. Ao pedido de esclarecimento do Juízo, sobre se Ângela e Maria José se apresentavam e eram conhecidas na comunidade como companheiras, respondeu que sim.*

*A testemunha Eulália Maria Ritter, ao procurador da autora, respondeu que conhece Ângela de Laguna; que também de Laguna conheceu Maria José. Que começou a trabalhar no INSS em 1982, e Maria José era médica do antigo INAMPS. Que conhecia Ângela e Maria José quando estas moraram juntas. Que Maria José nunca foi casada nem teve filhos. Que a filha de Ângela morou com as duas, em residência localizada no mesmo bairro em que a testemunha residia. Que era de conhecimento público a relação de ambas, pois era um fato incomum na época, mas não era escondido. Que viviam como um casal. Que moraram juntas por mais de cinco anos. Que Ângela cuidou de Maria José até o seu falecimento. Que esta era médica conhecida e tinha bom padrão de vida. Ao procurador do IPREV, respondeu que acredita que Maria José ajudava nas despesas da casa. Perguntada se sabe se Ângela tem novo relacionamento atualmente, disse que sim. Que moram na mesma casa. (grifei)*

E nossa Corte entende como “*companheiro, a pessoa que mantém união estável com o segurado, nos termos da Lei Civil, para tal considerada, também, a que mantém relação homoafetiva*” (TJSC, **Apelação Cível n. 0301561-19.2019.8.24.0020**, rel. Des. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 04/03/2021).

Ademais, o art. 1.723 do Código Civil define que é “*reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”.

No caso em testilha, era público e notório que Ângela Maria Martins e Maria José da Silveira conviveram como um casal durante cerca de 5 (cinco) anos, com estabelecimento de laços familiares.

Ou seja, havia união estável entre a servidora falecida e a ora recorrida.

À vista disso, tenho como preenchido o requisito para a concessão da pensão por morte.

*Ex positis et ipso facti*, mantenho o veredicto.

Em arremate, é impositivo o arbitramento dos honorários devidos no 2º Grau (§ 11º do art. 85 da Lei n. 13.105/15), em percentual, 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. 0310582-37.2018.8.24.0090**, da Capital, de minha relatoria, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 17/11/2020).

Via de consequência, condeno o IPREV ao pagamento dos honorários recursais (art. 85, §§ 1º, 2º e 11, do CPC), no percentual de 1% (hum por centodo valor da condenação).

Dessarte, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, confirmando a sentença em sede de Reexame Necessário.

**Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER**

**Relator**

## SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

### **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5019869-20.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS ADILSON SILVA

AGRAVANTE: MANOEL GARCIA CORREA

AGRAVANTE: VILMAR CORREA

AGRAVADO: REGINALDO LUZ DA SILVA TRANSPORTES - ME

AGRAVO POR INSTRUMENTO. CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO MINERAL. EXTRAÇÃO DE ARGILA E AREIA. DECISÃO SANEADORA QUE INDEFERIU O REQUERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO ÓRGÃO AMBIENTAL LICENCIADOR DO EMPREENDIMENTO E DETERMINOU A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL.

INSURGÊNCIA DA PARTE RÉ. SUSCITADA NULIDADE DA DECISÃO, ANTE A AUSÊNCIA DE PRÉVIA INTIMAÇÃO ACERCA DOS NOVOS DOCUMENTOS JUNTADOS NA RÉPLICA. REGRA DISPOSTA NOS ARTS. 436 E 437 DO CPC/2015. INOBSERVÂNCIA VERIFICADA. DIREITO À MANIFESTAÇÃO QUE MERECE SER ASSEGURADO. NULIDADE, CONTUDO, NÃO VERIFICADA, ANTE A AUSÊNCIA DE PREJUÍZO NO CASO CONCRETO.

MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE A MINERADORA AINDA NÃO OBTVEU AS LICENÇAS AMBIENTAIS PARA INICIAR A LAVRA. INSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO MINERAL QUE NÃO SE CONFUNDE COM A ATIVIDADE A SER DESENVOLVIDA, NÃO DEPENDENDO, POR ISSO, DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. QUESTÕES AUTÔNOMAS A SEREM RESOVIDAS EM ESFERAS DISTINTAS. DISCUSSÃO INÓCUA E IMPERTINENTE À SOLUÇÃO DA LIDE. DESNECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO DO FEITO PELO ÓRGÃO AMBIENTAL. IMEDIATA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA QUE NÃO ACARRETA QUALQUER PREJUÍZO À PARTE RÉ, ORA AGRAVANTE.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do agravo por instrumento e dar-lhe parcial provimento apenas para admitir a manifestação da parte ré, aqui agravante, acerca da réplica e documentos a ela acostados, nos termos dos arts. 436 e 437 do CPC/2015, sem prejuízo da imediata produção de prova pericial, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2021.

**Desembargador CARLOS ADILSON SILVA**

**Relator**

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo por instrumento interposto por Manoel Garcia Correa e Vilmar Correa contra decisão de saneamento proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Urussanga, Dr. Roque Lopedote, que, em ação de constituição de servidão mineral ajuizada por Reginaldo Luz DA Silva Transportes - ME (autos n. 5000753-22.2019.8.24.0078), indeferiu o requerimento de expedição de ofício ao Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina - IMA e, declarando saneado o feito, determinou a realização de prova pericial a fim de avaliar os prejuízos decorrentes da utilização dos imóveis para a extração de argila e areia.

A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos (evento 64 do processo originário):

***“Da expedição de ofício ao Instituto do Meio Ambiente de SC - IMA***

*Quanto ao pedido de expedição de ofício ao Instituto do Meio Ambiente de Santa Catarina, entendo por ora desnecessário, tendo em vista, que a parte autora juntou aos autos (Outros 4 e 5 - Evento 60), a Licença Ambiental de Operação e o Plano de Recuperação da Área Degradada.*

*Assim, conforme prevê a Instrução Normativa nº 07 do IMA - SC, e considerando as fases necessárias para a obtenção das Licenças respectivas, conforme o objeto do projeto, têm-se que a Licença de Instalação é prévia a Licença de Operação, pois esta será concedida após as verificações do cumprimento dos requisitos condicionantes, previstos na Licença de Instalação pelo órgão responsável.*

*Por sua vez, para a obtenção da licença de instalação nos termos da citada Instrução Normativa do IMA (07), se faz necessária entre várias exigências a apresentação do Plano de Recuperação Ambiental.*

*Desta forma, tendo a parte autora apresentado a Licença de Operação nº. 3993/2018, com vigência até 17/05/2022, entendo por ora, desnecessário a intimação do referido órgão ambiental, podendo entretanto, ser posteriormente chamado ao feito se vierem novos elementos que caracterizem a necessidade de tal medida.”*

Em suas razões recursais, a parte agravante arguiu, preliminarmente, a nulidade da decisão, por cerceamento de defesa, porquanto proferida sem que tivesse sido intimada acerca da réplica e documentos juntados pela parte contrária. No mérito, defendeu, em síntese, que “É imprescindível a apresentação do Plano de Recuperação de Áreas degradadas, correspondente à licença ambiental para que se conheça o direito da parte Autora”.

Requeru a concessão do efeito suspensivo.

O Des. Henry Petry Junior concedeu o efeito suspensivo almejado (evento 5). Com as contrarrazões (evento 11), retornaram os autos conclusos.

A Procuradora de Justiça Sonia Maria Demeda Groisman Piardi lavrou parecer, opinando “*pelo conhecimento e provimento do recurso, para desconstituir a decisão combatida, determinando-se o regular prosseguimento do feito, com a concessão de prazo para que os agravantes/requeridos se manifestarem sobre a prova documental produzida pela parte contrária*”.

É o relatório.

## VOTO

Conheço do recurso, porquanto satisfeitos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Adianta-se que o recurso merece parcial provimento.

### **1. Da nulidade da decisão por ausência de prévia intimação acerca da juntada de novos documentos pela parte contrária:**

Suscitou a parte agravante a nulidade da decisão, por cerceamento de defesa, porquanto proferida sem que tivesse sido intimada acerca da réplica e documentos juntados pela parte contrária.

Sobre a necessidade de intimação a respeito de documentos juntados pela parte contrária, dispõem os arts. 436 e 437 do CPC/2015:

*“Art. 436. A parte, intimada a falar sobre documento constante dos autos, poderá: I - impugnar a admissibilidade da prova documental;*

*II - impugnar sua autenticidade;*

*III - suscitar sua falsidade, com ou sem deflagração do incidente de arguição de falsidade;*

*IV - manifestar-se sobre seu conteúdo.*

*Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, a impugnação deverá basear-se em argumentação específica, não se admitindo alegação genérica de falsidade.*

*Art. 437. O réu manifestar-se-á na contestação sobre os documentos anexados à inicial, e o autor manifestar-se-á na réplica sobre os documentos anexados à contestação.*

***§ 1º Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436.***

***§ 2º Poderá o juiz, a requerimento da parte, dilatar o prazo para manifestação sobre a prova documental produzida, levando em consideração a quantidade e a complexidade da documentação.”***

No caso em apreço, proferiu-se a decisão recorrida, de cunho saneadora, sem que a parte ré, aqui agravante, tivesse sido intimada acerca da réplica e dos documentos a ela acostados pela parte autora, ora recorrida.

Assim, cumpre assegurar o direito de manifestação da parte autora a respeito dos novos documentos anexados.

Nada obstante, isso não implica a nulidade da decisão, porque as alegações da parte agravante mostram-se incapazes, mesmo em tese, de infirmar a decisão recorrida quanto ao indeferimento da expedição de ofício ao IMA/SC e a respeito da imediata produção de prova pericial, conforme se demonstrará no próximo tópico.

Assim, o recurso merece parcial provimento neste ponto apenas para admitir a manifestação da parte ré, aqui agravante, acerca da réplica e documentos a ela acostados, nos termos dos arts. 436 e 437 do CPC/2015.

## **2. Da expedição de ofício ao IMA/SC e da produção de prova pericial:**

No mérito, a parte agravante defendeu, em síntese, que “É imprescindível a apresentação do Plano de Recuperação de Áreas degradadas, correspondente à licença ambiental para que se conheça o direito da parte Autora”.

A premissa jurídica sustentada pela parte autora encontra-se equivocada.

A constituição de servidão administrativa, tal como a servidão mineral pretendida pela parte autora, aqui agravada, pressupõe a autorização do Poder Público competente e o pagamento de justa e prévia indenização dos proprietários ou possuidores. O licenciamento ambiental da atividade que será promovida, contudo, não corresponde a um dos requisitos para a instituição da servidão em si, embora seja necessário para a execução do empreendimento.

Especificamente sobre a constituição de servidão em imóvel particular para fins de implantação de lavra mineral, preceitua o Código de Mineração (Decreto-lei nº 227/1967):

*“Art. 6º. Classificam-se as minas, segundo a forma representativa do direito de lavra, em duas categorias: (Redação dada pela Lei nº 9.314, de 1996)*

*I - mina manifestada, a em lavra, ainda que transitoriamente suspensa a 16 de julho de 1934 e que tenha sido manifestada na conformidade do art. 10 do Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934, e da Lei nº 94, de 10 de dezembro de 1935; (Incluído pela Lei nº 9.314, de 1996)*

*II - mina concedida, quando o direito de lavra é outorgado pelo Ministro de Estado de Minas e Energia. (Incluído pela Lei nº 9.314, de 1996)*

**Parágrafo único. Consideram-se partes integrantes da mina:**

[...]

**b) servidões indispensáveis ao exercício da lavra;**

[...]

**Art. 27. O titular de autorização de pesquisa poderá realizar os trabalhos respectivos, e também as obras e serviços auxiliares necessários, em terrenos de domínio público ou particular, abrangidos pelas áreas a pesquisar, desde que pague aos respectivos proprietários ou posseiros uma renda pela ocupação dos terrenos e uma indenização pelos danos e prejuízos que possam ser causados pelos trabalhos de pesquisa, observadas as seguintes regras:**



I - A renda não poderá exceder ao montante do rendimento líquido máximo da propriedade na extensão da área a ser realmente ocupada;

II - A indenização por danos causados não poderá exceder o valor venal da propriedade na extensão da área efetivamente ocupada pelos trabalhos de pesquisa, salvo no caso previsto no inciso seguinte;

III - Quando os danos forem de molde a inutilizar para fins agrícolas e pastoris toda a propriedade em que estiver encravada a área necessária aos trabalhos de pesquisa, a indenização correspondente a tais danos poderá atingir o valor venal máximo de toda a propriedade;

IV - Os valores venais a que se referem os incisos II e III serão obtidos por comparação com valores venais de propriedade da mesma espécie, na mesma região;

V - No caso de terrenos públicos, é dispensado o pagamento da renda, ficando o titular da pesquisa sujeito apenas ao pagamento relativo a danos e prejuízos;

VI - Se o titular do Alvará de Pesquisa, até a data da transcrição do título de autorização, não juntar ao respectivo processo prova de acordo com os proprietários ou posseiros do solo acerca da renda e indenização de que trata este artigo, o Diretor-Geral do D. N. P. M., dentro de 3 (três) dias dessa data, enviará ao Juiz de Direito da Comarca onde estiver situada a jazida, cópia do referido título;

VII - Dentro de 15 (quinze) dias, a partir da data do recebimento dessa comunicação, o Juiz mandará proceder à avaliação da renda e dos danos e prejuízos a que se refere este artigo, na forma prescrita no Código de Processo Civil;

VIII - O Promotor de Justiça da Comarca será citado para os termos da ação, como representante da União;

IX - A avaliação será julgada pelo Juiz no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data do despacho a que se refere o inciso VII, não tendo efeito suspensivo os recursos que forem apresentados;

X - As despesas judiciais com o processo de avaliação serão pagas pelo titular da autorização de pesquisa;

XI - Julgada a avaliação, o Juiz, dentro de 8 (oito) dias, intimará o titular a depositar quantia correspondente ao valor da renda de 2 (dois) anos e a caução para pagamento da indenização;

XII - Feitos esses depósitos, o Juiz, dentro de 8 (oito) dias, intimará os proprietários ou posseiros do solo a permitirem os trabalhos de pesquisa, e comunicará seu despacho ao Diretor-Geral do D. N. P. M. e, mediante requerimento do titular da pesquisa, às autoridades policiais locais, para garantirem a execução dos trabalhos;

XIII - Se o prazo da pesquisa for prorrogado, o Diretor-Geral do D. N. P. M. o comunicará ao Juiz, no prazo e condições indicadas no inciso VI deste artigo;

XIV - Dentro de 8 (oito) dias do recebimento da comunicação a que se refere o inciso anterior, o Juiz intimará o titular da pesquisa a depositar nova quantia correspondente ao valor da renda relativa ao prazo de prorrogação

XV - Feito esse depósito, o Juiz intimará os proprietários ou posseiros do solo, dentro de 8 (oito) dias, a permitirem a continuação dos trabalhos de pesquisa no prazo da prorrogação, e comunicará seu despacho ao Diretor-Geral do D. N. P. M. e às autoridades locais;

XVI - Concluídos os trabalhos de pesquisa, o titular da respectiva autorização e o Diretor-Geral do D. N. P. M. Comunicarão o fato ao Juiz, a fim de ser encerrada a ação judicial referente ao pagamento das indenizações e da renda.

[...]

Art. 38. O requerimento de autorização de lavra será dirigido ao Ministro das Minas e Energia, pelo titular da autorização de pesquisa, ou seu sucessor, e deverá ser instruído com os seguintes elementos de informação

e prova: [...]

**III - denominação e descrição da localização do campo pretendido para a lavra, relacionando-o, com precisão e clareza, aos vales dos rios ou córregos, constantes de mapas ou plantas de notória autenticidade e precisão, e estradas de ferro e rodovias, ou, ainda, a marcos naturais ou acidentes topográficos de inconfundível determinação; suas confrontações com autorização de pesquisa e concessões de lavra vizinhas, se as houver, e indicação do Distrito, Município, Comarca e Estado, e, ainda, nome e residência dos proprietários do solo ou posseiros;**

**IV - definição gráfica da área pretendida, delimitada por figura geométrica formada, obrigatoriamente, por segmentos de retas com orientação Norte-Sul e Leste-Oeste verdadeiros, com 2 (dois) de seus vértices, ou excepcionalmente 1 (um), amarrados a ponto fixo e inconfundível do terreno, sendo os vetores de amarração definidos por seus comprimentos e rumos verdadeiros, e configuradas, ainda, as propriedades territoriais por ela interessadas, com os nomes dos respectivos superficiários, além de planta de situação;**

**V - servidões de que deverá gozar a mina;**

[...]

**Art. 59. Ficam sujeitas a servidões de solo e subsolo, para os fins de pesquisa ou lavra, não só a propriedade onde se localiza a jazida, como as limítrofes. (Renumerado do Art. 60 para Art. 59 pelo Decreto-lei nº 318, de 1967)**

**Parágrafo único. Instituem-se Servidões para:**

- a) construção de oficinas, instalações, obras acessórias e moradias;
- b) abertura de vias de transporte e linhas de comunicações;
- c) captação e adução de água necessária aos serviços de mineração e ao pessoal;
- d) transmissão de energia elétrica;
- e) escoamento das águas da mina e do engenho de beneficiamento;
- f) abertura de passagem de pessoal e material, de conduto de ventilação e de energia elétrica;
- g) utilização das aguadas sem prejuízo das atividades pré-existentes; e,
- h) bota-fora do material desmontado e dos refugos do engenho.

**Art. 60 Instituem-se as Servidões mediante indenização prévia do valor do terreno ocupado e dos prejuízos resultantes dessa ocupação. (Renumerado do Art. 61 para Art. 60 pelo Decreto-lei nº 318, de 1967)**

§ 1º Não havendo acordo entre as partes, o pagamento será feito mediante depósito judicial da importância fixada para indenização, através de vistoria ou perícia com arbitramento, inclusive da renda pela ocupação, seguindo-se o competente mandado de imissão de posse na área, se necessário.

§ 2º O cálculo da indenização e dos danos a serem pagos pelo titular da autorização de pesquisas ou concessão de lavra, ao proprietário do solo ou ao dono das benfeitorias, obedecerá às prescrições contidas no Artigo 27 deste Código, e seguirá o rito estabelecido em Decreto do Governo Federal.

**Art. 61. Se, por qualquer motivo independente da vontade do indenizado, a indenização tardar em lhe ser entregue, sofrerá, a mesma, a necessária correção monetária, cabendo ao titular da autorização de pesquisa ou concessão de lavra, a obrigação de completar a quantia arbitrada. (Renumerado do Art. 62 para Art. 61 pelo Decreto-lei nº 318, de 1967)**

**Art. 62. Não poderão ser iniciados os trabalhos de pesquisa ou lavra, antes de paga a importância à**

*indenização e de fixada a renda pela ocupação do terreno. (Renumerado do Art. 63 para Art. 62 pelo Decreto-lei nº 318, de 1967)”*

Da leitura das normas em destaque, tem-se que a instituição de servidão minerária pressupõe, em suma, a concessão de lavra emitida pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM (a ser sucedido pela Agência Nacional de Mineração - ANM, a teor da Medida Provisória nº 791/2017) e a justa e prévia indenização dos proprietários dos imóveis servientes.

Ao contrário do que afirma a parte agravante, não é necessária a prévia conclusão do licenciamento ambiental para a constituição da servidão mineral. A licença ambiental pode ser obtida antes ou depois da instituição da servidão, pois são questões autônomas a serem resolvidas em esferas distintas.

Com efeito, a constituição da servidão mineral, uma vez autorizada pelo Poder Público federal, deve ser feita perante os proprietários dos imóveis servientes, seja por composição amigável, seja por meio de ação judicial. É que a servidão resulta na restrição do caráter exclusivo do direito de propriedade, podendo, em alguns casos, acarretar seu completo esvaziamento. Inexiste, todavia, qualquer interesse ambiental na constituição da servidão em si, a qual restringe-se em conferir acesso à mineradora.

Por seu turno, as licenças ambientais devem ser obtidas junto ao órgão ambiental competente, sendo necessárias tanto para a implantação e quanto para a operação das atividades de lavra. Entretanto, não constituem pressupostos para a instituição da servidão mineral.

Firmadas essas premissas, conclui-se que a discussão a respeito da obtenção ou não das licenças ambientais pela parte autora, aqui agravada, soa inócua e impertinente para a resolução do caso concreto. Até porque quem corre o risco de não poder executar a lavra por falta de licenciamento ambiental é somente a empresa mineradora, e não os proprietários dos imóveis servientes, que, em tese, já terão recebido a indenização devida.

Da mesma forma, fica afastada a necessidade de acompanhamento do feito pelo IMA. Isso não impede a parte ré, ora agravante, de denunciar eventual impacto ambiental provocado pela mineradora sem autorização dos órgãos competentes, em procedimento próprio (e não neste processo de constituição de servidão). Pois, em conformidade com o art. 225, caput, da Constituição Federal, tanto o Poder Público quanto a coletividade possuem o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Cumprindo ainda salientar que, a exemplo do que ocorre nas ações de desapropriação, é vedado ao Poder Judiciário “*decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública*”, nos termos do art. 9º do Decreto-lei nº 3.365/1941. É que cabe ao Poder Executivo o exame dos critérios de conveniência e oportunidade, ressalvada a possibilidade de “*controle judicial de todos os aspectos relativos aos requisitos de validade dos atos administrativos em geral, como competência, finalidade, forma, motivo e objeto*” (TJSC, Apelação Cível n. 0010903-49.2006.8.24.0064, de São José, rel. Jaime Ramos,

Terceira Câmara de Direito Público, j. 09-04-2019). O mesmo raciocínio se aplica ao presente caso, no sentido de que os proprietários não podem impedir a constituição da servidão mineral com base no suposto atraso da mineradora em obter as licenças ambientais exigidas.

Destarte, escorreita a decisão agravada ao determinar a produção de prova pericial para avaliar os prejuízos decorrentes da constituição da servidão, além de indeferir o pleito de expedição de ofício ao IMA, considerando que a manifestação da parte ré, aqui agravante, a respeito dos novos documentos juntados pela parte contrária não seria capaz, nem mesmo em tese, de adiar a perícia.

Ante o exposto, voto por conhecer do agravo por instrumento e dar-lhe parcial provimento apenas para admitir a manifestação da parte ré, aqui agravante, acerca da réplica e documentos a ela acostados, nos termos dos arts. 436 e 437 do CPC/2015, sem prejuízo da imediata produção de prova pericial.

**Desembargador CARLOS ADILSON SILVA**

**Relator**

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5015454-91.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO

AGRAVANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

AGRAVADO: MARCIO JOSE GOETTEN

ADVOGADO: RODRIGO LUIS BROLEZE (OAB SC011143)

ADVOGADO: LUIZ CARLOS SABADIN (OAB SC038097)

ADVOGADO: JOSÉ EMILIO BOGONI (OAB SC004151)

ADVOGADO: THIAGO BUCHWEITZ ZILIO (OAB SC029884)

ADVOGADO: THIAGO BUCHWEITZ ZILIO

ADVOGADO: JOSÉ EMILIO BOGONI

ADVOGADO: LUIZ CARLOS SABADIN

ADVOGADO: RODRIGO LUIS BROLEZE

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE, NA FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA APLICOU TEMA N. 810/STF E TEMA N. 905/STJ. CABIMENTO, NO CASO. DECISÃO EXEQUENDA QUE TRANSITOU EM JULGADO DEPOIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA REFERENCIAL PELO STF. EXEGESE DO ART. 535, §§5º E 7º DO CPC. QUESTÃO PACIFICADA PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No Tema n. 733 do STF (RE n. 730.462/SP), a Suprema Corte decidiu que a eficácia executiva da decisão que declara a inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc* atinge apenas os “atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não atos pretéritos”, de modo que “os atos anteriores, mesmo quando formados com base em norma inconstitucional, somente poderão ser desfeitos ou rescindidos, se for o caso, em processo próprio” (STF, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 28.5.15).

Diante da mencionada tese vinculante, e observando o art. 535, § 7º e § 8º, do CPC/15, o Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte Estadual, em 25.11.20, pacificou o entendimento acerca da matéria, emitindo os seguintes enunciados: “1) Se a decisão exequenda transitou em julgado em momento posterior à publicação da decisão que declarou inconstitucional o art. 5º da Lei n. 11.960/09 para correção monetária (Tema n. 810 do STF), ocorrida em 20.11.17, o título executivo será inexigível no ponto, devendo ser adotada em cumprimento de sentença a legislação vigente em relação aos consectários legais (art. 525, § 12, e art. 535, § 5º, ambos do CPC/15); 2) Se a decisão exequenda transitou em julgado em momento anterior à publicação da decisão que declarou inconstitucional o art. 5º da Lei n. 11.960/09 para correção monetária (Tema n. 810 do STF), ocorrida em 20.11.17, é preciso respeitar a coisa julgada já operada (Tema n. 905 do STJ), sendo possível a sua alteração somente por recurso próprio ou ação rescisória, no prazo do § 8º do art. 535 do CPC/15”.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e desprover o agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de maio de 2021.

**Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO**  
**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS contra decisão proferida nos autos do cumprimento de sentença promovido por Márcio José Goetten que não conheceu dos aclaratórios opostos pelo agravante. Considerou, o juízo a quo, que a adequação dos índices de atualização monetária à legislação superveniente, na fase de cumprimento de sentença, não enseja afronta à coisa julgada independentemente do trânsito em julgado do decisum que fixou os consectários legais (Evento 75, dos autos de origem), motivo pelo qual manteve a decisão que facultou ao agravante a apresentação de novo cálculo com a aplicação do INPC a título de correção monetária (Evento 61, dos autos de origem).

Em suas razões, argumentou que a decisão que definiu o índice de correção monetária não foi controvertida pelas partes, tendo o agravado inovado ao apresentar índice diverso no cumprimento de sentença.

Aduziu que a sentença “*determinou a aplicação para fins de atualização monetária e juros dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. E tal decisão transitou em julgado em data anterior à do julgamento definitivo do RE 870.947*” (Evento 1, fl. 2).

Arguiu que a referida decisão julgou a lide de forma definitiva, produzindo coisa julgada, de modo que resta obstada a rediscussão do tema, nos termos dos arts. 502, 507 e 508, ambos do CPC.

Asseverou que “*mediante um mero pedido de cumprimento de sentença, a parte autora pretende um efeito rescisório que não pode ser aplicado indiscriminadamente, sob pena de se gerar a mais completa e total insegurança jurídica, com o reavivamento de todos os processos, em que não debatida a questão*” (Evento 1, fl. 3), motivo pelo qual a hipótese dos autos deve ser subsumida a tese firmada no Tema 733 do STF.

Pelas razões expostas, requereu a atribuição do efeito suspensivo à decisão objurgada. No mérito, pleiteou o provimento do recurso para que seja cassada o decisum guerreado, sendo acolhida integralmente a impugnação ao cumprimento de sentença (Evento 1).



Após, os autos vieram a mim por redistribuição, em razão de prevenção (Evento 4).

Ato contínuo, proferi decisão monocrática no sentido de admitir o processamento do agravo de instrumento e indeferir o efeito suspensivo almejado (Evento 9)

O agravado apresentou contrarrazões (Evento 16) Os autos retornaram a mim conclusos.

É o relatório necessário.

## VOTO

1. O agravo, antecipe-se, deve ser desprovido.

De plano, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, em 20.9.17, julgou o Recurso Extraordinário n. 870.947/SE (Tema n. 810) tratando dos fatores de correção monetária nas condenações contra a Fazenda Pública, oportunidade em que declarou a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.960/09 (que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97) quanto aos índices de atualização monetária nele fixados (remuneração oficial da caderneta de poupança - TR), decisão que foi publicada em 20.11.17, ex vi:

*“DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA EJUROS 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 JURÍDICOTRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO [...]” (STF, RE n. 870.947/SE, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 20.9.17, publicado em 20.11.17).*

Já em 3.10.19, a Corte Suprema, *“por maioria, rejeitou todos os embargos de declaração e não modulou os efeitos da decisão anteriormente proferida”* (conforme se extrai da certidão de julgamento dos embargos de declaração opostos nos autos do Recurso Extraordinário n. 870.947/SE - Tema n. 810), atribuindo, portanto, efeitos ex tunc à declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.960/09 referente aos índices de correção monetária.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.492.221/PR em sede de recursos repetitivos (Tema n. 905), estabeleceu que *“As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006»*.

O que se discute nos presentes autos é a possibilidade da aplicação imediata desses índices em cumprimento de sentença, quando o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF se deu em momento anterior ao trânsito em julgado da decisão judicial que gerou a obrigação. Colocando em datas, tem-se: decisão da Suprema Corte **publicada em 20.11.17**, e decisão judicial transitada em julgado em 5.3.18 (certidão fl. 237, consoante consulta ao SAJ).

Pois bem. Sobre a matéria, ressalta-se o entendimento firmado no Tema n. 733 do Supremo Tribunal Federal, resultado do julgamento do Recurso Extraordinário n. 730.462/SP em sede de repercussão geral (julgado em 28.5.15 e publicado em 9.9.15), em que se destacou o seguinte:

*“A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495)” (STF, RE n. 730.462/SP, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 28.5.15, publicado em 9.9.15).*

Conforme bem ressaltado naquele *decisum*, “a eficácia, eficácia normativa (=declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) se opera ex tunc, porque o juízo de validade ou nulidade, por sua natureza, dirige-se ao próprio nascimento da norma questionada” (STF, RE n. 730.462/SP, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 28.5.15).

Por outro lado, “quando se trata da eficácia executiva, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. É que o efeito vinculante, que lhe dá suporte, não decorre da validade ou invalidade da norma examinada, mas, sim, da sentença que a examina. Derivando, a eficácia executiva, da sentença (e não da vigência da norma examinada), seu termo inicial é a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (...)” (STF, RE n. 730.462/SP, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 28.5.15).

Dessa forma, depreende-se que a eficácia executiva da decisão que declara a inconstitucionalidade ex tunc de certa legislação “atinge **atos administrativo e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não atos pretéritos. Os atos anteriores, mesmo quando formados com base em norma inconstitucional, somente poderão ser desfeitos ou rescindidos, se for o caso, em processo próprio**” (STF, RE n. 730.462/SP, rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 28.5.15 - grifou-se).

Por tudo isso, fica claro que não há como se entender que o julgamento do Tema n. 810 ocorreu fora desses parâmetros, aplicando-se a ele o entendimento firmado no Tema n. 733 do STF, em que se evidenciou a necessidade de utilização de procedimentos próprios para rescindir decisões já transitadas em julgado, quando há posterior declaração de inconstitucionalidade da norma que embasou o *decisum*.

Nas demais hipóteses, nas quais se verifica o trânsito em julgado da decisão exequenda após

a publicação da decisão de declaração de inconstitucionalidade da TR (20.11.17), seria admitida, portanto, a relativização da coisa julgada para que sejam aplicados os índices previstos no Tema n. 810/STF e Tema n. 905/STJ.

Nesse sentido, o CPC/15 tratou a matéria em consonância com o entendimento exposto pelo STF ao definir uma das hipóteses de inexigibilidade do título judicial que impõe obrigação à Fazenda Pública (art. 535):

***“§ 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”.

Diante da mencionada tese vinculante (Tema n. 733 do STF) e observando o art. 535, § 7º e § 8º, do CPC/15, o Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte Estadual pacificou a questão na sessão de julgamento realizada em 25.11.20, redigindo os seguintes enunciados:

***“1) Se a decisão exequenda transitou em julgado em momento posterior à publicação da decisão que declarou inconstitucional o art. 5º da Lei n. 11.960/09 para correção monetária (Tema n. 810 do STF), ocorrida em 20.11.17, o título executivo será inexigível no ponto, devendo ser adotada em cumprimento de sentença a legislação vigente em relação aos consectários legais (art. 525, § 12, e art. 535, § 5º, ambos do CPC/15);***

***2) Se a decisão exequenda transitou em julgado em momento anterior à publicação da decisão que declarou inconstitucional o art. 5º da Lei n. 11.960/09 para correção monetária (Tema n. 810 do STF), ocorrida em 20.11.17, é preciso respeitar a coisa julgada já operada (Tema n. 905 do STJ), sendo possível a sua alteração somente por recurso próprio ou ação rescisória, no prazo do § 8º do art. 535 do CPC/15” (grifou-se)***

Assim, considerando que a decisão transitou em julgado em momento **posterior** à publicação da declaração de inconstitucionalidade pelo STF do art. 5º da Lei n. 11.960/09 (que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97) quanto aos índices de atualização monetária nele fixados (remuneração oficial da caderneta de poupança - TR), é possível a alteração do critério determinado no título executivo, nos exatos termos da decisão recorrida.

A propósito, no âmbito desta Corte Estadual, há julgados de todas as Câmaras de Direito Público ressaltando o mencionado entendimento, ex vi:

- Primeira Câmara de Direito Público:

*“PREVIDENCIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ALTERAÇÃO DO ÍNDICE RELATIVO À CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO, NO CASO. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA REFERENCIAL PELO STF. ENTENDIMENTO CONSAGRADO NO TEMA 810 DA REPERCUSSÃO GERAL. INCIDÊNCIA DO INPC (TEMA 905/STJ). ADEQUAÇÃO. APELO CONHECIDO E PROVIDO.*

*“A partir da publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal no RE n. 870.947/SE (Tema 810), na data de 20.11.2017, que declarou a inconstitucionalidade da Taxa Referencial para correção monetária dos valores das condenações impostas à Fazenda Pública [...] os títulos executivos judiciais formados com o trânsito em julgado da sentença em momento posterior à referida declaração de inconstitucionalidade serão tidos por inexigíveis, nos termos do art. 535, § 5º, c/c o § 7º, do Código de Processo Civil; enquanto que os títulos executivos judiciais formados pelo trânsito em julgado da sentença anteriormente a esse julgado do Pretório Excelso ficaram imantados pela garantia da coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal; e art. 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro) e, por isso, não mais podem ser alterados senão por ação rescisória (art. 535, § 8º, do Código de Processo Civil), sendo irrelevante discutir se se trata de matéria de ordem pública ou não, pois a sentença já não mais pode ser modificada.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4031452-53.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 26.5.2020). “(TJSC, Apelação n. 5001724-64.2018.8.24.0038, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j.6.4.21);*

- Segunda Câmara de Direito Público:

*“AGRAVO POR INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO INTERCLUTÓRIA QUE AFASTOU A TR FIXADA NO TÍTULO EXECUTIVO E CONSIDEROU AS HORAS EXTRAS LABORADAS NO MÊS ANTERIOR AO PAGAMENTO DO TERÇO DE FÉRIAS.*

*INSURGÊNCIA DO ENTE ESTADUAL. [...]*

*B) CONSECTÁRIOS LEGAIS. TÍTULO EXECUTIVO QUE FIXOU A TR COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. TRÂNSITO EM JULGADO, PORÉM, POSTERIOR À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE (TEMA 810/STF). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, §§ 5º E 7º, DO CPC/2015. DECISÃO CENSURADA QUE DETERMINOU A APLICAÇÃO DO INPC EM HARMONIA COM OS TEMAS 360 E 733 DO STF E ENUNCIADO XXVI DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO.*

*RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.”(TJSC, Agravo de Instrumento n. 5042077-95.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Segunda Câmara de Direito Público, j. 16.3.21);*

- Terceira Câmara de Direito Público:

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. IMPUGNAÇÃO. DECISÃO QUE DETERMINA A APLICAÇÃO DO INPC COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA EM GERAL. TÍTULO JUDICIAL EXECUTADO COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO JULGAMENTO DO RE 870.947/SE*

PELO STF (TEMA 810). EXEGESE DO § 5º DO ART. 535 DO CPC. CASO CONCRETO QUE TOLERA INFLUÊNCIA DA RESPECTIVA DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º-F DA LEI FEDERAL N. 9.494/1997 (COM REDAÇÃO PELA L. 11.960/2009) PARA FINS DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS DÉBITOS DA FAZENDA PÚBLICA. NÃO ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO RECURSAL PELA APLICAÇÃO DA TR. DECISÃO MANTIDA.

RECURSO DESPROVIDO. Sob o regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 870.947/SE (Tema 810) na data de 20/09/2017, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (TR). Nos termos dos §§ 5º e 7º do art. 535 do Código de Processo Civil, tal decisão comporta aplicação nos casos em que a sentença exequenda conta com trânsito em julgado posterior a esse julgamento do STF” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4004269-73.2020.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 7.7.20);

- Quarta Câmara de Direito Público:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS TESES JURÍDICAS FIXADAS NOS TEMAS N. 810/STF E N. 905/STJ. ENUNCIADOS FIRMADOS PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NOVO ENTENDIMENTO SOBRE A MATÉRIA. TRÂNSITO EM JULGADO DO TÍTULO EXECUTIVO QUE SE DEU EM DATA POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DA DECISÃO QUE DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NAS DEMAIS POSTULAÇÕES (ART. 1.022 DO CPC/15). PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E REJEITADOS.”(TJSC, Agravo de Instrumento n. 5015900-94.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rela. Desa. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 4.3.21);

- Quinta Câmara de Direito Público:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DECISÃO QUE APLICOU O TEMA 810 DO STF. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE ALCANÇA O CASO CONCRETO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARADIGMA (20/11/2017). EXEGESE DO ART. 535, §§ 5º E 7º, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Para reconhecimento da inexigibilidade do título executivo judicial em face de decisão anterior de declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da Taxa Referencial (TR) para correção monetária das condenações impostas à Fazenda Pública, a que se refere o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, na fase anterior à expedição da requisição de pagamento (precatório ou RPV), a data a ser considerada é a da publicação do acórdão do RE n. 870.947/SE, ocorrida em 20.11.2017, de sorte a não atingir as sentenças transitadas em julgado anteriormente e sim a coisa julgada posterior. (TJSC, Embargos de Declaração n. 4002926-76.2019.8.24.0000, de Urussanga, rel. Des. Jaime Ramos, Terceira Câmara de Direito Público, j. 21/01/2020).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO LIMINAR. JULGAMENTO DE MÉRITO. RECURSO PREJUDICADO.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 5016613-69.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Des. Vilson Fontana, Quinta Câmara de Direito Público, j. 26.1.21).

Por conseguinte, o recurso merece ser desprovido.

3. Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e **desprover o agravo de instrumento interposto** pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

**Desembargador FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO**

**Relator**



## **APELAÇÃO Nº 5064632-37.2020.8.24.0023/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ

APELANTE: COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO - CASAN (REQUERIDO)

APELADO: LIGA OPERARIA BENEFICENTE DE FLORIANOPOLIS (REQUERENTE)

APELAÇÃO CÍVEL. TARIFA DE ÁGUA DE CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. CÁLCULO DE ACORDO COM O SISTEMA DE ECONOMIAS. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DO VALOR RESPEITADO O CONSUMO REAL AFERIDO. DECISÃO PACÍFICA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO A PARTIR DA LEI 13.655/2018. DESPROVIMENTO. PLEITO NA SENDA DE QUE A CONDENAÇÃO IMPOSTA “*SEJA MITIGADA E PAUTADA NA MESMA PROPORÇÃO DOS VALORES COBRADOS INDEVIDAMENTE AO LONGO DO PERÍODO QUE ABRANGE A DEVOLUÇÃO DEFERIDA.*” TESE QUE NÃO FOI VENTILADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA E, POR CONSEQUÊNCIA, NÃO EXAMINADA NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA QUESTÃO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. INSURGÊNCIA RECURSAL ATINENTE A EVENTUAL COMPLEMENTAÇÃO DO COMANDO SENTENCIAL QUANTO A EVENTUAL CRÉDITO EM FAVOR DA RECONVINTE. DESNECESSIDADE DIANTE DO QUE CONSIGNADO EXPRESSAMENTE PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. MANUTENÇÃO DO MANDAMENTO SENTENCIAL NO CONCERNENTE A NECESSIDADE DE APURAÇÃO DO REFRIDO CRÉDITO, SE EXISTENTE, POR MEIO DA APRESENTAÇÃO DAS RESPECTIVAS FATURAS DE CONSUMO EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, A FIM DE APURAR A HIGIDEZ DO CÁLCULO OFERTADO PELA PARTE RECONVINTE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS FIXADOS POR OCASIÃO DA RECONVENÇÃO QUE NÃO COMPORTAM QUALQUER ALTERAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 01 de junho de 2021.

**Desembargador SERGIO ROBERTO BAASCH LUZ**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Trata-se de apelação cível interposta por COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO - CASAN contra a sentença (Evento 18 dos autos na origem) que, na ação de

repetição de indébito n. 50646323720208240023, ajuizada pela LIGA OPERARIA BENEFICENTE DE FLORIANOPOLIS em face da apelante, julgou procedentes os pedidos veiculados na exordial e parcialmente procedente o pleito reconvenicional, nos seguintes termos:

*Diante do exposto, julgo procedentes os pedidos da parte autora para: a) declarar ilegal a forma de cobrança da fatura de água e esgoto por sistema de economias no imóvel da parte autora descrito na petição inicial; b) determinar que a parte ré cobre a tarifa de água/esgoto da unidade consumidora autora de acordo com o real consumo mensurado pelo hidrômetro do edifício, considerando apenas uma unidade consumidora; c) condenar a parte ré a restituir de forma simples todos os valores pagos a maior nas faturas de água/esgoto da parte autora, observada a data limite de 09-09-2010. Sobre as quantias incidirá correção monetária (INPC-IBGE) desde cada pagamento indevido e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.*

*Julgo procedente em parte o pedido reconvenicional para determinar a compensação de valores pagos a menor pela parte autora no mesmo período descrito no item “c” do dispositivo, a serem especificados em liquidação de sentença.*

*Encerro a fase cognitiva do procedimento (artigos 203, § 1º e 487, I, do CPC).*

*Quanto à sucumbência da ação, condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários sucumbenciais arbitrados em R\$ 2.000,00, com fundamento no artigo 85, §§ 2º e 8º, do CPC.*

*No que concerne à sucumbência da reconvenção e considerando o princípio da causalidade e, ainda, a sucumbência mínima da parte reconvinte, condeno-a ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 2.000,00, com fundamento nos artigos 85, §§ 2º e 8º, e 86, parágrafo único, do CPC.*

*Publicação e intimação com a assinatura eletrônica deste documento.*

*A parte ré deverá trazer ao processo os extratos das faturas de água/esgoto do condomínio autor desde 09-09-2010 na fase de cumprimento da sentença.*

*O cartório adotará as providências de praxe e arquivará o processo.*

Sustenta a primeira apelante, CASAN, em síntese, que não havia ilegalidade na cobrança pelo sistema de economias até o julgamento no âmbito do STJ, relativo ao Tema 414, asseverando, ainda, que até a publicação do referido acórdão (05/10/2010) havia julgados deste Tribunal declarando a legalidade por tal parâmetro.

Assim, com lastro no que determinam os ditames das Lei 13.655/2018 e Decreto 9.830/2019, entende que deve haver modulação dos efeitos da referida decisão, tendo como marco inicial de eventual devolução por cobrança indevida, a data da publicação do acórdão relativo ao Tema 414.

Por fim, caso não acolhida a tese de modulação dos efeitos, pugna pelo provimento do apelo a fim de que “a forma de pagamento do montante a devolver seja mitigada e pautada na mesma proporção dos valores cobrados indevidamente ao longo do período que abrange a devolução deferida.”

No concernente ao pleito reconvenicional, defende que “dependendo do volume mensal de consumo da recorrida, haverá incidência da tarifa progressiva a partir do consumo mínimo de 10

*m<sup>3</sup>, o que pode implicar em crédito a favor da recorrente, e que se não for reconhecido pelo comando sentencial pode ser objeto de alegação de que se trata de matéria estranha ao que fora por este definido, em flagrante ofensa à coisa julgada.”*

*Ademais, assere que “evidencia-se pelo conteúdo da decisão recorrida que houve o reconhecimento da parcial procedência do pleito reconvenicional, do que se deduz como meio legítimo de veicular a pretensão formulada pela recorrente, razão pela qual não se justifica e até se mostra contraditório implicar na condenação da recorrente/reconvinte ao ônus da sucumbência.”*

*Por fim, aduz que “como consequência da legitimidade do pleito reconvenicional, é de se reconhecer como válido o cálculo apresentado conforme planilha juntada com a peça defensiva, na medida em que encontra lastro de seus dados (volume consumido, valor pago, data pagamento, etc) no documento LEITURAS DE CONSUMO DA UNIDADE de evento 11 – OUT 03”, de modo que, “diversamente do entendimento adotado pela nobre julgadora, não há falar na necessidade de apresentação das faturas, porquanto estas somente retratam os dados contidos no referido documento e se direcionam ao consumidor para ciência, informação e cumprimento de suas obrigações contratuais perante a recorrente, sem que possuam o condão de caracterizar como único meio de comprovar os dados extraídos da relação de consumo.”*

Contrarrazões apresentadas (Evento 30 dos autos na origem).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pela Excelentíssima Senhora Eliana Volcato Nunes, conferiu à manifestação, caráter meramente formal (Evento 17).

É o relatório.

## VOTO

Pretende a apelante, a reforma da sentença singular que determinou o recálculo das faturas relativas ao serviço de abastecimento de água e tratamento de esgoto com base no consumo real auferido pelo hidrômetro único do condomínio, declarando, por conseguinte, a ilegalidade da cobrança com base na multiplicação da tarifa pelo número total de economias, condenando a ré, por fim, a devolução, na forma simples, dos valores satisfeitos indevidamente, com a apuração em sede de liquidação de sentença.

Pois bem.

Inicialmente almeja a concessionária de serviço público apelante, a modulação dos efeitos da decisão relativa ao Tema 414 no âmbito do STJ, para que se fixe como marco inicial de eventual devolução por cobrança indevida, a data da publicação do referido acórdão.

A pretensão recursal, todavia, não encontra albergue na inteligência sufragada nesta Corte, a respeito do tema, veja-se:

CONSUMIDOR – FORNECIMENTO DE ÁGUA–SISTEMA DE ECONOMIAS– ILEGALIDADE – INVIABILIDADE – ENTENDIMENTO ATUAL PACÍFICO – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO A PARTIR DA LEI 13.655/2018 –DESPROVIMENTO. 1. A jurisprudência deste Tribunal de Justiça, na linha da compreensão do Superior Tribunal de Justiça (Tema 414), ratifica a ilegalidade do sistema de cálculo operado por regime de economias, de maneira que seja considerado o consumo real, sem prejuízo da adoção de tabela progressiva. 2. Proposição no sentido de que fossem revistos os limites da condenação, a partir das inovações legislativas trazidas pela Lei 13.655/2018 e pelo Decreto 9.830/2019, que também não vinga: as consequências jurídicas e administrativas estão bem delimitadas e apontam no sentido da devolução dos valores indevidamente pagos pelos consumidores. 3. Recurso desprovido. (AC n. 0303581-45.2019.8.24.0064, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, j. 20.04.2021)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO. CÁLCULO DAS FATURAS COM BASE NO CONSUMO MÍNIMO MULTIPLICADO PELO NÚMERO DAS UNIDADES DE FORMA AUTÔNOMA. IMPOSSIBILIDADE. HIDRÔMETRO ÚNICO. COBRANÇA DO VALOR EFETIVAMENTE UTILIZADO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ EM EXAME DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO PROLATADA PELA CORTE SUPERIOR.DEVOLUÇÃO NA FORMA SIMPLES. SENTENÇA ESCORREITA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “A cobrança pelo fornecimento de água aos condomínios em que o consumo total é aferido por único hidrômetro deve ser feita através do consumo efetivo, porquanto não é lícita a exigência da tarifa de água no valor do consumo mínimo, multiplicada pelo número de economias existentes no imóvel, quando houver único hidrômetro no local. [...]” (Apelação Cível n. 2012.042256-4, de Ituporanga, de minha relatoria, j. 08-05-2013) (AC n. 5012328-70.2020.8.24.0020, rel. Des.Julio César Knoll, j. 16.03.2021)

Alternativamente, pugna pelo provimento do apelo a fim de que “a forma de pagamento do montante a devolver seja mitigada e pautada na mesma proporção dos valores cobrados indevidamente ao longo do período que abrange a devolução deferida.”

Nesse cenário, a referida pretensão configura inadmissível inovação recursal, pois não foi levantada em nenhum momento do processo, não sendo analisada em primeiro grau de jurisdição.

É cediço que: «ressalvadas as questões de ordem pública, matéria não suscitada, não discutida e que, por isso, não foi objeto de apreciação pela sentença, não pode ser agitada por ocasião da apelação e, assim, merecer o exame da instância recursal (TJSC, Apelação Cível n. 2009.010252-1, rel. Des. Newton Janke, j. 11/1/2011)” (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2015.056651-1, de Porto Belo, rel. Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, j. 12/4/2016).

No mesmo norte: “a prestação jurisdicional de segundo grau cinge-se apenas aos comandos decisórios que tenham sido examinados, de sorte que a matéria não discutida em primeira instância não pode ser analisada, sob pena de se configurar a supressão de instância e inovação recursal” (Agravo de Instrumento n. 0157678-16.2015.8.24.0000, de Imbituba, Relator: Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 14/9/2017).

Sobre o assunto em debate, veja-se os seguintes precedentes:

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA INDENIZATÓRIA POR DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. IMPLEMENTAÇÃO DA RODOVIA SC-480. INOVAÇÃO RECURSAL QUANTO À POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 1.596/13. TESE QUE NÃO FOI VENTILADA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA E, POR CONSEQUÊNCIA, NÃO EXAMINADA NA SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA QUESTÃO, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXEGESE DOS ARTIGO 515 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO NO PONTO. *Matéria não sentencialmente decidida constitui-se em inovação recursal e, por isso, não pode ser conhecida, sob pena de supressão de instância, à luz do art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, para o qual apenas as questões suscitadas e discutidas no processo poderão ser apreciadas na instância ad quem. (AC 2009.051335-3, de Jaguaruna, Rel. Des. João Henrique Blasi). (Apelação Cível 2014.036149-9, Rel. Des. Carlos Adilson Silva, da Capital, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 17/03/2015). DESAPOSSAMENTO ATRAVÉS DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO 4.471/94. RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO EM SENTENÇA. APLICAÇÃO DOS ARTIGO 1.238, PARÁGRAFO ÚNICO E ARTIGO 2.028, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO A INDENIZAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2015.018036-6, de Chapecó, rel. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Segunda Câmara de Direito Público, j. 14/7/2015) grifou-se.***

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. RECLAMO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. VALOR INDENIZATÓRIO E BENFEITORIAS TEMAS NÃO DEBATIDOS NA ORIGEM. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. *Não se conhece, em grau recursal, de matéria não agitada e apreciada em primeiro grau de jurisdição, por configurar supressão de instância. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE DE ÁREA PARA INSTALAÇÃO DE EMPRESAS. INEXISTÊNCIA DA SUPOSTA URGÊNCIA. AVALIAÇÃO INDISPENSÁVEL. DECISUM REFORMADO. “O art. 15 do Decreto-Lei 3.365/1941 deve ser interpretado em consonância com o art. 685 do CPC de 1973 ou com os arts. 874 e 875 do novo diploma processual. Por isso, o magistrado, em caso de dúvida, deve exigir avaliação do imóvel, para autorizar a imissão do expropriante na posse do imóvel, principalmente, quando parece não existir caso de urgência.” (STJ, Recurso Especial n. 1.650.614/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 25-4-2017) RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4021752-06.2018.8.24.0900, de Correia Pinto, rel. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. 11/4/2019) grifou-se.***

Diante da inovação recursal, o não conhecimento do recurso, neste particular, é medida que se impõe.

A recorrente defende, ainda, que “*dependendo do volume mensal de consumo da recorrida, haverá incidência da tarifa progressiva a partir do consumo mínimo de 10 m<sup>3</sup>, o que pode implicar em crédito a favor da recorrente, e que se não for reconhecido pelo comando sentencial pode ser objeto de alegação de que se trata de matéria estranha ao que fora por este definido, em flagrante ofensa à coisa julgada,*” asseverando ser indevida a condenação ao pagamento de verba sucumbencial, em seu desfavor, quanto ao pleito reconvenicional, pugnando, por fim, seja reconhecido como válido o cálculo apresentado em relação aos referidos créditos, na medida em que encontra lastro de seus dados (volume consumido, valor pago, data pagamento, etc) no documento LEITURAS DE CONSUMO DA UNIDADE de evento 11 – OUT 03”, razão pela qual almeja seja afastada a necessidade de apresentação das faturas “porquanto estas somente retratam os dados contidos no referido documento e se direcionam ao consumidor para ciência, informação e cumprimento de suas obrigações contratuais perante a recorrente, sem que possuam o condão de caracterizar como único meio de comprovar os dados extraídos da relação de consumo.”

Ora, no que tange a eventual reconhecimento, pelo comando sentencial, de eventual montante a título de crédito em favor da concessionária de serviço público, há menção expressa no comando sentencial para tanto, veja-se:

*Diante do exposto, julgo procedentes os pedidos da parte autora para: a) declarar ilegal a forma de cobrança da fatura de água e esgoto por sistema de economias no imóvel da parte autora descrito na petição inicial; b) determinar que a parte ré cobre a tarifa de água/esgoto da unidade consumidora autora de acordo com o real consumo mensurado pelo hidrômetro do edifício, considerando apenas uma unidade consumidora; c) condenar a parte ré a restituir de forma simples todos os valores pagos a maior nas faturas de água/esgoto da parte autora, observada a data limite de 09-09-2010. Sobre as quantias incidirá correção monetária (INPC-IBGE) desde cada pagamento indevido e juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.*

*Julgo procedente em parte o pedido reconvenicional para determinar a compensação de valores pagos a menor pela parte autora no mesmo período descrito no item “c” do dispositivo, a serem especificados em liquidação de sentença.*

Nesse passo, também não merece guarida a insurgência recursal de afastamento da necessidade da apresentação das respectivas faturas a fim de que seja apurado eventual crédito, justamente porquanto, consoante declinado pelo magistrado singular, “*a planilha apresentada pela parte reconvinde foi elaborada de forma unilateral e está desacompanhada das faturas que, em tese, confirmam a existência do crédito descrito pela parte reconvinde - o que inviabiliza a aferição da hígidez dos cálculos apresentados -, de modo que possível apenas o acolhimento parcial da reconvenção, a fim de determinar que a parte reconvinde restitua eventuais valores devidos em razão da cobrança de valores inerentes aos meses em que o consumo se deu em nível maior que o mínimo estipulado pela concessionária de serviços públicos (10 m<sup>3</sup>, conforme se infere do documento “fatura 5” - evento 1).”*

Não fosse a flagrante necessidade de apurar-se a hígidez dos cálculos apresentados, não se vislumbra qualquer dificuldade de levantamento da referida documentação, por parte da concessionária de serviço público, sendo medida consentânea a manutenção da decisão objurgada, também neste particular.

Nesse cenário, melhor sorte não assiste a apelante no que diz respeito ao pleito de afastamento da verba sucumbencial fixada por ocasião da reconvenção, uma vez que os fatos articulados pela reconvinde não restaram amplamente demonstrados, restando condicionados, como visto alhures, a comprovação em sede de liquidação, por meio das respectivas faturas de consumo.

Há de se reconhecer, portanto, a sucumbência da reconvinde, ainda que de forma parcial. Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

**Desembargador SERGIO ROBERTO BAASCH LUZ**

**Relator**



## TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

### **APELAÇÃO Nº 0323815-05.2014.8.24.0038/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR JAIME RAMOS

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS (RÉU)

APELADO: JULIO CESAR DE ARAUJO SANTOS (AUTOR)

ACIDENTE DE TRABALHO. INSS. DOENÇA OCUPACIONAL. ROTURA NA REGIÃO ANTERIOR DO “LABRUM” DA GLENOIDE COM FORMAÇÃO DE CISTO PARALABRAL, BURSITE SUBACROMIODELTÓIDEA E TENDINOPATIA INFRAESPINHAL INCIPIENTE. PERÍCIA MÉDICA QUE ATESTOU A REDUÇÃO PARCIAL E PERMANENTE DA CAPACIDADE LABORATIVA DO OBREIRO. AUXÍLIO- ACIDENTE DEVIDO. TERMO INICIAL. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DO PROCESSO EM RAZÃO DA CONTROVÉRSIA ACERCA DO TEMA 862, NO RESP. 1.729.555/SP, O QUAL FOI SUBMETIDO AO SISTEMA DE RECURSOS REPETITIVOS. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO, NA ESPÉCIE. BENEFÍCIO DE CARÁTER ALIMENTAR. DIREITO AO BENEFÍCIO INCONTROVERSO. IMPLANTAÇÃO A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA, COM RESSALVA DE EVENTUAL PASSIVO PARA EXECUÇÃO DE SENTENÇA COM BASE NA FUTURA DELIBERAÇÃO DO STJ SOBRE O TEMA. PRECEDENTES DA CÂMARA. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO INPC. PLEITO DE ISENÇÃO TOTAL DAS CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE A ABRIL DE 2019. INAPLICABILIDADE DA LEI ESTADUAL N. 17.654/2018 QUE CONFERE A ISENÇÃO TOTAL DO RECOLHIMENTO DA TAXA DE SERVIÇOS JUDICIAIS (TSJ) EM FAVOR DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA FEDERAL. CUSTAS DEVIDAS PELA METADE, NO CASO. RECURSO DO INSS PARCIALMENTE PROVIDO.

*Comprovado que, em virtude de acidente do trabalho, o segurado sofreu lesão que ocasionou redução de sua capacidade laboral, sem impedi-la, devido é o auxílio-acidente, de acordo com a redação original do art. 86, § 1º, I, da Lei n. 8.213/91.*

*“(…) tendo em vista o atendimento aos pressupostos para percepção da benesse, consoante exposto alhures, bem como a urgência intrínseca a tal verba de caráter alimentar, não seria razoável suspender o processo inteiro somente pela divergência atinente ao termo inicial, isto é, desde quando há valores pretéritos vencidos.” (TJSC, Apelação Cível n. 0309062-98.2018.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. 03-12-2019).*

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso do INSS, para explicitar que: 1) o benefício auxílio-acidente deve ser implantado a partir da publicação da sentença, devendo ser ressalvado eventual passivo para execução de sentença com base na futura deliberação do Superior Tribunal de Justiça sobre o Tema 862; 2) que as prestações vencidas até a data da implantação do benefício, incide correção monetária pelo INPC, desde o vencimento de cada parcela, e juros de mora, desde a citação, pelos

índices oficiais de remuneração adicional da caderneta de poupança, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2021.

**Desembargador JAIME RAMOS**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Na Comarca de Joinville, Júlio Cesar de Araújo Santos ajuizou ação acidentária contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sustentando que, por desenvolver atividades que demandavam esforço físico repetitivo, desenvolveu moléstia ocupacional diagnosticada como síndrome do manguito rotador; que, em face da moléstia apresentada, o INSS implantou o benefício de auxílio-doença por certo período, cessando seus efeitos em 23.04.2014; que, todavia, em decorrência da lesão suportada, encontra-se incapacitado para o exercício de suas funções, razão pela qual requereu a concessão do benefício acidentário respectivo.

Intimada a parte autora para emendar a inicial, com demonstração de que requereu o benefício na esfera administrativa, o segurado limitou-se a informar que o instituto réu não transformou o auxílio-doença acidentário em auxílio-acidente, o MM Juiz ‘a quo’ indeferiu a petição inicial.

Inconformado, o autor apelou e, por decisão monocrática, o eminente Desembargador Pedro Manoel Abreu, deu provimento ao recurso do autor para o prosseguimento do feito com instrução processual, independentemente de comprovação do requerimento do benefício na esfera administrativa.

Citado, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contestou arguindo, preliminarmente, a ocorrência da prescrição. No mérito, disse que não é devido qualquer benefício porque, de acordo com a perícia técnica, o autor não está incapacitado temporária ou definitivamente para o trabalho; que o benefício acidentário somente será devido se a perícia médica constatar a redução da capacidade laborativa do segurado.

Os argumentos expendidos na contestação foram impugnados.

Foi deferida a realização de prova pericial e nomeado o perito. O laudo foi juntado e as partes sobre ele se manifestaram.

Sentenciando, o digno Magistrado julgou procedente o pedido formulado na inicial, condenando o INSS ao pagamento do benefício auxílio-acidente a partir do dia 24.04.2014. Condenou-o, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios de 10% sobre o valor das parcelas (Súmula 111 do STJ).

O INSS apelou alegando que em decorrência da afetação para julgamento pela sistemática de recursos repetitivos do Tema 862, o feito deve ser sobrestado até a decisão sobre a matéria. Por fim, disse que, no caso de manutenção da decisão, a contagem de juros deve respeitar a nova redação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 dada pela Lei n. 11.960/2009 e que deve ser afastada a condenação ao pagamento de custas processuais, conforme o que dispõe o art. 33, da LC n. 156/97, com a redação dada pela Lei Complementar n. 729/2018.

Após o oferecimento das contrarrazões, os autos vieram conclusos para julgamento.

## VOTO

### Do auxílio-acidente

O benefício do auxílio-acidente pleiteado pela demandante está previsto no art. 86 e seus parágrafos, da Lei Federal n. 8.213, de 24/07/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, com a redação dada pelas Leis n. 9.032/95, 9.129/95 e 9.528/97. Rezam esses dispositivos:

*“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.*

*“§ 1º O auxílio-acidente mensal corresponderá a cinquenta por cento do salário-de-benefício e será devido, observado o disposto no § 5º, até a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.*

*“§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.*

*“§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.*

*“§ 4º A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.”*

Essas disposições foram regulamentadas pelo art. 104, do Decreto Federal n. 3.048/99, que regulamentou a Lei n. 8.213/91, alterado pelo Decreto n. 4.032/2001, e assim dispõe:

*“Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela definitiva que implique:*

*“I - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e se enquadre nas situações discriminadas no Anexo III;*

*“II - redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exerciam e exija maior esforço para o desempenho da mesma atividade que exerciam à época do acidente; ou*

*“III - impossibilidade de desempenho da atividade que exerciam à época do acidente, porém permita o desempenho de outra, após processo de reabilitação profissional, nos casos indicados pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social.”*

O autor sustenta que, em decorrência do acidente de trabalho equiparado, adquiriu moléstia ortopédica, por desenvolver suas atividades com esforço físico repetitivo nos membros superiores diagnosticada como síndrome do manguito rotador.

A redução da capacidade laborativa e o nexo causal entre a moléstia adquirida pelo segurado e suas condições de trabalho restaram suficientemente comprovados pela perícia médica, pelo cotejo dos documentos juntados, e pelo próprio INSS que por certo período concedeu o benefício auxílio-doença por acidente de trabalho ao segurado.

Em resposta aos quesitos formulados pelas partes, o perito médico nomeado pelo Juízo disse: que o autor apresenta Rotura na região anterior do “labrum” da glenóide com formação de cisto paralabral; Bursite subacromiodeltóidea e Tendinopatia infraespinhal incipiente; que a lesão está consolidada e há redução de forma parcial e permanente da capacidade laborativa do segurado (Evento 60, laudo pericial).

Como se vê, o experto nomeado atestou categoricamente que o obreiro, apesar de não apresentar incapacidade para o desempenho de toda e qualquer função, precisará despender maior esforço físico, ainda que mínimo, para o desempenho das mesmas atividades exercidas à época do infortúnio e também nas atividades habituais que demandem a utilização dos membros superiores.

O art. 86 da Lei n. 8.213/91 determina a concessão de auxílio-acidente quando das lesões consolidadas oriundas de acidente de qualquer natureza “resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia”.

Logo, restou nítido nos autos que a lesão suportada pela segurada acarretou limitação em sua capacidade laborativa, na medida em que suas atividades demandam um maior esforço físico para desempenhar essas funções, o que por si só autoriza a concessão do benefício do auxílio-acidente, conforme autoriza o art. 86, da Lei Federal n. 8.213/91, modificado pelas Leis n. 9.032/95 e 9.528/97 e respectivo decreto regulamentador.

CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI, acerca do auxílio-acidente, ensinam:

*“O auxílio-acidente é um benefício previdenciário pago mensalmente ao segurado acidentado como forma de*

*indenização, sem caráter substitutivo do salário, pois é recebido cumulativamente com o mesmo, quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza - e não somente de acidente de trabalho -, resultar sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia - Lei n. 8213/91, art. 86, caput.*

“(…)

*“De um acidente ocorrido com o segurado podem resultar danos irreparáveis, insuscetíveis de cura, para a integridade física do segurado. Tais danos, por sua vez, podem assumir diversos graus de gravidade; para a Previdência Social, o dano que enseja direito ao auxílio-acidente é o que acarreta perda ou redução na capacidade de trabalho (redução esta qualitativa ou quantitativa), sem caracterizar a invalidez permanente para todo e qualquer trabalho. Exemplificando, um motorista de ônibus, vítima de um acidente de trânsito, do qual resulte sequelas em seus membros inferiores, que o impossibilitam de continuar dirigindo, estará incapaz definitivamente para a função que exercia, mas não estará totalmente incapaz para toda e qualquer atividade. Na hipótese, o segurado terá direito a receber o auxílio-acidente”. (In: Manual de Direito Previdenciário. 3. ed., São Paulo: LTr, 2002. p. 511/512).*

Em situações idênticas, esta Corte decidiu:

*APELAÇÃO CÍVEL. AUXÍLIO-ACIDENTE. TENDINOPATIA NO OMBRO DIREITO. BENEFÍCIO DE AUXÍLIO- DOENÇA CONCEDIDO ADMINISTRATIVAMENTE E CASSADO ANTERIORMENTE À CONVERSÃO EM AUXÍLIO-ACIDENTE. PERÍCIA QUE CONCLUIU PELA REDUÇÃO PARCIAL E PERMANENTE DA CAPACIDADE LABORAL DA SEGURADA. BENEFÍCIO - AUXÍLIO-ACIDENTÁRIO DEVIDO DIANTE DA*

*MOLÉSTIA, NEXO CAUSAL E ATIVIDADE OCUPACIONAL DESENVOLVIDA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA (TJSC. AC. 0302207-35.2014.8.24.0010. Relator: Des. Artur Jenichen Filho. Quinta Câmara de Direito Público. Julgado em: 23/11/2017).*

(…)

*APELAÇÃO CÍVEL - ACIDENTÁRIO - AUXÍLIO-ACIDENTE - SEGURADA PORTADORA DE SEQUELAS POR LESÃO NO MANGUITO ROTADOR DIREITO E TENDINOPATIA CRÔNICA EM OMBRO DIREITO - EXISTÊNCIA DE REDUÇÃO PARCIAL E PERMANENTE DA CAPACIDADE LABORATIVA - PERÍCIA CONCLUSIVA - NEXO CAUSAL EVIDENCIADO - PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DEMONSTRADOS - BENEFÍCIO DEVIDO - DIREITO RECONHECIDO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.*

*“Patenteadas a redução permanente da capacidade laborativa do acionante e a gênese ocupacional da morbidade de que padece, é de ser-lhe concedido auxílio-acidente (art. 86 da Lei n. 8.213/91), a contar do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença antes deferido, incidindo, ainda, correção monetária, juros de mora e honorários advocatícios de sucumbência.”(Apelação Cível n. 2016.002389-4, de Urussanga, rel. Des. João Henrique Blasi, j. em 15-3-2016). (TJSC. AC. 0300103-46.2015.8.24.0039. Relator Des. Cid Goulart. Segunda Câmara de Direito Público. Julgado em: 30/08/2016).*

Assim, torna-se inquestionável o direito do autor ao benefício do auxílio-acidente no percentual de 50% sobre o salário-de-benefício, conforme consignado na sentença.

### Marco inicial do benefício

O termo inicial para pagamento do benefício concedido (auxílio-acidente), de acordo com as disposições legais (art. 86, § 2º, da Lei n. 8.213/91) e a orientação jurisprudencial até agora pacífica, deve ser, em regra, o dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença ou, se tal benefício não foi concedido, será aquele em que o órgão ancilar, pela primeira vez, teve ciência da lesão sofrida pelo segurado, ou seja, o dia da comunicação do acidente do trabalho, ou, ainda, na falta de qualquer das duas opções anteriores, a data da juntada do laudo pericial.

Restou incontroverso que a parte autora foi contemplada com auxílio-doença acidentário anterior, de modo que o termo inicial para o pagamento do auxílio-acidente deveria ser o dia seguinte ao da cessação do referido benefício.

Colhe-se da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

*“O STJ tem entendimento consolidado de que o termo inicial do auxílio-acidente é a data da cessação do auxílio-doença, quando este for pago ao segurado, sendo que, inexistindo tal fato, ou ausente prévio requerimento administrativo para a concessão do auxílio-acidente, o termo inicial do recebimento do benefício deve ser a data da citação”. (STJ, AgRg no AREsp nº 831365/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 19/04/2016). (TJSC. A C nº 0005271-63.2013.8.24.0010, de Braço do Norte, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 29/08/2017).*

No entanto, ao menos por enquanto, a determinação do pagamento do benefício auxílio-acidente não pode retroagir ao cancelamento do último benefício auxílio-doença implantado na esfera administrativa em face da determinação de sobrestamento dos feitos, em todo o território nacional, em razão da controvérsia sobre o Tema 862 do Superior Tribunal de Justiça, com base no RESp n. 1.729.555/SP, o qual foi submetido ao sistema de recursos repetitivos, para *“Fixação do termo inicial para a concessão do auxílio-acidente decorrente da cessação do auxílio-doença - arts. 23 e 86, § 2º, da Lei n. 8.231/1991”*.

Este Relator chegou a determinar o sobrestamento de vários processos, para aguardar o julgamento do Tema referido.

Em que pese a determinação de sobrestamento dos feitos, esta Corte de Justiça, sobretudo este Órgão Fracionário, tem orientado que a suspensão do feito nesta quadra dos acontecimentos não seria razoável, uma vez que o direito à percepção ao benefício auxílio-acidente é incontroversa e por se tratar de verba alimentar. Até porque não se vislumbra prejuízo às partes com a implantação do benefício a partir da publicação da sentença, com ressalvas, porém, de eventual passivo para execução de sentença, uma vez que a discussão submetida ao sistema de recurso repetitivo se refere apenas efeitos pretéritos.

Nesse sentido colhe-se da jurisprudência:



*Em relação ao início do beneplácito, observa-se que recentemente o Egrégio Superior Tribunal de Justiça afetou aludida controvérsia ao rito dos repetitivos no Recurso Especial n. 1729555/SP (Tema n. 862), assim delimitada: “Fixação do termo inicial do auxílio-acidente, decorrente da cessação do auxílio-doença, na forma dos arts. 23 e 86, § 2º, da Lei n. 8.213/91”.*

*Dessa forma, tendo em vista o atendimento aos pressupostos para percepção da benesse, consoante exposto alhures, bem como a urgência intrínseca a tal verba de caráter alimentar, não seria razoável suspender o processo inteiro somente pela divergência atinente ao termo inicial, isto é, desde quando há valores pretéritos vencidos.*

*Doutro norte, essa discussão, a ser dirimida pela Corte Superior, também inviabiliza, no presente momento, estabelecer, de maneira precisa, desde quando há verbas em atraso.*

*Portanto, sopesando esses pontos, adota-se a diretriz firmada pela Terceira Câmara de Direito Público na Apelação Cível n. 0001882-09.2014.8.24.0019, Rel. Des. Ricardo Roesler, em 27.08.2019, **mostrando-se razoável, por ora, o pagamento do benefício desta decisão em diante, haja vista a urgência existente pelo caráter alimentar, devendo-se, no cumprimento de sentença, fixar o exato termo inicial de acordo com o que será decidido pelo STJ.** (grifei) (TJSC. AC n. 0309062-98.2018.8.24.0039, Relator: Des. Ronei Danielli).*

Dessa forma, a sentença comporta um pequeno ajuste para esclarecer que o benefício de auxílio-acidente deve ser implantado a partir da sentença e, por ora, não a partir do dia 24.04.2014, devendo, todavia, ser ressalvado eventual passivo para execução de sentença com base na futura deliberação do Superior Tribunal de Justiça sobre o Tema 862.

### **Da correção monetária e dos juros de mora**

No tocante à correção monetária, não há dúvida de que se deve respeitar a legislação que rege os benefícios previdenciários e acidentários, na qual são previstos os respectivos índices sequenciais.

Desde que a correção monetária foi autorizada pela Lei n. 6.899, de 09.04.1981, para atualizar os débitos oriundos de decisões judiciais, os índices previstos na legislação geral e na própria legislação previdenciária/acidentária acompanham a sequência abaixo: ORTN, de 09.04.1981 a fevereiro de 1986 (Lei n. 6.899/81 e Decreto n. 86.649/81); OTN, de março de 1986 a janeiro de 1989 (art. 6º, do Decreto-Lei n. 2.284/86); BTN, de fevereiro de 1989 a fevereiro de 1991 (art. 5º, § 1º, “c”, e § 2º, da Lei n. 7.777/89); INPC, de março de 1991 a junho de 1991 (arts. 3º e 4º, da Lei n. 8.177/91); INPC, de julho de 1991 a dezembro de 1992 (art. 41, § 6º, da Lei n. 8.213/91); IRSM, de janeiro de 1993 a fevereiro de 1994 (art. 9º, § 2º, da Lei n. 8.542/92); URV, de março de 1994 a junho de 1994 (art. 20, § 5º, da Lei n. 8.880/94); IPC-r, de julho de 1994 a junho de 1995 (art. 20, § 6º, da Lei n. 8.880/94); INPC, de julho de 1995 a abril de 1996 (art. 8º, § 3º, da MP n. 1.053/95); IGP-DI, de maio de 1996 a julho de 2006 (art. 8º, da MP n. 1.415/96 e art. 10, da Lei n. 9.711/98); INPC, de agosto de 2006 em diante, até 30.06.2009 (art. 41-A, da Lei n. 8.213/91, incluído pela MP n. 316/06, convertida na Lei n. 11.430/06). De 01.07.2009 deveria ocorrer a aplicação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09, a ser analisada adiante. Não tem aplicação ao caso o disposto no art. 31 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 01.10.2003).

Os juros de mora são devidos a partir da data da citação (art. 219, “caput”, do Código de Processo Civil; art. 405 do Código Civil de 2002; e Súmula n. 204 do Superior Tribunal de Justiça).

A sequência de índices dos juros de mora, ao longo do tempo, é a seguinte: 0,5% (meio por cento) ao mês até 28.02.1987 (Lei Federal n. 4.414, de 24.09.1964, c/c os arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil de 1916 e com os arts. 1º, 4º e 5º do Decreto n. 22.626, de 07.04.1933); 1% (um por cento) ao mês no período de 01.03.1987 a 30.06.2009 (art. 3º, do Decreto-lei n. 2.322, de 26.02.1987).

A partir de 01.07.2009, de acordo com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal, dever-se-ia aplicar o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09, para o cálculo englobado da correção monetária e dos juros de mora de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança.

Considerando que tal maneira de calcular engloba os dois encargos moratórios, e não havendo incidência de juros de mora senão após a citação, considerou-se necessário especificar que até a data da citação se deveria calcular a correção monetária pelos índices sequenciais antes referidos, sendo o último o INPC, a partir do vencimento de cada parcela. Após a citação, tendo sido efetivada esta antes do advento da Lei n. 11.960/09, os juros de mora deveriam ser calculados separadamente à taxa de 1% (um por cento) ao mês até 30.06.2009, a partir de quando a correção monetária e os juros de mora passariam a ser calculados englobadamente pelos índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança. No caso de a citação ter-se efetivado após a Lei n. 11.960/09, desde a data daquela sobre cada parcela correriam juros e correção pelos referidos índices indicados pelo art. 1º-F referido.

No entanto, art. 5º da Lei n. 11.960/09, que introduziu a mencionada redação no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nas ADIs 4.357 e 4.425, no tocante à parte referente à correção monetária pela TR.

Num primeiro momento o próprio Excelso Pretório recomendou que os Juízes e Tribunais continuassem aplicando a regra contida no referido art. 1º-F, enquanto não fosse realizada a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Veja-se:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA LEI Nº 11.960/2009 QUE CONFERIU NOVA REDAÇÃO AO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/1997. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA NAS ADIs 4.357 E 4.425. PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO POR ESTA CORTE. MANUTENÇÃO DO SISTEMA EM VIGOR. PRECEDENTES.*

*1. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997, com redação dada pela Lei nº 11.960/2009, ao reproduzir as regras da EC nº 62/2009 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 Constituição Federal, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento. 2. A atualização monetária dos débitos fazendários segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança continuará em vigor enquanto não for decidido*

*pelo Plenário o pedido de modulação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs 4.357 e 4.425. Precedentes: RE 836.411-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/11/2014; e ARE 753.860-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 8/10/2014. 3. In casu, o acórdão recorrido assentou: (...). 4. Agravo regimental DESPROVIDO.» (STF, RE 747736 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 09-03-2015 PUBLIC 10-03-2015).*

Depois o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para determinar que o disposto no art. 5º da Lei n. 11.960/09 fosse aplicado somente até 25.03.2015. A partir do dia seguinte, consoante a legislação previdenciária, a correção monetária deveria ser calculada pelo INPC (nas ações previdenciárias contra o INSS, em face da legislação própria que elegeu esse índice) e os juros de mora seriam de 1% ao mês (conforme o art. 3º, do Decreto-lei n. 2.322, de 26.02.1987).

Não obstante parecesse definida a questão, o Supremo Tribunal Federal, em 16.4.15, reabriu a discussão da matéria ao reconhecer a repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 870.947/SE (TEMA N. 810), referente especificamente ao art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09, assim ementada:

*“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. TEMA 810. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA.*

*“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.” (STF, RE n. 870947, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 16.4.15).*

Ao admitir a repercussão geral, o Ministro Luiz Fux ressaltou a necessidade de subdividir a aplicabilidade do tema em relação aos juros moratórios e à correção monetária.

Portanto, a discussão da matéria voltou ao estágio inicial, daí porque, em matérias não-tributárias (já que para estas a discussão se encontra encerrada com a modulação), os Juízes e Tribunais deveriam continuar aplicando o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09, na forma antes definida.

Sob essa orientação, a partir de 01.07.2009, em que pese a discussão sobre o tema envolvendo a inconstitucionalidade, por arrastamento, do art. 5º da Lei n. 11.960/2009, que alterou o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, tendo o debate sido reiniciado com o reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 870947/SE, de acordo com a orientação jurisprudencial deste Tribunal, dever-se-ia o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09, para o cálculo englobado da correção monetária e dos juros de mora de acordo com os índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança.

Por ocasião do julgamento, com Repercussão Geral, do Recurso Extraordinário n. 870947/SE (**Tema 810**), o Supremo Tribunal Federal reafirmou a inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 com a redação dada pelo art. 5º, da Lei n. 11.960/09, para dizer que o referido dispositivo não pode ser aplicado no cálculo da correção monetária com base na TR, mas preservou sua aplicação aos juros de mora:

**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.**

1. 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 jurídico-tributária, 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 poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o dispositivo legal supramencionado.

2. 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 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.

3. 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). 4. 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. 5. Recurso extraordinário parcialmente provido. (STF, RE 870947, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2017 e publicado em 20/11/2017).*

*Interpretando o resultado desse julgamento do Supremo Tribunal Federal com repercussão geral, o Superior Tribunal de Justiça julgou, sob o procedimento de recursos repetitivos, os Recursos Especiais n. 1.492.221/PR e 1.495.146/MG, em que deixou assentado o seguinte:*

**PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A CONDENAÇÃO JUDICIAL DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. TESES JURÍDICAS FIXADAS.**

**1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.**

**1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária.** No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

**1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão.** A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

**2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária. 3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.**

**3.1 Condenações judiciais de natureza administrativa em geral.** As condenações judiciais de natureza administrativa em geral, sujeitam-se aos seguintes encargos: (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) período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

**3.1.1 Condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos.** As condenações judiciais referentes a servidores e empregados públicos, sujeitam-se aos seguintes encargos: (a) até julho/2001: juros de mora: 1% ao mês (capitalização simples); correção monetária: índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) agosto/2001 a junho/2009: juros de mora: 0,5% ao mês; correção monetária: IPCA-E; (c) a partir de julho/2009: juros de mora: remuneração oficial da caderneta de poupança; correção monetária: IPCA-E.

**3.1.2 Condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas.** No âmbito das condenações judiciais referentes a desapropriações diretas e indiretas existem regras específicas, no que concerne aos



***juros moratórios e compensatórios, razão pela qual não se justifica a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), nem para compensação da mora nem para remuneração do capital.***

3.2 Condenações judiciais de natureza previdenciária. As condenações impostas à Fazenda Pública de natureza previdenciária sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que se refere ao período posterior à vigência da Lei 11.430/2006, que incluiu o art. 41-A na Lei 8.213/91. Quanto aos juros de mora, incidem segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei 9.494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de débitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

4. Preservação da coisa julgada. Não obstante os índices estabelecidos para atualização monetária e compensação da mora, de acordo com a natureza da condenação imposta à Fazenda Pública, cumpre ressaltar eventual coisa julgada que tenha determinado a aplicação de índices diversos, cuja constitucionalidade/legalidade há de ser aferida no caso concreto. “SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

5. No que se refere à alegada afronta aos arts. 128, 460, 503 e 515 do CPC, verifica-se que houve apenas a indicação genérica de afronta a tais preceitos, sem haver a demonstração clara e precisa do modo pelo qual tais preceitos legais foram violados. Por tal razão, mostra-se deficiente, no ponto, a fundamentação recursal. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

6. Quanto aos demais pontos, cumpre registrar que o presente caso refere-se a condenação judicial de natureza previdenciária. Em relação aos juros de mora, no período anterior à vigência da Lei 11.960/2009, o Tribunal de origem determinou a aplicação do art. 3º do Decreto-Lei 2.322/87 (1%); após a vigência da lei referida, impôs a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009). Quanto à correção monetária, determinou a aplicação do INPC. Assim, o acórdão recorrido está em conformidade com a orientação acima delineada, não havendo justificativa para reforma.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N e seguintes do RISTJ. (STJ, REsp 1492221/PR e 1495146/MG. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 22/02/2018).

Ou seja, nas condenações do INSS, com vigência após 1º de julho de 2009, a correção monetária, incidente desde o vencimento de cada parcela devida, segue o INPC (cf. Tema 905 do STJ); e os juros de mora, devidos a partir da citação, devem ser calculados de acordo com os índices oficiais de remuneração adicional da caderneta de poupança, dado que, no particular, continua aplicável o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/09.

Todavia, o Ministro Luiz Fux, Relator do RE n. 870.947/SE, por decisão monocrática de 24.09.2018, atribuiu efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos contra o 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 determinou a suspensão dos processos respectivos, em todo o território nacional, sob o



fundamento de 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”.

Em face disso, também o Superior Tribunal de Justiça suspendeu a aplicação do Tema 905.

Neste Tribunal pacificou-se a orientação de que, embora suspensa a aplicação do INPC durante o processamento dos embargos de declaração do Tema 810, poderia o credor pleitear o cumprimento da sentença com base, provisoriamente, na TR, e depois fazer a cobrança do restante, se mantido o índice substitutivo.

Contudo, os embargos de declaração atinentes ao Tema 810 foram rejeitados, sem qualquer modulação, na sessão de 3 de outubro de 2019, de sorte que não há mais razão para o sobrestamento da matéria, tornando-se possível a aplicação integral do Tema 810 do Supremo Tribunal Federal e do Tema 905 do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, por força da definição da tese e do que contém o art. 41-A da Lei n. 8.213/91, está mantida a aplicação do INPC nas condenações do INSS ao pagamento de benefício previdenciário ou acidentário.

Os juros de mora, no entanto, devem ser calculados a partir da citação, com base nos índices oficiais de remuneração adicional da caderneta de poupança, nos termos do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei n. 11.960/2009, uma vez que em relação a essa parte não houve alteração alguma, pois a declaração de inconstitucionalidade não a abrange.

### **Das custas e despesas processuais**

As autarquias federais, quando vencidas na Justiça Estadual, devem arcar com apenas a metade das custas processuais (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com a redação dada pela LCE 161/97).

E, geralmente em embargos de declaração, o ente previdenciário ainda sustenta acerca da “inexistência de iniciativa privativa implícita do poder judiciário acerca de leis que disponham sobre custas, despesas judiciais e emolumentos”, violando expressamente os arts. 24, inciso IV, 96, inciso II e 145, inciso II, da Constituição Federal, para os quais também requereu prequestionamento.

Defende que “o Poder Judiciário não tem competência para iniciar processo legislativo referente a custas, despesas judiciais e emolumentos”; que “a matéria tem natureza tributária, que é de competência do Estado, o que viola o art. 145, II, da Constituição Federal” que “o acórdão recorrido, ao julgar inconstitucional o dispositivo sobre a isenção de custas e emolumentos das autarquias, fere o art. 24, IV, da CF porque priva o estado-membro de exercer sua competência legislativa concorrente”; e que “não há interferência no orçamento do Poder Judiciário e competência do Tribunal de Justiça para elaborar proposta orçamentária”.

Por vias transversas, o INSS insiste na alegação de isenção total das custas processuais de que

trata o art. 33 da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com redação dada pela Lei Complementar Estadual n. 729/2018.

Pois bem!

É certo que a iniciativa privativa do Tribunal de Justiça, para apresentação de projetos de lei de interesse do Poder Judiciário Catarinense, está prevista no art. 96, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e nos arts. 50, “caput”, e 83, da Constituição Estadual de 1989, incluindo-se normas legais a respeito da criação, da organização e do funcionamento de serventias judiciais e extrajudiciais:

*“[...] É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as Leis que disponham sobre serventias judiciais e extrajudiciais são de iniciativa privativa dos tribunais de justiça, a teor do que dispõem as alíneas ‘b’ e ‘d’ do inciso III do art. 96 da Constituição da República. Precedentes [...]” (STF, ADI nº 3.773-1/SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJE de 3-9-2009). (TJSC, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2020.080279-7, da Capital, rel Des. Ricardo Fontes, j. 20-07-2011).*

No corpo do aresto supra ementado, o eminente Relator deixou claro que “ainda que as custas e os emolumentos tenham natureza jurídica de taxa, conforme a orientação do STF (ADI n. 3.694/AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 6-11-2006), a competência no microsistema atinente às serventias extrajudiciais só pode ser exercida mediante iniciativa do Tribunal de Justiça sob pena de afronta à independência dos Poderes”. O mesmo ocorre em relação às serventias judiciais, obviamente.

Portanto, não há violação alguma aos arts. 24, inciso IV, 96, inciso II e 145, inciso II, da Constituição Federal.

Em segundo lugar, não há como aplicar a Lei Complementar Estadual n. 729/2018 para isentar totalmente o INSS do pagamento das custas judiciais.

De acordo com o parágrafo único (depois remodelado para § 1º pela LCE n. 279/2004) do art. 33, da Lei Complementar Estadual n. 156/97, com a redação dada tanto pela LCE 161/97 quanto pela LCE 524/2010, as autarquias federais, quando vencidas em ações que tramitam na Justiça Estadual Catarinense, foram isentadas da metade das custas processuais.

É verdade que a Lei Complementar Estadual n. 729/2018, ao introduzir alteração no referido § 1º, passou a isentar totalmente de custas judiciais as autarquias federais, diante da inconstitucionalidade formal do referido normativo.

Porém, tal como dito pelo Órgão Especial desta Corte de Justiça Estadual, quando do julgamento da ADI n. 8000352.80.2017.8.24.0000, que declarou a inconstitucionalidade formal da Lei Complementar Estadual n. 696/2017, que versava sobre emolumentos das serventias extrajudiciais, por vício da iniciativa parlamentar, esta Terceira Câmara de Direito Público, no dia 12.11.2019, na Apelação Cível n. 0300207.61.2018.8.24.0159, relatada pelo eminente Desembargador

Ronei Danielli, assentou que ante a «inconstitucionalidade formal do art. 3º da Lei Complementar Estadual n. 729/2018, revela-se imperioso, por força do efeito repristinatório, aplicar-se a redação anterior do art. 33, § 1º, da LCE n. 156/1997, atribuída pelo art. 1º da LCE n. 524/2010, razão pela qual deve ser mantida, em favor da autarquia federal, a isenção das custas processuais pela metade».

Assim, a fim de evitar a desnecessária tautologia, rogando vênia ao nobre Desembargador, passa-se a transcrever os fundamentos de sua decisão, adotando-os como razões de aqui decidir, «ad litteram»:

*Referente às custas do processo, tal matéria é regulada pela Lei Complementar Estadual n. 156/1997, mais precisamente, em relação a presente controvérsia, pelo art. 33, § 1º, o qual, na redação atribuída pela Lei Complementar Estadual n. 524/2010 (art. 1º), assim dispunha:*

*São devidos pela metade, as custas e emolumentos quando o interessado for autarquia federal, e autarquias de outros Estados da Federação e de seus municípios. (sem grifo no original)*

*A Lei Complementar Estadual n. 729/2018, em seu art. 3º, por seu turno, alterou o dispositivo da seguinte forma: São devidos pela metade as custas e os emolumentos quando o interessado for autarquia de outro Estado da Federação e de seus Municípios, e isento quando o interessado for autarquia federal. (sem grifo no original)*

*Entretanto, a jurisprudência deste Colendo Tribunal de Justiça é pacífica no sentido dessa última alteração ser inconstitucional.*

*Para melhor entendimento, faz-se mister breve retrospectiva.*

*Em 07.02.2018, o Órgão Especial, na ADI n. 8000352-80.2017.8.24.0000, Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar Estadual n. 696/2017, a qual versava sobre os emolumentos nas serventias extrajudiciais.*

*Referida declaração ocorreu devido ao vício formal de iniciativa, pois o projeto de lei iniciou-se pelos parlamentares estaduais, e não pelo Tribunal de Justiça, contrariando, assim, o art. 96, II, “b” e “d”, da Constituição Federal.*

*Ato contínuo, esta Corte, corrigindo o vício de iniciativa anterior, enviou novo projeto de lei à Assembleia Legislativa, também atinente aos emolumentos nas serventias extrajudiciais. No decorrer do processo legislativo houve emendas parlamentares e, no referente ao tema ora apreciado, incluiu-se a isenção total das custas judiciais em favor das autarquias federais.*

*Aludida inclusão, todavia, também é inconstitucional, porquanto viola a imprescindível pertinência temática que as emendas parlamentares devem ter nos projetos de lei de iniciativa privativa de outros órgãos.*

Nesse norte é o entendimento uníssono do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

*1) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4138/MT, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, julgada em 17.10.2018: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE TRIBUNAL DE JUSTIÇA INSTAURAÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO VERSANDO TEMA PERTINENTE À ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO*

ESTADO INICIATIVA DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI SUJEITA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA (CF, ART. 96, II, D, E ART. 125, § 1º, *in fine*) OFERECIMENTO E APROVAÇÃO, NO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO, DE EMENDAS PARLAMENTARES AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA MATERIAL COM O OBJETO DA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA DESCARACTERIZAÇÃO DE REFERIDO PROJETO DE LEI MOTIVADA PELA ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DA COMPETÊNCIA MATERIAL E DOS LIMITES TERRITORIAIS DE DIVERSAS VARAS JUDICIAIS A QUESTÃO AS EMENDAS PARLAMENTARES A PROJETOS DE INICIATIVA RESERVADA A OUTROS PODERES DO ESTADO POSSIBILIDADE LIMITAÇÕES QUE INCIDEM SOBRE O PODER DE EMENDAR PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS DOCTRINA PRECEDENTES REAFIRMAÇÃO DE CONSOLIDADA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O TEMA PARECER DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI COMPLEMENTAR MATO-GROSSENSE Nº 313/2008 AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO EXERCÍCIO DO PODER DE EMENDA PELOS MEMBROS DO LEGISLATIVO.

*O poder de emendar projetos de lei que se reveste de natureza eminentemente constitucional qualifica-se como prerrogativa de ordem políticojurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. Essa prerrogativa institucional, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (RTJ 36/382, 385 RTJ 37/113 RDA 102/261), pode ser legitimamente exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa, desde que respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei e (b) guardem afinidade lógica com a proposição original (vínculo de pertinência). Doutrina. Jurisprudência. Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, no oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Consequente declaração de inconstitucionalidade formal do diploma legislativo impugnado nesta sede de fiscalização normativa abstrata.*

2) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6072/RS, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Plenário, julgada em 30.08.2019:

*A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica e dominante no sentido de que a previsão constitucional de iniciativa legislativa reservada não impede que o projeto de lei encaminhado ao Poder Legislativo seja objeto de emendas parlamentares. Nesse sentido: ADI 1.050-MC, Rel. Min. Celso de Mello; ADI 865-MC, Rel. Min. Celso de Mello.*

2. Entretanto, este Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica e dominante no sentido de que a possibilidade de emendas parlamentares aos projetos de lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, aos Tribunais, ao Ministério Público, dentre outros, encontra duas limitações constitucionais, quais sejam: (i) não acarretem em aumento de despesa e; (ii) mantenham pertinência temática com o objeto do projeto de lei.

3) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4827/AL, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Plenário, julgada em 27.09.2019: *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o Poder Legislativo pode emendar projeto de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, desde que não ocorra aumento de despesa e haja estreita pertinência das emendas com o objeto do projeto encaminhado ao Legislativo, mesmo que digam respeito à mesma matéria (ADI 3.655, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 16/4/2016).*

*Nessa toada, é pacífico o entendimento do art. 3º da Lei Complementar Estadual n. 729/2018 ser formalmente inconstitucional, porquanto inserido por meio de emenda parlamentar violadora da pertinência temática com o projeto de lei de iniciativa privativa enviado por este Tribunal.*

(...)

*De tal feita, haja vista a inconstitucionalidade formal do art. 3º da Lei Complementar Estadual n. 729/2018, revela-se imperioso, por força do efeito repristinatório, aplicar-se a redação anterior do art. 33, § 1º, da LCE n.*

156/1997, atribuída pelo art. 1º da LCE n. 524/2010, razão pela qual deve ser mantida, em favor da autarquia federal, a isenção das custas processuais pela metade.

Na mesma linha, o eminente Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, quando do Julgamento da Apelação Cível de n. 0301178-65.2015.8.24.0025, assentou:

O Regimento de Custas e Emolumentos (LCE n. 156/1997) foi recentemente alterado pela LCE n. 729/2018, isentando as autarquias federais do pagamento da totalidade das custas judiciais (art. 3º).

O dispositivo, contudo, é inconstitucional.

O RCE previa a necessidade de recolhimento antecipado dos emolumentos e demais despesas no âmbito dos tabelionatos de protesto (art. 24, na redação dada pela LCE n. 291/2005).

A LCE n. 696/2017, de iniciativa do Poder Executivo, alterou o mencionado dispositivo para possibilitar a cobrança postergada daqueles valores. Porém, essa Lei foi declarada inconstitucional por vício de iniciativa, ao fundamento de que cabe apenas ao Tribunal de Justiça a propositura de projeto de lei sobre a cobrança de emolumentos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGADA A INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO MERAMENTE REFLEXA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. AVENTADA A NECESSIDADE DE ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. INSUBSISTÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE NORMAS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, AINDA QUE DE REPRODUÇÃO OBRIGATÓRIA, COMO PARÂMETRO DE CONTROLE. ADEMAIS, ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL QUE DISPENSA ANÁLISE DE NORMAS FEDERAIS. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA. LEI COMPLEMENTAR N. 696/2017, DO ESTADO DE SANTA CATARINA, QUE DISPÕE SOBRE HIPÓTESES ESPECIAIS DE POSTERGAÇÃO DO RECOLHIMENTO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS EM TÍTULOS APRESENTADOS PARA PROTESTO. PROJETO DE LEI DE ORIGEM LEGISLATIVA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A INICIATIVA DE LEIS QUE DISPONHAM SOBRE MATÉRIAS REFERENTES AOS SERVIÇOS AUXILIARES DO JUDICIÁRIO, ABRANGENDO AS ATIVIDADES NOTARIAL E REGISTRAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 32, 83, INCISO IV, “D”, 128, II, TODOS DA CONSTITUIÇÃO CATARINENSE. PRECEDENTES DESTA CORTE. APOSIÇÃO DE VETO TOTAL PELO GOVERNADOR DO ESTADO COM AS MESMAS RAZÕES. VÍCIO DE INICIATIVA CONSTATADO. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

“[...] É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as Leis que disponham sobre serventias judiciais e extrajudiciais são de iniciativa privativa dos tribunais de justiça, a teor do que dispõem as alíneas ‘b’ e ‘d’ do inciso II do art. 96 da Constituição da República. Precedentes [...]” (STF, ADI n. 3.773-1/SP, Rel. Min. Menezes Direito, DJe de 3-9-2009). (TJSC, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.080279-7, da Capital, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 20-07-2011). (ADI n. 8000352-80.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Órgão Especial, j. 7-2-2018)

Por isso, o Presidente desta Casa, Des. Rodrigo Collaço, enviou à Assembleia Legislativa Projeto de Lei Complementar visando restaurar a possibilidade de que o pagamento de emolumentos e demais despesas pudesse ser postergado.

Sua Excelência apresentou a seguinte justificativa:

A reedição da regra de exigência de depósito prévio geraria sérias consequências negativas ao uso do instituto do protesto, uma vez que os credores de títulos de crédito deixariam de lado a utilização dos tabelionatos de protesto, que oferecem maior segurança e eficácia, para aderir aos serviços prestados pelos órgãos de proteção



*ao crédito, como o Boa Vista e a Serasa Experian, que não têm fé pública.*

*A diminuição da procura pelo serviço de protesto também traria séria implicação para o Poder Público, pois reduziria a arrecadação do Fundo de Reaparelhamento da Justiça -- FRJ.*

*Ainda, importante considerar as seguintes razões:*

*a) a fundamentação do acórdão proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 8000352-80.2017.8.24.0000 pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, baseada unicamente no vício de origem;*

*b) a deliberação no 67º Encontro do Colégio Permanente de Corregedores-Gerais dos Tribunais de Justiça do Brasil para que as corregedorias da Justiça incentivem a normatização do protesto de títulos judiciais e de custas processuais e honorários advocatícios, bem como as disposições da Lei federal nº 13.1025, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil, que prevê o protesto de sentenças judiciais;*

*c) o interesse da Administração Pública federal, estadual e municipal no protesto das certidões de dívida ativa;*

*d) a disposição específica sobre protesto de sentença que passou a constar no Código de Processo Civil (art. 517);*

*e) a interpretação de que o adiantamento dos emolumentos é facultativo, nos termos do § 1º do art. 37 da Lei federal nº 9.492, de 1997;*

*f) a possibilidade de haver demandas que não seriam levadas a protesto em razão da exigência de depósito prévio de emolumentos;*

*g) a possibilidade de haver maior arrecadação ao Poder Judiciário, uma vez que a postecipação não é aplicável aos valores devidos ao Fundo de Reaparelhamento da Justiça (FRJ); e*

*h) a eficácia do protesto para a redução de cobranças de títulos no âmbito judicial e a diminuição da inadimplência.*

*Diante disso, imprescindível a proposição do presente projeto de lei complementar, de iniciativa do Tribunal de Justiça.*

*Confira-se o texto remetido à Casa Legislativa:*

*Art. 1º O art. 24 da Lei Complementar nº 156, de 15 de maio de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*«Art. 24. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei, quando da distribuição de petição inicial, de petição avulsa ou de requerimento às serventias extrajudiciais, deverá a parte ou o interessado comprovar o recolhimento do total das custas e despesas judiciais, dos emolumentos e dos valores devidos ao Fundo de Reaparelhamento da Justiça (FRJ), se a eles se sujeitar a ação ou o ato.*

*§ 1º Não será exigível o depósito prévio dos valores relativos aos emolumentos e às despesas pertinentes aos serviços extrajudiciais de protesto, com exceção dos valores devidos ao Fundo de Reaparelhamento da Justiça (FRJ) e da taxa de distribuição de títulos, na apresentação de:*

*I - sentenças judiciais;*

*II - títulos e outros documentos que comprovem a dívida pelas concessionárias e permissionárias de serviços públicos de ente federal, estadual e municipal, assim como pelas empresas públicas e sociedades de economia mista; e*

*III - títulos e outros documentos que comprovem a dívida por pessoas físicas e jurídicas não enquadradas no inciso II, quando realizarem convênio com o Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil - Seção de Santa Catarina.*

*§ 2º Os valores dos emolumentos e das despesas relacionadas ao ato, conforme previsão do § 1º deste artigo,*



serão pagos:

*I - no ato elisivo do protesto, pelo devedor;*

*II - no ato de desistência do protesto, pelo apresentante; III - no cancelamento do protesto, pelo solicitante; ou*

*IV - na sustação definitiva ou no cancelamento do protesto por decisão judicial, pelo sucumbente.*

§ 3º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, o cálculo, a cobrança e o recolhimento dos emolumentos obedecerão aos seguintes critérios:

*I - por ocasião do aceite, devolução, pagamento do título ou desistência do protesto, serão considerados os valores previstos em lei e as despesas vigentes na data da protocolização do título; e*

*II - por ocasião do pedido de cancelamento do protesto ou da determinação judicial da sustação definitiva do protesto, serão considerados os valores previstos em lei e as despesas vigentes na data dos respectivos recebimentos, observada a faixa de referência do título vigente na data de sua apresentação a protesto.*

§ 4º As bases de cálculo para incidência das custas e dos emolumentos terão seus valores corrigidos na data do recolhimento por indexador que expresse os índices de correção monetária do País, mediante resolução do Conselho da Magistratura.” (NR)

Art. 2º O item 7 da Tabela I - Atos do Tabelião da Lei Complementar nº 219, de 31 de dezembro de 2001, passa a vigorar com o acréscimo das seguintes notas 6ª e 7ª:

«TABELA I

ATOS DO TABELIÃO

.....

7 - Protesto de títulos:

..... NOTAS:

.....

6ª - Na situação de postergação dos pagamentos dos emolumentos e demais despesas, nos termos do art. 24, § 1º, da Lei Complementar nº 156, de 1997:

*I- nenhum valor será devido ao tabelião pelo exame do título ou documento de dívida que foi devolvido ao apresentante por motivo de irregularidade formal; e*

*II-a partir do momento da vacância do tabelionato de protesto e pelo período de 5 (cinco) anos, deverão ser contabilizados e repassados ao final de cada mês ao então responsável pelo trâmite do protesto ou, na falta dele, a quem de direito os valores dos emolumentos pelos atos praticados sob sua responsabilidade, nos termos desta Lei Complementar.*

7ª - Na hipótese do inciso II da Nota 6ª, o recolhimento dos valores incumbe ao responsável pelo tabelionato de protesto na data do efetivo recebimento.» (NR)

O PLC foi autuado sob o n. 0015.3/2018 e recebeu propostas de emenda, entre as quais uma de autoria do Deputado José Milton Scheffer visando alteração do art. 33 da LCE n. 156/1997 (ou seja, dispositivo diverso daquele mencionado no texto original, que era o art. 24).

Sua Excelência propôs aditamento ao projeto para alterar:

[...] o § 1º do art. 33 da Lei Complementar nº 156, de 1997, com a finalidade de tornar integral a isenção vigente

de 50% (cinquenta por cento) de custas e emolumentos quando o interessado for autarquia federal, converge à legislação federal, em especial ao Decreto-Lei nº 1.537, de 13 de abril de 1977, recepcionado pela Constituição Federal, que «Isenta do pagamento de custas e emolumentos a prática de quaisquer atos, pelos Ofícios e Cartórios de Registro de Imóveis, de Registro de Títulos e Documentos e de Notas, relativos às solicitações feitas pela União», e também a reiteradas decisões judiciais que concedem a isenção perseguida, conforme informado na Justificativa da própria Emenda Aditiva. (grifou-se) (Parecer da CCJ, f. 3)

O DL n. 1.537/1977, que «isenta do pagamento de custas e emolumentos a prática de quaisquer atos, pelos Ofícios e Cartórios de Registro de Imóveis, de Registro de Títulos e Documentos e de Notas, relativos às solicitações feitas pela União», dispõe:

Art. 1º - É isenta a União do pagamento de custas e emolumentos aos Ofícios e Cartórios de Registro de Imóveis, com relação às transcrições, inscrições, averbações e fornecimento de certidões relativas a quaisquer imóveis de sua propriedade ou de seu interesse, ou que por ela venham a ser adquiridos.

Art. 2º - É isenta a União, igualmente, do pagamento de custas e emolumentos quanto às transcrições, averbações e fornecimento de certidões pelos Ofícios e Cartórios de Registros de Títulos e Documentos, bem como quanto ao fornecimento de certidões de escrituras pelos Cartórios de Notas.

Art. 3º - A isenção de que tratam os artigos anteriores estende-se à prática dos mesmos atos, relativamente a imóveis vinculados ao Fundo Rotativo Habitacional de Brasília (FRHB) e às operações de dação em pagamento, de imóveis recebidos pelo Banco Nacional da Habitação.

Trata-se de isenções concedidas apenas no âmbito de «Ofícios e Cartórios de Registro de Imóveis, de Registros de Títulos e Documentos e de Notas», ou seja, apenas quanto a emolumentos e despesas extrajudiciais.

No parecer da CCJ foi citado precedente a respeito da vigência do DL n. 1.537/1977, justificando a necessidade de inserir a isenção no âmbito do Regimento de Custas a fim de evitar discussões judiciais:

[...]- O Decreto-Lei nº 1.537/77 é claro ao isentar a União, e por extensão, suas Autarquias, do pagamento de custas e emolumentos; dispositivo este em vigência porque não foi revogado pela legislação a ele posterior, sendo recepcionado pela atual Constituição Federal (art. 236, § 2º), sendo atribuída competência à lei federal para disciplinar sobre os emolumentos. (TRF4, AC n. 2006.71.16.001687-9/RS, Terceira Turma, rel. Des. Federal Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 13/11/2008) (Parecer da CCJ, f. 3)

Naquela Comissão, o Relator (Dep. João Amin), consignou:

Depreendo, à vista disso, e considerando, sobretudo, o posicionamento do Poder Judiciário, que a redação projetada pela Emenda Aditiva de lavra do Deputado José Milton Scheffer visa corrigir o § 1º do art. 33 da Lei Complementar nº 156, de 1997, concedendo a isenção mandatária e eximindo o Estado, assim, de custas ao se defender de processos nos quais, certamente, perderia a ação.

Observo, todavia, que o Relator rejeitou a supramencionada Emenda Aditiva por não cumprir os requisitos da LRF, demonstrando sua preocupação com as finanças públicas, em especial na conjuntura econômica em que vivemos, o que é salutar.

Porém, ao investigar os procedimentos de isenção e ressarcimento das custas e emolumentos de serviços notariais e de registro, serviços exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público, não constato nenhum aumento da despesa pública ou renúncia de receita pública, uma vez que as isenções de custas e emolumentos são ressarcidas com a receita proveniente dos Selos de Fiscalização, nos termos da Lei Complementar nº 175, de 28 de dezembro de 1998, cujo art. 9º, caput, estabelece que, deduzidos 20% (vinte por cento) para manutenção dos custos operacionais do TJSC, a receita dos Selos de Fiscalização será destinada para o ressarcimento aos cartórios das isenções de emolumentos e custas.

*Ademais, caso a receita seja superior ou inferior aos ressarcimentos, os eventuais saldos ou déficits serão transferidos para o mês subsequente, não onerando, assim, o Erário (§§ 3º e 4º do art. 9º da Lei Complementar nº 175, de 1998). (grifou-se)*

*Pelo que se vê do mencionado parecer e do DL n. 1.537/1977, a emenda aditiva visava unicamente isentar as autarquias federais quanto aos emolumentos e outras despesas nos «Ofícios e Cartórios de Registro de Imóveis, de Registro de Títulos e Documentos e de Notas». Nada foi mencionado, a despeito do uso da palavra «custas», acerca dos pagamentos devidos pela prestação da atividade jurisdicional.*

*Ocorre, porém, que o dispositivo do Regimento de Custas que versa sobre as autarquias não é o art. 24 (objeto do texto original do PLC), mas sim o art. 33, que dispunha:*

*Art. 33. São isentos de custas judiciais pelos atos praticados por servidor remunerado pelos cofres públicos, e de emolumentos pela prática de atos notariais e de registro público em que o Estado de Santa Catarina, os seus municípios e as respectivas autarquias forem interessados e tenham que arcar com tal encargo. (Redação dada pela LC 524, de 2010)*

*§ 1º São devidos pela metade, as custas e emolumentos quando o interessado for autarquia federal, e autarquias de outros Estados da Federação e de seus municípios. (grifou-se) (Redação dada pela LC 524, de 2010)*

*Por essa regra, tanto as despesas judiciais quanto as extrajudiciais eram devidas pela metade pelas autarquias federais.*

*Com a emenda legislativa, o art. 33 foi alterado, passando a dispor:*

*§ 1º São devidos pela metade as custas e os emolumentos quando o interessado for autarquia de outro Estado da Federação e de seus Municípios, e isento quando o interessado for autarquia federal.*

*Assim, apesar de se pretender conceder isenção unicamente quanto aos emolumentos e demais despesas dos serviços extrajudiciais, acabou-se por estender a isenção também às custas judiciais, dispensando as autarquias de todo e qualquer pagamento.*

*O PLC foi aprovado como LCE n. 429 e entrou em vigor em 17-12-2018. Há evidente inconstitucionalidade, data venia.*

*Como já mencionado, esta Corte decidiu que a iniciativa de leis que versem sobre emolumentos é exclusiva do Judiciário (ADI n. 8000352-80.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Órgão Especial, j. 7-2-2018). Portanto, o PLC n. 0015.3/2018, que versava apenas sobre emolumentos devidos na via extrajudicial, não poderia ser emendado pelo Legislativo para incluir tema diverso, qual seja, as custas judiciais.*

*Ainda que de forma involuntária, ocorreu inovação indevida.*

*Não se cogita de contrabando legislativo - aparentemente, a inclusão de questão estranha à discussão original foi involuntária. Como já destacado, ao modificar o art. 33, § 1º, com o fim de conceder isenção dos pagamentos pelos serviços extrajudiciais, a Casa Legislativa acabou por abarcar as custas judiciais, isentando as autarquias federais de forma ampla.*

*Trata-se de emenda que não guardou a necessária pertinência temática, o que macula de inconstitucionalidade o dispositivo.*

*Na linha de jurisprudência consolidada do STF:*

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - TRIBUNAL DE JUSTIÇA - INSTAURAÇÃO DE PROCESSO LEGISLATIVO VERSANDO A ORGANIZAÇÃO E A DIVISÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO**

- INICIATIVA DO RESPECTIVO PROJETO DE LEI SUJEITA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE RESERVA (CF, ART. 125, § 1º, «in fine») - OFERECIMENTO E APROVAÇÃO, NO CURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO, DE EMENDAS PARLAMENTARES - AUMENTO DA DESPESA GLOBAL ORIGINALMENTE PREVISTA E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA MATERIAL COM O OBJETO DA PROPOSIÇÃO LEGISLATIVA - DESCARACTERIZAÇÃO DE REFERIDO PROJETO DE LEI MOTIVADA PELA AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE COMARCAS, VARAS E CARGOS CONSTANTES DO PROJETO INICIAL - A QUESTÃO DAS EMENDAS PARLAMENTARES A PROJETOS DE INICIATIVA RESERVADA A OUTROS PODERES DO ESTADO - POSSIBILIDADE - LIMITAÇÕES QUE INCIDEM SOBRE O PODER DE EMENDAR PROPOSIÇÕES LEGISLATIVAS - DOCTRINA - PRECEDENTES - MEDIDA CAUTELAR ANTERIORMENTE DEFERIDA PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE - REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO EXERCÍCIO DO PODER DE EMENDA PELOS MEMBROS DO PARLAMENTO.

- O poder de emendar projetos de lei - que se reveste de natureza eminentemente constitucional - qualifica-se como prerrogativa de ordem político-jurídica inerente ao exercício da atividade legislativa. Essa prerrogativa institucional, precisamente por não traduzir corolário do poder de iniciar o processo de formação das leis (RTJ 36/382, 385 - RTJ 37/113 - RDA 102/261), pode ser legitimamente exercida pelos membros do Legislativo, ainda que se cuide de proposições constitucionalmente sujeitas à cláusula de reserva de iniciativa, desde que - respeitadas as limitações estabelecidas na Constituição da República - as emendas parlamentares (a) não importem em aumento da despesa prevista no projeto de lei e (b) guardem afinidade lógica com a proposição original (vínculo de pertinência). Doutrina. Jurisprudência.

- Inobservância, no caso, pelos Deputados Estaduais, no oferecimento das emendas parlamentares, de tais restrições. Consequente declaração de inconstitucionalidade formal dos preceitos normativos impugnados nesta sede de fiscalização normativa abstrata.

[...] (ADI 1050/SC, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 1º-8-2018) No mesmo sentido:

1.

[...] PROJETO DE LEI - INICIATIVA - EMENDA PARLAMENTAR - DESVIRTUAMENTO.

A ausência de pertinência temática de emenda da casa legislativa em projeto de lei de iniciativa exclusiva leva a concluir-se pela inconstitucionalidade formal. [...] (ADI 1834/SC, rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 8-3-2018)

2.

Direito Constitucional. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Processo Legislativo. Lei de Iniciativa Reservada ao Poder Executivo. Emenda Parlamentar sem Estreita Relação de Pertinência com o Objeto do Projeto Encaminhado pelo Executivo. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade. Precedentes.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o Poder Legislativo pode emendar projeto de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, desde que não ocorra aumento de despesa e haja estreita pertinência das emendas com o objeto do projeto encaminhado ao Legislativo, mesmo que digam respeito à mesma matéria. Nesse sentido: ADI 546, Rel. Min. Moreira Alves, j. em 11.3.1999, DJ de 14. 4.2000; ADI 973-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 17.12.1993, DJ 19.12.2006; ADI 2.305, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 30.06.2011, DJ 05.08.2011; e ADI 1.333, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 29.10.2014, DJE 18.11.2014.

2. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (grifou-se) (ADI 3655/TO, rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 3-3-2016)

*Constatada, portanto, a inconstitucionalidade parcial da LCE n. 729 quanto ao seu art. 3º:*

*Art. 3º O § 1º do art. 33 da Lei Complementar nº 156, de 1997, passa a vigorar com a seguinte redação: «Art. 33. ....»*

*§ 1º São devidos pela metade as custas e os emolumentos quando o interessado for autarquia de outro Estado da Federação e de seus Municípios, e isento quando o interessado for autarquia federal.*

*Destaca-se ser inviável a interpretação conforme neste caso.*

*A princípio, seria possível cogitar de restringir o alcance do § 1º do art. 33 apenas aos emolumentos. Porém, nesse caso, persistiria o desaparecimento da norma legal que autorizava a cobrança de metade das custas judiciais das autarquias federais.*

*A consequência então, seria a cobrança integral das custas judiciais daqueles entes, o que, à toda evidência, não era a intenção do legislador.*

*Com esse desfecho, o uso daquela técnica mostra-se inviável (a respeito, entre outros: 1) RE 966177 RG-QO/RS, rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. 7-6-2017 e 2) ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, Pleno, j. 30-4-2009).*

*Por fim, como há inúmeros precedentes da Corte Superior no sentido da inconstitucionalidade formal (pois o art. 3º da LCE n. 729/218 foi inserido em projeto de lei de iniciativa privativa sem a necessária correspondência temática), é desnecessária a observância da cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97), nos termos do CPC/2015:*

*Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo.*

*Art. 949. [.]*

*[...]*

*Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.*

*O caminho é reconhecer a inconstitucionalidade do art. 3º da LCE n. 729/218, o que pode ser feito pela própria Câmara, sem necessidade de suscitar o incidente perante o Órgão Especial.*

*Assim, por força do efeito repristinatório, volta a vigorar o art. 33, § 1º, na redação anterior (dada pela LCE n. 524/2010), de modo que o INSS arcará com as custas pela metade.*

*Na esteira do precedente acima, há farta jurisprudência deste Sodalício:*

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INCONFORMISMO - TESES REAVIVADAS QUE FORAM ENFRENTADAS OU SE OPÕEM À LINHA DE PENSAMENTO DA DECISÃO RECORRIDA - RECURSO PROTETATÓRIO - MULTA.**

*Os embargos de declaração têm (ou devem ter) alcance limitado. São recurso de cognição vinculada. Apenas vícios formais, que implicarem uma má elaboração da deliberação, podem ser expostos. Não se reveem critérios de julgamento, o desacerto da decisão. O objetivo é o aperfeiçoamento formal (ainda que eventualmente, por força da superação desses pecados, se possa até chegar à modificação do julgado - os efeitos infringentes excepcionalmente admitidos).*

*No caso, entretanto, os declaratórios querem alterar a conclusão judicial posta com clareza. Reconheceu-se a inconstitucionalidade do art. 3º da LCE n. 729/218 e, levando-se em conta a data do ajuizamento da demanda*



*(anterior à vigência da Lei Estadual 17.654/2018, que também isentou União e suas autarquias das taxas de serviços judiciais), manteve-se a condenação da autarquia ao pagamento dessas obrigações. Não houve omissão, contradição ou obscuridade, mas eventualmente (na linha de pensamento da embargante) uma equivocada adoção de critérios de julgamento, insuscetível de modificação pela via dos embargos.*

*A isenção representa a exclusão do crédito tributário para o futuro (art. 176 do CTN). O que o INSS quer, na realidade, é que a norma valha por remissão (o desaparecimento do crédito tributário: art. 156, inc. IV). Ela, porém, deve ser expressa, haja vista o princípio da legalidade (art. 97, inc. VI).*

*Embargos protelatórios; sancionamento por meio de multa do art. 1.026, § 2º, do CPC. (TJSC, Embargos de Declaração n. 0301400-20.2016.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 08-08-2019).*

*Desta Câmara:*

**AGRAVO INTERNO. INSURGÊNCIA MANIFESTADA CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO APELO DO INSS, QUE OBJETIVA A ISENÇÃO DE CUSTAS JUDICIAIS. PRETENSÃO CALCADA NO DISPOSTO NO ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 729/18. AFASTAMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTE SODALÍCIO.**

*“O art. 3º da LC 729/2018 (que pretendia isentar o INSS de custas perante a Justiça Estadual) é inconstitucional, pois subverteu por meio de emenda parlamentar o projeto de lei encaminhado pelo Poder Judiciário em assunto de sua exclusiva iniciativa. Reconhecimento feito independentemente de encaminhamento ao Órgão Especial em face da jurisprudência consolidada. Repristinação do art. 33, § 1º da LC 156/1997 (na redação dada pela LC 524/2010), sendo o INSS devedor de custas pela metade”. (TJSC, Apelação Cível n. 0301380-97.2014.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 12-12-2019) (TJSC, Agravo Interno n. 0302175-09.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público, j. 05-03-2020).*

Ou seja, ainda que incidentalmente, no controle difuso da constitucionalidade das leis, a Lei Complementar Estadual n. 729, de 17.12.2018, foi considerada inconstitucional e, por isso, não pode ser aplicada para isentar as autarquias federais da totalidade das custas judiciais.

Ressalte-se que a Lei Complementar Estadual n. 156/1997, com todas as suas alterações, foi tacitamente revogada com o advento, primeiramente, da Lei Estadual n. 17.654, de 27.12.2018, que instituiu a Taxa de Serviços Judiciais (TSJ) substitutiva das custas das serventias judiciais oficializadas, e depois pela Lei Complementar Estadual n. 755, de 26.12.2019, que dispôs sobre os emolumentos das serventias extrajudiciais, de sorte que não mais subsiste a invocação do seu art. 33, § 1º, seja para isenção parcial, seja para isenção total, das custas judiciais, em favor das autarquias federais.

### **Da isenção da Taxa de Serviços Judiciais com base em outro normativo**

Como se viu, por ter sido reconhecida a inconstitucionalidade formal, a Lei Complementar Estadual n. 729/2018, invocada pelo INSS, não tem o condão de outorgar a isenção total das custas processuais em favor da autarquia federal, além do que já não mais subsiste o disposto no art. 33, § 1º, da Lei Complementar Estadual n. 156/1997, tacitamente revogado que foi.



Não obstante, é preciso considerar o disposto no art. 7º, inciso I, da Lei Estadual n. 17.654, de 27.12.2018, vigente desde 1º de abril de 2019, quanto à isenção das autarquias federais do pagamento da Taxa de Serviços Judiciais instituída pelo mencionado normativo, nas ações propostas após o início da vigência de tal lei.

*Isso porque a Lei Estadual n. 17.654/2018, que instituiu a Taxa de Serviços Judiciais (TSJ) e regulou a responsabilidade pelo pagamento da referida taxa e demais despesas processuais, isentou do recolhimento da Taxa de Serviços Judiciais a União e as respectivas autarquias, conforme se infere do art. 7º, inciso I do aludido diploma legal, 'verbis':*

*Art. 7º São isentos do recolhimento da Taxa de Serviços Judiciais:*

*I – a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações; e*

*II – o Ministério Público e a Defensoria Pública.*

*Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo não se estende às entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exige as pessoas jurídicas referidas no inciso I da obrigação de reembolsar a taxa e as despesas processuais pagas pela parte vencedora.*

Nesse contexto é que se tem decidido que nos casos em que a demanda foi ajuizada na vigência da Lei Estadual n. 17.654/18, isto é, a partir do dia 1º de abril de 2019, a Autarquia Federal deve ser isenta do recolhimento da Taxa de Serviços Judiciais (TSJ).

Esta Terceira Câmara de Direito Público, na sessão de 1º de dezembro de 2020, julgou os Embargos de Declaração na Apelação Cível n. 5009541.97.2019.2019.8.24.0054, relatados pelo eminente Desembargador Ronei Danielli, e assim decidiu:

*O regime jurídico das custas processuais no Poder Judiciário Catarinense foi substancialmente modificado com a promulgação da Lei Estadual n. 17.654/2018, que instituiu a Taxa de Serviços Judiciais (TSJ), regulando de forma específica a incidência do tributo e a responsabilidade pelo pagamento da taxa e demais despesas processuais.*

O novo diploma entrou em vigor em 1º de abril de 2019.

Sabe-se que, até então, a matéria vinha regulada fundamentalmente pela Lei Complementar Estadual n. 156/1997 e suas sucessivas modificações, dentre as quais se destaca a promovida pela Lei Complementar Estadual n. 729/2018, que concedeu isenção plena às autarquias federais em dispositivo formalmente inconstitucional (dentre inúmeros precedentes a respeito, cita-se a Apelação n. 0006578-28.2013.8.24.0018, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 03.10.2019).

No caso concreto, a petição inicial foi protocolada anteriormente ao mês abril de 2019, portanto não estava sob os efeitos da Lei Estadual n. 17.654/2018, a qual, em seu art. 7º, I, concedeu isenção total do recolhimento da Taxa de Serviços Judiciais às autarquias federais, daí por que não se aplica na hipótese dos autos.

Portanto, de acordo com o normativo anterior válido, no presente caso o INSS vencido deve pagar a metade das custas e despesas processuais.

### **Dispositivo**

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento parcial ao recurso do INSS, para explicitar que: 1) o benefício auxílio-acidente deve ser implantado a partir da publicação da sentença, devendo ser ressalvado eventual passivo para execução de sentença com base na futura deliberação do Superior Tribunal de Justiça sobre o Tema 862; 2) que as prestações vencidas até a data da implantação do benefício, incide correção monetária pelo INPC, desde o vencimento de cada parcela, e juros de mora, desde a citação, pelos índices oficiais de remuneração adicional da caderneta de poupança.

**Desembargador JAIME RAMOS**

**Relator**

# AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL Nº 5044339-18.2020.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR RONEI DANIELLI

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE PALHOÇA/SC

AGRAVADO: JUÍZO DA UNIDADE REGIONAL DE EXECUÇÕES FISCAIS MUNICIPAIS E ESTADUAIS DA COMARCA DE FLORIANÓPOLIS

INTERESSADO: BERNADETE EMERENCIANA GASPAR APOLINARIO

AGRAVO INTERNO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR INFERIOR A 50 ORTNS. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. ALEGADA IRRECORIBILIDADE E TERATOLOGIA DO JULGADO. INADMISSIBILIDADE DO WRIT. ATO JUDICIAL RECORRÍVEL. ART. 5º, II, DA LEI 12.016/09 E SÚMULA 267 DO STF. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA. INSURGÊNCIA QUANTO AO MÉRITO DO PROVIMENTO QUE DEVE OBSERVAR O REGIME RECURSAL ESPECÍFICO ESTABELECIDO NO ART. 34 DA LEI 6.830/80. QUESTÃO SEDIMENTADA EM TESE VINCULANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, §4º, DO CPC/15. RECURSO DESPROVIDO.

*“Não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal no contexto do art. 34 da Lei n. 6.830/80.” (STJ, IAC no RMS n. 53.720/SP, Tema IAC n. 03, Primeira Seção, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 10.04.2019).*

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso e condenar o agravante ao pagamento de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 09 de março de 2021.

**Desembargador RONEI DANIELLI**

**Relator**

## RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo Município de Palhoça da decisão monocrática que indeferiu a petição inicial do mandado de segurança impetrado em face de ato atribuído à MMA. Juíza de Direito da Unidade Regional de Execuções Fiscais da comarca da Capital, consistente na

prolação de sentença de extinção, por abandono, na execução fiscal n. 0001408-16.2020.8.24.0023.

Reitera a tese de cabimento do writ por carecer o ente municipal de outros instrumentos processuais tendentes a reformar a decisão que, segundo sustenta, viola o seu direito líquido e certo no prosseguimento da ação originária.

Aduz que a extinção prematura do feito violaria a regra do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, afastando indevidamente a suspensão administrativa do feito enquanto não localizados bens penhoráveis, o que qualificaria a decisão judicial como teratológica.

Notícia que, por se tratar de cobrança inferior a 50 ORTNs, interpôs embargos infringentes, improvidos pela magistrada, e embargos declaratórios, igualmente rejeitados.

Autos conclusos em 18.12.2020.

É o relatório.

## VOTO

Atento à vedação constante do § 3º do art. 1.021 do CPC/2015, transcrevo o pronunciamento monocrático ora debatido com o fim de explanar os pontos apreciados em sede recursal e as razões da manutenção da decisão agravada:

A pretensão do ente impetrante, adianto, não é admissível na via do mandado de segurança.

A Lei n. 6.830/80 prevê, em seu art. 34: “*Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração*”; sendo admitida, ainda, a interposição de recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

O ato impugnado pela Municipalidade, portanto, consiste em decisão judicial recorrível, o que atrai a incidência do disposto no art. 5º, II, da Lei n. 12.016/09 e na Súmula n. 267 do STF.

O estabelecimento de um regime de recorribilidade próprio às sentenças proferidas em execuções fiscais quando não atingido determinado valor visa justamente restringir a via recursal ordinária àquelas demandas nas quais a repercussão econômica justifique a movimentação da máquina judiciária em Segunda Instância e perante o Superior Tribunal de Justiça.

Observa-se, a propósito, de acordo com os dados divulgados no relatório Justiça em Números 2018 pelo Conselho Nacional de Justiça, o custo médio de cada ação judicial no país supera R\$ 1.500,00, sendo que a estrutura do Poder Judiciário custou a cada habitante do Estado de Santa Catarina, em 2017, R\$ 304,60 (trezentos e quatro reais e sessenta centavos).

Nesse panorama, no propósito de evitar que os custos de processamento dos recursos superem o proveito econômico almejado na execução fiscal e, com isso, haja, no limite, oneração aos cofres públicos, é que a Lei de Execuções Fiscais estabeleceu um regime recursal próprio aos processos cujo valor cobrado não supere 50 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN.

Logo, admitir-se a utilização do mandado de segurança para questionar o mérito da sentença proferida nessas circunstâncias importaria subverter a lógica da Lei de Execuções Fiscais, negando vigência ao art. 34 do diploma.

Com efeito, nas palavras do saudoso Min. Teori Zavascki, “*não se pode utilizar o mandado de segurança para submeter ao Tribunal de Justiça matéria que a lei exclui de sua apreciação (Lei 6.830/80, art. 34). Seria dar à ação mandamental função imprópria de meio impugnativo semelhante ao da apelação*” (RMS n. 31.357/SP, DJe 30.03.2010).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 637.975/MG, com repercussão geral, Tema n. 408, em 10.06.2011, proclamou: “É compatível com a Constituição o art. 34 da Lei 6.830/1980, que afirma incabível apelação em casos de execução fiscal cujo valor seja inferior a 50 ORTN.»

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, no Incidente de Assunção de Competência no RMS n. 53.720/SP, Tema IAC n. 03, Primeira Seção, rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 10.04.2019, fixou a seguinte tese jurídica vinculante: “***Não é cabível mandado de segurança contra decisão proferida em execução fiscal no contexto do art. 34 da Lei n. 6.830/80.***”

Não há se falar, ressalte-se, em teratologia na sentença combatida, proferida com fundamentação clara, amparada em julgado do Superior Tribunal de Justiça. Assim, à toda evidência, a pretensão da Municipalidade é rediscutir o mérito da decisão judicial, o que, como mencionado, não é admissível na via processual eleita.

Na mesma direção, os precedentes desta Corte Estadual de Justiça: Mandado de Segurança n. 5036392-10.2020.8.24.0000, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, julgado monocraticamente em 23.10.2020; Mandado de Segurança n. 5037264-25.2020.8.24.0000, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, julgado monocraticamente em 27.10.2020; Mandado de Segurança n. 5037705-06.2020.8.24.0000, rel. Des. Carlos Adilson Silva, julgado monocraticamente em 09.11.2020; Mandado de

Segurança n. 5039782-85.2020.8.24.0000, rel. Des. Júlio César Knoll, julgado monocraticamente em 11.11.2020; Mandado de Segurança n. 5040476-54.2020.8.24.0000, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado monocraticamente em 19.11.2020. (evento 2, grifo no original).

Consoante assentado no provimento transcrito, afigura-se patente a inadmissibilidade do writ, na medida em que evidente o propósito da Municipalidade em veicular, por vias transversas, trazer ao Tribunal de Justiça pretensão de matiz eminentemente recursal em demanda a que a Lei de Execuções Fiscais conferiu regime recursal específico, destinado justamente a afastar o cabimento dos recursos ordinários e, com isso, frear a ascensão de processos com diminuta repercussão patrimonial à Segunda Instância, conferindo maior eficiência ao sistema de execução judicial de créditos do Poder Público.

O agravante reforça sua argumentação no tocante à impossibilidade prática de revisão da decisão questionada, tendo em vista que, por inexistir questão constitucional diretamente incidente, o Recurso Extraordinário hipoteticamente cabível provavelmente sequer será admitido.

De toda sorte, contudo, o arrazoado não logra impugnar especificadamente a aplicabilidade dos precedentes vinculantes indicados no provimento agravado, notadamente a tese do Superior Tribunal de Justiça que proclama, categoricamente, não ser cabível o mandado de segurança na hipótese afeta a esta lide (IAC no RMS n. 53.720/SP, Tema IAC n. 03, Primeira Seção, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 10.04.2019).

Logo, não tendo a insurgente logrado ultrapassar os fundamentos declinados no julgamento monocrático, mas, pelo contrário, deduzido pretensão manifestamente improcedente - porquanto diretamente contrastante com precedente do Superior Tribunal de Justiça dotado de caráter vinculante -, o recurso merece ser desprovido e o recorrente condenado ao pagamento de multa, conforme estabelecido pelo art. 1.021, § 4º, do CPC/15.

Nessa direção, assim decidiu a Câmara de Recursos Delegados desta Corte no Agravo Interno n. 4024296-48.2018.8.24.0000, rel. Des. Salim Schead dos Santos, 3º Vice-Presidente, em 09.12.2020:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE, AMPARADA EM PARADIGMA ORIUNDO DE RECURSO REPETITIVO (RESP N. 956.943/PR - TEMA 243) NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO. PROVA DE MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE. SÚMULA 375 DO STJ. PRECEDENTE ADEQUADAMENTE APLICADO. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. [...] É manifestamente improcedente o agravo interno dirigido contra decisão que, sustentada na orientação do Superior Tribunal de Justiça, firmada em julgamento de recurso repetitivo, nega seguimento a recurso especial, daí porque se aplica à agravante a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil de 2015.

Feitas essas considerações, voto por negar provimento ao recurso e condenar o agravante ao pagamento de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa.

**Desembargador RONEI DANIELLI**

**Relator**



# TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE Nº 5013109-21.2021.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR VILSON FONTANA

REQTE: MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS

REQDO: SINDICATO DOS TRABALHADORES NO SERV. PUBL.MUN.DE FPOLIS

GREVE DOS SERVIDORES DA EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS. APLICAÇÃO DA LEI N. 7.783/89. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF. PRÉVIA TENTATIVA DE NEGOCIAÇÃO IGNORADA PELA ADMINISTRAÇÃO. PARALISAÇÃO APROVADA NOS TERMOS DO ESTATUTO DO SINTRASEM E COMUNICADA COM ANTECEDÊNCIA DE 48 HORAS. SERVIÇOS EDUCACIONAIS QUE NÃO SÃO CONSIDERADOS ESSENCIAIS PARA OS FINS ESPECÍFICOS DA LEI DE GREVE. ILEGALIDADE AFASTADA. PEDIDO IMPROCEDENTE.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por maioria, julgar improcedente o pedido, vencido o Desembargador JAIME RAMOS que votou no sentido de julgar parcialmente procedente, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 29 de abril de 2021.

**Desembargador VILSON FONTANA**

**Relator**

## RELATÓRIO

Município de Florianópolis ajuizou “*Tutela de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente a Pedido Definitivo em Sede de Ação Declaratória de Ilegalidade de Greve de Servidor Público Cumulada com Obrigação de Fazer*” contra o Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Municipal de Florianópolis – SINTRASEM.

Alegou, em síntese, que a greve iniciada pelos servidores da educação no dia 24/03/2021 é ilegal, pois além de contrariar decisão do Juízo da Vara da Infância e Juventude da Comarca da Capital nos autos da Ação Civil Pública n. 5003615-53.2021.8.24.0091, que determinou a retomada das atividades escolares presenciais na rede municipal de ensino, não existiu prévia tentativa de negociação com a Administração, não foi comprovada a observância do quorum mínimo para deliberação da categoria e, em se tratando de atividade essencial, tampouco foi mantida a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, havendo

afronta aos arts. 3º, caput, 4º e 11 da Lei n. 7.783/89.

Formulou, por isso, os seguintes pedidos:

*i) a concessão de medida liminar inaudita altera pars, para declarar abusiva a paralisação, com a determinação de manutenção, em sua integralidade, todos os serviços atingidos pelo movimento paredista, com a permanência dos servidores nos seus cargos e funções;*

*ii) a determinação ao sindicato réu e aos integrantes da categoria que se abstenham de tumultuar a prestação dos serviços em todas as unidades circunscritas ao âmbito do Município de Florianópolis, de bloquear o acesso às respectivas unidades e de constranger servidores e empregados que não participem do movimento, bem como dos alunos que desejem comparecer presencialmente às aulas e de seus pais e responsáveis. Requer, para tanto, a fixação de distância mínima em relação aos bens afetados ao serviço público municipal, quando da realização de eventuais manifestações que possam vir a ocorrer, no intuito de proteger o acesso, a prestação e continuidade dos serviços;*

*iii) a autorização para o imediato desconto de salários dos dias em que não houve ou que não houver trabalho efetivo;*

*iv) para a garantia do cumprimento da medida antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, a fixação de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao Sindicato réu, aos seus dirigentes e aos grevistas, a ser arbitrada por Vossa Excelência, sem prejuízo de outras responsabilidades de ordem civil, criminal e administrativa, eventualmente apuradas no curso do movimento paredista;*

Declinada a competência pelo Grupo de Câmaras de Direito Público (Evento 3), os autos foram redistribuídos a esta 3ª Câmara de Direito Público e a medida liminar, deferida (Evento 8).

O réu foi citado (Evento 15).

Inexitosa a audiência de conciliação realizada a pedido do sindicato, a medida liminar foi revogada, com determinação para que as partes juntassem aos autos os planos de contingência aprovados e as manifestações dos Conselhos Deliberativos Escolares sobre o cumprimento daquelas medidas de biossegurança (Evento 42).

O Município juntou documentos (Evento 58).

O réu apresentou contestação asseverando que a Administração recusou todas as tentativas de negociação com a categoria, que o quorum de deliberação para a aprovação do movimento paredista foi observado, que a educação não é considerada serviço essencial para fins da Lei n. 7.783/89 e que o retorno das atividades presenciais, no atual cenário de agravamento da pandemia de Covid-19, afronta o direito à vida e à saúde de professores, servidores e alunos, e também trouxe documentos (Eventos 63 e 64).

Frustrada nova tentativa de conciliação, a instrução foi encerrada, com apresentação de alegações finais por ambas as partes (Eventos 75 e 78).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do pedido (Evento 94). É o relato necessário.

## VOTO

A pretensão original do Município era a concessão de tutela antecipada em caráter antecedente.

A inicial não foi formalmente aditada nos termos do art. 303 do CPC, mas permite extrair com clareza o pedido principal e as suas razões de fato e de direito, sem necessidade de qualquer complementação.

Em mais de uma ocasião, inclusive nas duas audiências conciliatórias, o Município e o sindicato manifestaram interesse na declaração definitiva da legalidade ou da abusividade da greve, o que, aliás, foi expressamente reiterado nas alegações finais, de sorte que não há impedimento para o julgamento de mérito.

A medida, ademais, prestigia a eficiência e a duração razoável do processo (arts. 4º e 8º do CPC), ainda mais quando se trata de questão complexa e de grande repercussão social, como no caso, em que se discute movimento paredista que afeta diretamente o cotidiano de milhares de professores, servidores e alunos da rede municipal de ensino.

Feito esse esclarecimento, adianto que, em relação ao mérito, a razão está com o sindicato.

No julgamento dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, o STF reconheceu que o direito constitucional de greve dos servidores públicos civis tem eficácia imediata e sujeita-se à aplicação da Lei n. 7.783/89 até que sobrevenha a disciplina legislativa específica prevista no art. 37, VII, da Constituição Federal.

Sobre a deflagração do movimento paredista, o art. 3º da Lei n. 7.783/89 impõe que a paralisação seja precedida de tentativa de negociação entre as partes e comunicada à Administração com antecedência mínima de 48 horas, o que aqui foi devidamente observado.

Os Ofícios n. 103/2020, 109/2020, 118/2020, 017/2021 e 023/2021 (Evento 26, OFIC5), todos comprovadamente recebidos pelo Município, indicam que pelo menos desde outubro de 2020 o sindicato tem buscado sem êxito negociar com os gestores municipais as condições e os protocolos para o retorno das atividades escolares presenciais.

Há também ata notarial atestando que, a partir de dezembro de 2020, o Secretário de Educação parou de responder as mensagens de WhatsApp enviadas pelo representante da categoria, meio este que até então era utilizado com sucesso para agendar reuniões entre a Administração e o sindicato (Evento 26, ATA6).

Além disso, a greve teve início em 24/03/2021 e o próprio Município afirma ter sido comunicado em 22/03/2021, por meio do Ofício n. 025/2021 (Evento 1, ANEXO2), portanto, dentro do prazo legal.

No tocante aos requisitos para a deliberação da categoria, o art. 4º da Lei n. 7.783/89 assim dispõe:

*Art. 4º Caberá à entidade sindical correspondente convocar, na forma do seu estatuto, assembleia geral que definirá as reivindicações da categoria e deliberará sobre a paralisação coletiva da prestação de serviços.*

§ 1º O estatuto da entidade sindical deverá prever as formalidades de convocação e o quorum para a deliberação, tanto da deflagração quanto da cessação da greve.

§ 2º Na falta de entidade sindical, a assembleia geral dos trabalhadores interessados deliberará para os fins previstos no “caput”, constituindo comissão de negociação.

*O estatuto do SINTRASEM, por sua vez, estabelece que:*

*Art. 11 - O quorum para instalação das Assembleias gerais é de 50% (cinquenta por cento) dos sindicalizados, no mínimo, quando se tratar de primeira convocação e, em segunda, meia hora depois, com qualquer número.*

§ 1º - A Assembleia será dirigida pelos diretores do sindicato ou por quem ela designar.

§ 2º - As deliberações das Assembleias serão tomadas por maioria simples dos presentes, salvo as exceções deste Estatuto.

*Art. 12 - A decisão de paralisação da categoria, tanto de forma geral, ou parcial, será decidida em Assembleia geral, com o mesmo quórum definido no artigo anterior.*

Ao contrário do que alega o Município, o estatuto foi fielmente observado, com a realização de assembleia geral pelo sindicato em 19/03/2021, na qual a proposta de deflagração de greve por tempo indeterminado restou aprovada por 53,62% dos presentes, que foram nominalmente indicados (Evento 26, ATA8 e OUT9).

É bem verdade que a realização do ato por meio virtual não tem previsão estatutária, mas isso por si só não retira a validade da deliberação, uma vez que o enfrentamento da emergência sanitária decorrente da pandemia de Covid-19 recomenda o distanciamento social e o Decreto Estadual n. 1.200/2021 vigente à época limitava a realização de reuniões presenciais.

Ressalto que a Lei n. 14.010/2020 chegou a autorizar a realização de assembleias virtuais durante a pandemia de Covid-19 independentemente de permissão expressa no estatuto e que, muito embora se trate de lei temporária cuja vigência já se encerrou, a jurisprudência vem mantendo a flexibilização, uma vez que persiste o cenário de calamidade pública – agora agravado, é bom que se diga – e não existe norma proibitiva expressa.

A propósito:

*MEDIDA CAUTELAR – Pretensão de autorização judicial para que a associação autora possa realizar, por meios virtuais, assembleia geral ordinária eletiva – Sentença de indeferimento da inicial, por falta de interesse de agir – Insurgência da requerente – Desacolhimento – **Embora não prevista nos estatutos da entidade a tal modalidade de ato, as circunstâncias e limitações decorrentes da Pandemia que afeta o mundo impõem a utilização de mecanismos que permitam, excepcionalmente, realizar atos associativos necessários – Desimportante que as leis federais 14.010/2020 e 14.030/2020, que permitiam a realização de assembleias por meios virtuais tenham perdido eficácia no tempo – Aplicação da máxima “à pessoa***

**comum, é permitido fazer tudo aquilo que a lei não lhe proíbe; ao agente público só é permitido fazer o que a lei lhe permite” – O direito não pode voltar as costas aos fatos da vida, sob pena de impor às pessoas ônus adicional aos já suportados e sob pena de praticar injustiça – RECURSO IMPROVIDO.**

(TJSP, Apelação Cível 1001254-53.2021.8.26.0099; rel. Miguel Brandi, 7ª Câmara de Direito Privado; j. 09/04/2021)

Outrossim, cumpre destacar que a educação não consta do rol do art. 10 da Lei n. 7.783/89 e, ao menos para o seu fim específico, isto é, o exercício do direito de greve, não pode ser considerada como serviço essencial, estando dispensada a apresentação do plano de manutenção das atividades indispensáveis a que se refere o caput do art. 11 da mesma Lei.

Não se desconhece que o STF considera a enumeração legal meramente exemplificativa, mas o reconhecimento da essencialidade do serviço pressupõe que a sua paralisação coloque em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, a teor do art. 11, parágrafo único, da Lei n. 7.783/89, o que aqui não ocorre.

Os precedentes mais recentes desta Corte seguem nesse sentido:

*ACÇÃO DECLARATÓRIA. MOVIMENTO PAREDISTA PERPETRADO PELOS MONITORES DE EDUCAÇÃO INFANTIL DO MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE ABUSIVIDADE E ILEGALIDADE DA GREVE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI N. 7.783/89. PRECEDENTES NO STF. NOTIFICAÇÃO DO ENTE MUNICIPAL COM LARGA FOLGA (UM MÊS) PARA O INÍCIO DAS PARALISAÇÕES. **EDUCAÇÃO, ADEMAIS, NÃO É CONSIDERADA SERVIÇO ESSENCIAL PARA OS TEMOS DA LEI APLICADA. PRECEDENTES NESTA CORTE.** NÚMERO DE ADERENTES À GREVE DENTRO DA RAZOABILIDADE (50%) E APENAS EM MEIO PERÍODO (VESPERTINO). AUSÊNCIA DE RELATO DE PREJUÍZO À POPULAÇÃO DE INTERESSE QUE FUGISSE À NORMALIDADE DO MOVIMENTO. DEMANDA IMPROCEDENTE.*

(TJSC, Petição n. 4016809-61.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 01/08/2019)

*E ainda:*

*ACÇÃO DECLARATÓRIA DE LEGALIDADE DE GREVE. PARALISAÇÃO DO MAGISTÉRIO ESTADUAL EM 2015. SUPERVENIENTE FIM DO MOVIMENTO GREVISTA. INEXISTÊNCIA DE ACORDO QUANTO A ALGUNS DOS PEDIDOS INICIAIS. NECESSIDADE DE JULGAMENTO DA QUESTÃO DE FUNDO. AUSÊNCIA DE PROVA DE TUMULTOS OU DE DESRESPEITO A DIREITOS DE TERCEIROS EM MANIFESTAÇÕES DA GREVE. CUMPRIMENTO DOS PRAZOS MÍNIMOS DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DOS RÉUS. ALEGADA **ESSENCIALIDADE DOS SERVIÇOS EDUCACIONAIS. INAPLICABILIDADE DESSE CONCEITO AO CASO NO SENTIDO DADO PELA LEI N. 7.783/1989. INEXISTÊNCIA DE PERIGO À VIDA, SAÚDE OU SEGURANÇA DA POPULAÇÃO, E DE AMEAÇA À COESÃO SOCIAL, OU DE RISCO GRAVE À POSTERIOR PRESTAÇÃO SATISFATÓRIA DO SERVIÇO.** DESCABIMENTO DE TRATAR COMO URGÊNCIA INADIÁVEL O MERO ATRELAMENTO DO ANO LETIVO AO CALENDÁRIO CIVIL. LEGALIDADE DA GREVE MESMO COM A PARALISAÇÃO TOTAL DE DIVERSAS ESCOLAS. RETENÇÃO DE PAGAMENTOS NO PERÍODO DA PARALISAÇÃO.*

POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCABIMENTO ENTRETANTO DE TRATAR A AUSÊNCIA COMO FALTAS, QUER JUSTIFICADAS, QUER INJUSTIFICADAS. INEFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS DECORRENTES DO VÍNCULO LABORAL SUSPENSO. REALIZAÇÃO POSTERIOR DO TRABALHO MEDIANTE ACORDO. NECESSIDADE DE ATRIBUIR A ESSA PRESTAÇÃO TODOS OS COROLÁRIOS LEGAIS DE DIA TRABALHADO. PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE EM PARTE PARA DETERMINAR O CÔMPUTO DOS DIAS DE REPOSIÇÃO TRABALHADOS TAMBÉM PARA FINS DE LICENÇA- PRÊMIO, ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO E APOSENTADORIA.

1. A greve é, segundo decidiu o STF, “a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida” e “direito fundamental de caráter instrumental” (MI n. 712, rel. Min. Eros Grau, DJe 31-10-2008). Por isso, a substituição dos grevistas só se admite em situações excepcionais, já previstas em lei e extensíveis ao serviço público.

**2. Embora a educação seja direito de todos e prioridade absoluta (CF, arts. 6º e 227), o serviço educacional, por admitir algum grau de interrupção sem provocar ameaças à coesão social (cf. Rcl n. 6568, rel. Min. Eros Grau, DJe-181 25-9-2009) nem perigo à vida, à segurança e à saúde, não cabe, mesmo por analogia, no rol de atividades essenciais no sentido específico dado a essa palavra pelo art. 10 da Lei n. 7.783/1989, e menos ainda no conceito de necessidades inadiáveis da comunidade de que trata o art. 11.**

**3. Também segundo o Supremo, embora o rol do art. 10 seja exemplificativo, e não exaustivo, a aplicação do respectivo regramento a outros itens supõe que os serviços públicos “tenham características afins a esses ‘serviços ou atividades essenciais’” mencionados na lei (MI n. 708, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 31-10-2008).**

[...]

(TJSC, Petição n. 9128289-27.2015.8.24.0000, da Capital, rel. Jorge Luiz de Borba, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 24/10/2018)

A Lei Estadual n. 18.032/2020, ademais, não tem a abrangência defendida pelo Município e pelo Ministério Público, uma vez que trata apenas das atividades consideradas essenciais no território catarinense em situações de risco à coletividade – para a educação, aliás, essa classificação vale exclusivamente durante a pandemia de Covid-19 – e a Constituição Federal atribui à União, e não aos Estados, a competência para legislar sobre direito do trabalho e regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis (arts. 22, I e 37, VII).

No âmbito federal, aliás, essa questão ainda está sendo discutida. O PL n. 5.595/2020, que reconhece as atividades educacionais em formato presencial como serviço essencial, foi aprovado na Câmara dos Deputados no último dia 20/04/2021, mas além de sofrer duras críticas, inclusive por parte de muitos especialistas em educação, uma vez que não leva em consideração os parâmetros epidemiológicos para determinar a reabertura das escolas, precisa ser analisado também no Senado Federal e sancionado pelo Presidente da República, carecendo por ora de existência jurídica.

Quanto ao mais, ressalto que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito da greve ou a pertinência das reivindicações da categoria, mas, de todo modo, até como forma de estimular o diálogo e a composição entre as partes, pondero que a preocupação dos servidores com a saúde de toda a comunidade escolar e a falta de estrutura adequada nas escolas para a retomada das



atividades presenciais é legítima, afinal vive-se a fase mais grave da pandemia de Covid-19 em todo o país, a vacinação segue a passos lentos e não há perspectiva de desaceleração da curva de contágio e do número de óbitos a curto prazo.

Outrossim, reitero que a medida liminar parcialmente concedida pelo Juízo da Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital não impôs o retorno indiscriminado das atividades escolares presenciais, e sim autorizou a sua volta naquelas escolas que tenham plano de contingência aprovado, salientando que “*devem observar os protocolos de biossegurança e as normativas aplicáveis em âmbito estadual e municipal, bem como que deve haver monitoramento epidemiológico constante por parte das autoridades públicas competentes*” (Evento 19 – autos n. 5003615-53.2021.8.24.0091).

Mesmo que a decisão a esse respeito deva ser tomada no âmbito daquela ação civil pública, a vasta documentação acostada aos autos revela que ainda há inconsistências nos planos de contingência e que as normas sanitárias aprovadas não foram efetivamente implementadas nem têm condições de ser rigidamente cumpridas em todas as escolas municipais, havendo relatos recentes de falta de pessoal, equipamentos, capacitação e, até mesmo, de estrutura física para receber os alunos com a necessária segurança.

Por tudo isso, improcede o pedido e, mais uma vez, rogo às partes que tenham atitude proativa e busquem com a máxima urgência solução consensual para o conflito, a fim de minimizar os prejuízos que têm sido causados aos alunos, seus familiares e a toda a sociedade florianopolitana.

Condeno o Município, que é isento das custas processuais, ao pagamento de honorários advocatícios em favor do sindicato, os quais arbitro em R\$ 5.000,00, na forma do art. 85, § 8º, do CPC.

Diante do exposto, voto no sentido de julgar improcedente o pedido.

**Desembargador VILSON FONTANA**

**Relator**

## **VOTO DIVERGENTE**

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos

Ousei divergir da douta maioria, não obstante o respeito que devoto aos demais membros desta Terceira Câmara de Direito Público, por entender que o pedido comporta parcial procedência pelas razões adiante elencadas:

Esta ação não é instrumento político de afirmação ideológica para nenhuma das partes.

O saudoso Desembargador Paulo Ricardo Bruschi, ao conceder a liminar pleiteada pelo Município, nada mais fez do que analisar os requisitos formais necessários para a deflagração

da greve e, com a apreciação decorrente da cognição incompleta e sujeita a eventual alteração posterior, peculiar ao momento de sua decisão, fundamentadamente considerou não preenchidos tais requisitos e reconheceu a ilegalidade da greve, determinando sua cessação.

Como disse o atual Relator, Desembargador Vilson Fontana, em seu brilhante voto, “não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito da greve”, que, no presente caso, tem motivação sensível a todos nas preocupações dos servidores do Magistério Municipal com a saúde, tanto deles quanto de alunos e demais usuários dos serviços de educação, na hipótese de retorno às atividades escolares presenciais, neste período de recrudescimento da epidemia da Covid-19, sob alegação de falta de estrutura de segurança sanitária e necessidade de vacinação, não obstante a determinação judicial de retomada da educação presencial no Município de Florianópolis, na Ação Civil Pública n. 5003615-53.2021.8.24.0091, em trâmite na Vara da Infância e Juventude da Capital, que motivou a interposição do Agravo de Instrumento n. 5011821-38.2021.8.24.0000, ainda pendente de julgamento. Nem é caso de perscrutar se os Planos de Contingência (PLACON) apresentados e as estruturas para retomada das aulas presenciais são adequados e eficazes ou não.

Está em discussão apenas o cumprimento, ou não, dos requisitos técnico-formais para a deflagração da greve, para aquilatar sobre a legalidade ou não do movimento.

O direito de greve encontra-se previsto, genericamente, no art. 9º e seus parágrafos da Constituição Federal, devendo a lei definir “os serviços ou atividades essenciais” e dispor “sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade” (§ 1º), sujeitando-se os responsáveis às penas da lei em caso de abuso (§ 2º). Cumprindo os desígnios constitucionais, foi editada a Lei Federal n. 7.783, de 28.6.1989, para dispor sobre o exercício do direito de greve, definir as atividades essenciais e regular o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, em relação aos trabalhadores da iniciativa privada.

O art. 37, inciso VII, da Carta Magna, garante aos servidores públicos o direito de greve que “será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Tal “lei específica” jamais foi editada.

Mas o Supremo Tribunal Federal, ao julgar diversos Mandados de Injunção, dentre os quais o de n. 708, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, em 25.10.2007, garantiu o direito de greve aos servidores públicos e a aplicabilidade, a eles, das disposições da Lei Federal n. 7.783, de 28.6.1989, que trata da greve dos trabalhadores da iniciativa privada.

O digno Relator atual do presente caso, Desembargador Vilson Fontana, considerou preenchidos pelo Sindicato demandado os requisitos estabelecidos pela citada Lei Federal, para a deflagração da greve dos servidores municipais, e, diante disso, a legalidade da paralisação.

Estou de acordo com Sua Excelência no que tange aos requisitos da prévia tentativa frustrada de negociação com o Município (art. 3º) e da deliberação da maioria simples (53,62%) dos servidores integrantes do Sindicato pela paralisação (arts. 4º e 5º), ainda que a assembleia geral e a tomada dos votos tenha ocorrido de forma virtual não prevista no Estatuto da Entidade, que estabelece a forma

presencial, mas o modo utilizado é compreensível, diante do momento de necessidade de proteção à saúde.

Também a notificação do Município acerca da deflagração da greve, ocorrida no prazo de 48 horas (art. 3º, parágrafo único), pois a comunicação foi recebida pelo ente público no dia 22/03/2021 e a greve teve início em 24/03/2021, estaria correta, não fosse por um detalhe que adiante será explorado.

É que, não obstante a afirmação do eminente Relator de que a atividade de educação não é essencial, porque não está elencada no art. 10 da Lei Federal n. 7.783/1989, que estabelece quais as atividades essenciais para efeito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada (incluindo, curiosamente, a compensação de cheques), e, por isso, era desnecessária a comunicação ao Município e aos usuários com antecedência de pelo menos 72 horas a que se refere o art. 13, assim como também entende que não há necessidade de manutenção, nem mesmo parcial, dos serviços essenciais; **tenho entendimento diverso, pois considero o serviço de educação como essencial** e, por esse motivo, a paralisação legal dos servidores se submete ao cumprimento de tais requisitos.

Malgrado a existência de decisões em contrário, inclusive do Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal (Petição n. 9128289-27.2015.8.24.0000, Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, em 24/10/2018), de cujo julgamento não participei, e da Quinta Câmara de Direito Público (Petição n. 4016809-61.2017.8.34.0000, Rel. Des. Artur Jenichen Filho, em 01/08/2019), de há muito venho manifestando **minha opinião de que o serviço público de educação é essencial e não pode ser negligenciado pelo Poder Público e pelos Servidores** (art. 208 e seus incisos, especialmente o IV, da Constituição Federal), como se apanha de decisão liminar que proferi em 12/11/2013, na Ação Declaratória originária n. 2013.076857-3, proposta pelo Município de Florianópolis contra o Sindicato dos Trabalhadores do Serviço Público Municipal de Florianópolis (SINTRASEM), depois extinta em face de acordo efetivado entre as partes, a qual foi reproduzida, no mesmo sentido, pelo Des. Pedro Manoel Abreu, em 27/1/2015 (Ação Declaratória n. 2014.035508-6) e pelo Des. Cid Goulart, em 28/3/2017 (Agravo Regimental n. 4004169-26.2017.8.24.0000/50000).

Essa afirmação se fundamenta no fato de que o próprio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do antes referido Mandado de Injunção n. 708, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM), deixou assente que *“pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/1989”, daí porque, “para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei n. 7.783/1989 é apenas exemplificativa”* (STF, MI n. 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 31/10/2008). Não se olvide que tal Lei de Greve foi editada para regulamentar o direito de paralisação dos trabalhadores da iniciativa privada e não para disciplinar a greve de servidores públicos, mas, diante da omissão legislativa quanto a estes últimos, foi adotada por analogia, o que não significa que não possam ser analisados outros casos de serviços e atividades essenciais em relação às quais deve incidir o requisito diferenciado de deflagração do movimento grevista da comunicação ao ente público e aos usuários dos serviços com antecedência mínima de 72 horas, além da necessidade de manutenção

de servidores para o exercício de atividades que deem continuidade ao serviço público essencial. Veja-se que os serviços atinentes à segurança pública não constam como atividades essenciais, na atual Lei de Greve, e nem por isso deixam de ser serviços essenciais, que determinam limitação ao exercício do direito de greve pelos servidores dessa área. Da mesma forma os serviços judiciais. E, por que não dizer, os serviços de educação.

Na ementa do acórdão referente ao Mandado de Injunção n. 708, o Ministro Relator esclareceu o seguinte, a respeito da possibilidade de os Tribunais considerarem essenciais outras atividades do serviço público além daquelas previstas na Lei de Greve:

*“4. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. REGULAMENTAÇÃO DA LEI DE GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL (LEI Nº 7.783/1989). FIXAÇÃO DE PARÂMETROS DE CONTROLE JUDICIAL DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL.*

*“4.1. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às “atividades essenciais”, é especificamente delineada nos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito existente entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9o, caput, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9o, §1o), de outro. Evidentemente, não se outorgaria ao legislador qualquer poder discricionário quanto à edição, ou não, da lei disciplinadora do direito de greve. O legislador poderia adotar um modelo mais ou menos rígido, mais ou menos restritivo do direito de greve no âmbito do serviço público, mas não poderia deixar de reconhecer direito previamente definido pelo texto da Constituição. Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado. Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional.*

*“4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).*

*“4.3 Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses “serviços ou atividades essenciais” seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos “essenciais”.*

*“4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9o a 11 da Lei no 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9o a 11 da*

*Lei no 7.783/1989 é apenas exemplificativa (numerus apertus).*

[...]

**“6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989.**

**“6.1. Aplicabilidade aos servidores públicos civis da Lei no 7.783/1989, sem prejuízo de que, diante do caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao juízo competente a fixação de regime de greve mais severo, em razão de tratarem de “serviços ou atividades essenciais” (Lei no 7.783/1989, arts. 9º a 11).” (STF, MI n. 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 31/10/2008).**

Ou seja, diante da omissão legislativa, cabe ao Poder Judiciário definir, no caso concreto, quais as atividades que devem ser consideradas essenciais para o serviço público.

E, dentre essas atividades, considero essencial o serviço público de educação.

Tanto é que, como noticiou o próprio Relator, no Senado Federal tramita a Proposta de Emenda à Constituição n. 53/2016, ainda sem relator designado, com o objetivo de alterar “os arts. 9º e 37 da Constituição Federal [...] para estabelecer que a educação será considerada serviço essencial, inclusive para fins do exercício do direito de greve”. Há também projetos de lei em discussão no mesmo sentido.

Não foi à toa que a Lei Estadual n. 18.032/2020, embora de vigência temporária aplicável à pandemia da Covid-19 que inclusive motivou esta greve, no art. 1º, inciso X, considera a educação, tanto pública quanto privada, como atividade essencial, com manutenção de no mínimo 30% de sua capacidade total (art. 2º, inciso II), nada impedindo que os pais optem pela modalidade de educação a distância, se disponível (inciso III).

Nessa linha de pensamento, considerada essencial a atividade de educação, especialmente a pública, para a deflagração da greve pelos servidores do Magistério Público Municipal era necessária a comunicação prévia ao Município e aos usuários com antecedência mínima de 72 horas (art. 13 da Lei de Greve); além do que entendo que é preciso garantir a manutenção, ainda que parcial, do serviço (arts. 9º e 11 da mesma Lei), presencial ou virtual, levando em conta que a doutrina considera necessário o funcionamento de pelo menos 30% (trinta por cento) das atividades, mediante a apresentação, pelo próprio Sindicato, de plano para tanto. Não se olvide que, se a questão é a preocupação com a segurança sanitária, não há motivo para paralisação também de aulas remotas.

Mas ainda que, diversamente do meu entendimento, se se desconsiderasse a necessidade de funcionamento parcial das atividades de educação, por não se considerarem “necessidades adiabáveis da comunidade” (art. 11), porque não colocam “em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população” (parágrafo único), como disse o eminente Relator, ainda assim restaria não atendida a exigência do art. 13 quanto à notificação com antecedência mínima de 72 horas.

Então, pode-se dizer que a greve deflagrada pelo Sindicato aqui demandado é ilegal, como expressamente revela o art. 14 da Lei Federal n. 7.783/1989, daí a procedência parcial do pedido inicial formulado pelo Município de Florianópolis.

Dessa forma, respeitando embora o posicionamento distinto, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido inicial para considerar ilegal a greve e determinar sua cessação, condenando o Sindicato demandado ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), na forma do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, embora vencido, confirmo meu voto no sentido de **julgar parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para considerar ilegal a greve e determinar sua cessação.**

**Desembargador JAIME RAMOS**

**Relator**



## QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

### **APELAÇÃO Nº 0303385-90.2018.8.24.0038/SC**

RELATORA: DESEMBARGADORA VERA LÚCIA FERREIRA COPETTI

APELANTE: ANTONIO ROBERTO FERREIRA JUNIOR (AUTOR)

ADVOGADO: GIULIANE GRAZIELE DA SILVA (OAB SC032975)

APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS (RÉU)

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MP)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE. SENTENÇA QUE INDEFERIU A PETIÇÃO INICIAL, PELA AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL, DECORRENTE DA INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO.

INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. ACOLHIMENTO. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE, PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA. INTERPRETAÇÃO DO TEMA Nº 350 DE REPERCUSSÃO GERAL, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO QUE ALCANÇA SOMENTE OS CASOS EM QUE O LAPSO TEMPORAL TRANSCORRIDO ENTRE A CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO SEJA INFERIOR A 05 ANOS. DIRETRIZ RECENTEMENTE APROVADA PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTA SODALÍCIO, EM COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA, CALCADA NO PRAZO PRESCRICIONAL DAS AÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DEMANDA INTENTADA NO PRAZO ASSINALADO. REFORMA DA SENTENÇA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para cassar a sentença extintiva e determinar o retorno dos autos à origem, para o devido prosseguimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 2021.

**Desembargadora VERA LUCIA FERREIRA COPETTI**

**Relatora**

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Antônio Roberto Ferreira Júnior contra a sentença do Evento 1824, dos autos originários, que julgou extinta a ação acidentária por ele proposta contra o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na comarca de Joinville, cujo dispositivo está assim redigido:

*“III - Ante o exposto, indefiro a petição inicial e, em consequência, julgo extinto o processo, o que faço por força do art. 485, VI, do Código de Processo Civil.*

*Sem custas nem honorários advocatícios, nos termos do art. 129, parágrafo único, da Lei 8.213/1991. Publique-se.*

*Registre-se.*

*Intimem-se.*

*Com o trânsito em julgado, arquivem-se com anotações e baixa.”*

Irresignado, o autor alegou, nas razões (Evento 27, autos de origem), que “o auxílio-acidente é um benefício previdenciário que pode derivar de auxílio-doença, e quando precedido de tal benefício, sua concessão independe de requerimento administrativo, haja vista o INSS ter conhecimento do estado de saúde do segurado quando da alta médica programada, caracterizando a pretensão resistida”. Postulou o conhecimento e provimento do recurso, para reformar a sentença e determinar o retorno dos autos à origem, com a reabertura da instrução processual.

Contrarrazões apresentadas no Evento 31 dos autos de origem.

É o relatório.

## VOTO

Quanto ao juízo de admissibilidade, o recurso é próprio, tempestivo, e o apelante está dispensado do recolhimento do preparo, razão pela qual é conhecido o recurso.

O recorrente se insurge contra a sentença que indeferiu a petição inicial da ação acidentária e julgou extinto o feito, na forma do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil (Evento 24, autos de origem).

A insurgência comporta acolhida.

De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do RE 631.240/MG (Tema nº 350 de Repercussão Geral), há expressa ressalva quanto à desnecessidade

de prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que a autarquia já está ciente das moléstias de que padece o segurado, como no caso de pleito de auxílio-acidente precedido de auxílio-doença.

Eis a ementa do julgamento:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo - salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração -, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão. 5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos. 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. 9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora - que alega ser trabalhadora rural informal - a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631240, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014 RTJ VOL-00234-01 PP-00220 - grifou-se)*

Conforme o Pretório Excelso, a provocação administrativa prévia é indispensável para oportunizar ao ente previdenciário ciência das moléstias das quais padece o segurado, como forma de possibilitar ao INSS aquilatar o quadro clínico do interessado e deliberar acerca da concessão da benesse no âmbito administrativo.

O entendimento majoritário das Câmaras de Direito Público deste Sodalício, até então, assentava-se na desnecessidade de requerimento administrativo prévio ao ajuizamento da ação judicial nos pleitos de concessão de auxílio-acidente sucessivo ao auxílio-doença. A compreensão adotava, em síntese, o fundamento de que o INSS já estava ciente das moléstias que acometiam o segurado, onde a cessação do benefício de auxílio-doença, sem a realização de novos exames para verificação de eventuais sequelas, para o fim de conceder ao segurado, se for o caso, o benefício mais vantajoso - notadamente conversão do auxílio-doença em auxílio-acidente - caracteriza rejeição, ao menos tácita, do último.

Todavia, o debate evoluiu, resultando na formação de divergência quanto ao prazo tido como razoável para manter vivo o interesse processual do segurado, já que, em alguns casos, houve o reconhecimento da ausência de interesse processual pelo decurso de poucos anos entre a cessação do auxílio-doença e o ajuizamento da ação judicial; em outros, cujo lapso transcorrido supera décadas, localizam-se precedentes que entenderam não ter perecido o interesse processual.

A título de exemplo, veja-se:

*PREVIDENCIÁRIO. PLEITO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE JULGADO PROCEDENTE EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO DISPENSADO. ART. 496, § 3º, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IRRESIGNAÇÃO DO ENTE ANCILAR. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO ATUAL. BENEFÍCIO CESSADO HÁ MAIS DE SEIS ANOS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. MATÉRIA FÁTICA EM ANÁLISE NÃO LEVADA AO PRÉVIO CONHECIMENTO DO INSS. NECESSIDADE DE NOVA AVALIAÇÃO ADMINISTRATIVA ANTES DO ACIONAMENTO DA ESFERA JUDICIAL. PRETENSÃO RESISTIDA DO INSS NÃO CONFIGURADA NO PRESENTE CASO. APLICAÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (RE N. 631.240/MG). SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.”[...] Com efeito, ante a alteração do quadro fático referente à higidez física da trabalhadora, considerando o transcurso de mais de dois anos desde o último exame administrativo, tem-se que necessário que o INSS, novamente, faça a análise pericial da capacidade laborativa (ou não) da segurada. A decisão recorrida, desse modo, está de acordo com o entendimento da Corte Suprema. Afinal, na hipótese, uma vez que se pretende a concessão de benefício acidentário, com arrimo em nova matéria de fato (que consiste na suposta incapacidade laborativa decorrente de novo quadro de saúde), o INSS, deve, nos termos da decisão do STF, em primeiro lugar, analisa-la. [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 0300432-24.2015.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 20-10-2016). (TJSC, Apelação n. 0300420-61.2017.8.24.0043, de TJSC, rel. SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, 2ª Câmara de Direito Público, j. 22-09-2020).*

Por outro lado:

*ACIDENTE DE TRABALHO. PLEITO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE, APOSENTADORIA POR INVALIDEZ OU AUXÍLIO DOENÇA. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO ATUAL. AUXÍLIO-DOENÇA CESSADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA EM 1992. INDEFERIMENTO DA INICIAL ANTE A EXIGÊNCIA DE PRÉVIO REQUERIMENTO. DESNECESSIDADE QUANDO PRECEDIDO DE AUXÍLIO-DOENÇA SEM CONVERSÃO AUTOMÁTICA PELO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO SEQUENCIAL. INDEFERIMENTO TÁCITO CARACTERIZADO. JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL*

NESSE SENTIDO. RESSALVA DO RELATOR. CONVENIÊNCIA DE ADESÃO A ESSA POSIÇÃO EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. DECISÃO VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (TEMA 350) QUE SE AJUSTA AO CASO. RECURSO DO AUTOR PROVIDO PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO.”A jurisprudência pacificou o entendimento de que o cancelamento do auxílio-doença sem substituição por nenhum outro benefício caracteriza rejeição, ao menos tácita, do pedido de deferimento do auxílio-acidente, porquanto, se entendesse devido, seria obrigação do ente previdenciário tê-lo convertido de ofício” (TJSC. Agravo Interno n. 0311003-57.2016.8.24.0038/50000, de Joinville. Relator: Desembargador Ronei Danielli). (TJSC, Apelação n. 5007231-55.2019.8.24.0075, de TJSC, rel. JAIME RAMOS, 3ª Câmara de Direito Público, j. 08-09-2020).

### Recorta-se do voto:

*“No caso dos autos, verifica-se que efetivamente não foi levado ao prévio conhecimento do ente previdenciário, por meio de requerimento administrativo, o atual quadro de saúde do obreiro. Isso porque, não obstante o autor tenha demonstrado que recebeu o benefício de auxílio-doença na esfera administrativa e que em seguida ele foi cancelado (meados de 1992), deixou transcorrer 27 anos da cessação de tal benefício para o ajuizamento da presente demanda. Como se apanha de diversos julgados em que a questão é discutida, este Relator sempre manifestou a posição de que não há como falar em pretensão resistida por parte do INSS quando transcorrido considerável lapso temporal entre a cessação do auxílio-doença e o ajuizamento da demanda, por entender que a atual situação em análise efetivamente não é a mesma apresentada quando da cessação do benefício anterior. Daí a necessidade de levar o pleito ao prévio conhecimento da Autarquia Federal, mostrando-se indispensável uma nova avaliação administrativa para configuração da pretensão resistida por parte do ente previdenciário. Todavia, os demais membros desta Terceira Câmara de Direito Público, bem como os integrantes das demais Câmaras, consideram irrelevante o lapso temporal considerado entre o cancelamento do benefício e o ajuizamento da ação, quando o pedido formulado for precedido de cancelamento de auxílio-doença sem sua conversão em auxílio-acidente, pelo ente previdenciário, especialmente no caso em que nada mudou em relação à lesão acidentária de que é portador o segurado. Portanto, superado o entendimento deste Relator, que julgava no sentido de que a ausência do prévio requerimento administrativo do benefício acidentário ocasionaria a falta de interesse de agir judicial, por uma questão de isonomia e segurança jurídica deve prevalecer o entendimento firmado pela esmagadora maioria dos Órgãos Fracionários deste Tribunal.”*

Por conta disso, recentemente, a discussão foi aprofundada em sessão do Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte de Justiça, realizada em 14-10-2020, que, em observância ao seu dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926 do CPC), promoveu a composição da divergência, mediante a aprovação de diretriz com a fixação de prazo limite para desaparecimento do interesse de agir na hipótese de pretensão de auxílio-acidente sucessivo ao auxílio-doença, balizada no prazo quinquenal de prescrição da ação contra a Fazenda Pública, nos seguintes termos:

*“Decorridos cinco anos da cessação do pagamento do auxílio-doença, o pedido judicial de sua conversão em auxílio-acidente depende de prévio requerimento administrativo.”*

Transpondo-se o entendimento para o caso dos autos, o caderno processual dá conta de que, por força do infortúnio narrado na inicial, a parte autora gozou de auxílio-doença acidentário (NB n. 615.264.212-8) de 15/07/2016 até 02/01/2017 (Evento 1, Informação 13 - autos de origem). A ação foi intentada em 26/02/2018 (Evento 1 - autos de origem); ou seja, dentro do prazo de 05 (cinco) anos recentemente estabelecido pelo Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça como limite para o afastamento da exigência de prévio requerimento administrativo.

Assim, merece reforma a sentença que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo pela ausência de interesse processual, cabendo destacar não ser possível enfrentar, neste momento processual, a questão de fundo, nos termos dispostos no art. 1.013, § 3º, inciso III, do Código de Processo Civil (teoria da causa madura), porquanto ainda não houve instrução do feito, especialmente a produção da prova pericial, a possibilitar prosseguir o julgamento com a apreciação do *meritum causae*.

Pelas razões expostas, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para cassar a sentença extintiva e determinar o retorno dos autos à origem, para o devido prosseguimento.

**Desembargadora VERA LUCIA FERREIRA COPETTI**

**Relatora**



## **APELAÇÃO Nº 0034261-82.2010.8.24.0038/SC**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0034261-82.2010.8.24.0038/SC

RELATORA: DESEMBARGADORA BETTINA MARIA MARESCH DE MOURA

APELANTE: ANTONIO DESCHAMPS

ADVOGADO: GABRIELA SOUZA COTRIM (DPE)

APELADO: MUNICÍPIO DE JOINVILLE

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO EM ÁREA URBANA SEM AUTORIZAÇÃO DO ENTE PÚBLICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ.

DEMOLIÇÃO QUE SE TRATA DE MEDIDA EXTREMA. INSUBSISTÊNCIA. EDIFICAÇÃO CONSTRUÍDA SEM ALVARÁ. AUTO DE EMBARGO IGNORADO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE REGULARIZAÇÃO, INEXITOSO. RÉ QUE, ADEMAIS, ASSUMIU EM JUÍZO O COMPROMISSO DE BUSCAR A ADEQUAÇÃO DA CONSTRUÇÃO E NÃO O FEZ, MESMO APÓS A CONCESSÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA TANTO. PROCESSO QUE TRAMITOU POR QUASE CINCO ANOS, SEM QUE HOUVESSE QUALQUER REGULARIZAÇÃO PELA RÉ. DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS. DEMOLIÇÃO QUE SE IMPÕE. DECISUM MANTIDO.

CONDENAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PROVIDENCIAR HABITAÇÃO ALTERNATIVA OU ARCAR COM AUXÍLIO-MORADIA. PLEITO RECHAÇADO. PROVIDÊNCIA QUE IMPLICA EM QUEBRA DA ORDEM CRONOLÓGICA DOS PRETENDENTES DE PROGRAMAS SOCIAIS DE HABITAÇÃO. INVASÃO DO JUÍZO ADMINISTRATIVO EM TEMA DE POLÍTICAS PÚBLICAS. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL.

ORDEM DEMOLITÓRIA, QUE DEVERÁ SER IMPLEMENTADA NO PRAZO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS, A CONTAR DO TRÂNSITO EM JULGADO. NOTÓRIA GRAVIDADE DA PANDEMIA DO COVID-19. PODER GERAL DE CAUTELA E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ARTIGO 1º, INCISO III, DA CF/1988). ELASTECIMENTO DETERMINADO DE OFÍCIO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento e, de ofício, nos termos da fundamentação, determinar que a ordem demolitória seja implementada no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar do trânsito em julgado, as expensas da parte Ré e, na sua omissão, pelo Poder Público, ressalvado o posterior ressarcimento das despesas, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 15 de abril de 2021.

**Desembargadora BETTINA MARIA MARESCH DE MOURA**

**Relatora**

## RELATÓRIO

Município de Joinville ajuizou *Ação Demolitória* contra Evelina Deschamps e Antonio Deschamps aduzindo, em síntese, que os Réus “*construíram uma edificação, com aproximadamente 57,75 m (cinquenta e sete vírgula setenta e cinco metros quadrados), em alvenaria, sem a devida licença (alvará de construção) do Município, sem projeto aprovado, sem recuos, em platibandas, com abertura na divisa*”. Esclareceu que o “*Serviço de Fiscalização da Municipalidade, ao constatar que a obra era irregular, embargou-a em 15/02/2008, auto nº 16425, e em ato contínuo, autuou as referidas infrações, através dos autos nº 282 e 417, de 10/03/2008 e 15/05/2008, por estar infringindo o disposto no Código de Obras do Município em seus arts. 1º § 9, 25 e 57, da Lei nº 667/64*”. Requereu a condenação dos Réus a efetuar a demolição do imóvel e, caso não realizada, a condenação ao pagamento de indenização por perdas e danos, para que seja por si procedida. Juntou documentos (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 6/20).

A Ré Evelina foi citada (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 25). Em contestação, acompanhada de documentos (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 29/56), informou o falecimento do Corréu Antônio. No mérito, reconheceu que a edificação não conta com autorização da Prefeitura Municipal, contudo, referiu que a janela aberta na divisa fora fechada. Com isso, postulou a concessão de prazo para regularização da obra perante o Autor e a improcedência do pleito demolitório. Requereu ainda, o benefício da gratuidade da justiça.

Houve réplica, acompanhada de documentos (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 60/65).

O Ministério Público se manifestou pela ausência de interesse no processo (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 67).

Foi proferida decisão, concedendo-se o prazo de 120 (cento e vinte) dias à Ré, “*para que promova a devida regularização, sob pena de demolição*” (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 68/69).

Intimadas as partes para se manifestar quanto à regularização da obra (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 73), o Autor informou que o imóvel continua em situação clandestina (fl. 75).

A Ré não se manifestou (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 77).

Sobreveio sentença (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 87/89), nos seguintes termos:

*“[...] Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado pelo Município de Joinville contra Evelina Deschamps para ordenar a demolição da obra descrita na exordial (edificação de 57,75m2 na Rua Ituzaiço, nº646, Bairro Petrópolis, nesta Comarca), no prazo de 30 dias, sob pena de ser procedida pelo autor, caso em que a ré ressarcirá o valor equivalente às despesas realizadas. Consequentemente, declaro extinto o processo, com resolução de mérito, o que faço com amparo n art. 269, 1, do CPC.*

*Com fulcro no art. 20, § 40, do CPC, condeno - a demandada em honorários advocatícios fixados em R\$ 600,00 (seiscentos reais), bem como nas despesas processuais.*

*A exigibilidade das verbas, contudo, fica suspensa na forma do art. 12 da Lei 1.060/50, uma vez que defiro à parte o benefício da Justiça Gratuita. Indeferi-lhe, contudo, o benefício da assistência judiciária gratuita, porquanto descumpridos às requisitos encartados nos artigos 7º e 8º da LC 155/97.*

*P. R. e I-se. [...]»*

Foi certificado o trânsito em julgado da sentença (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 92) e, em seguida, expedido mandado de demolição (fls. 97/98).

A Ré peticionou pleiteando a suspensão da ordem demolitória (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 102/113), o que foi indeferido (fl. 114).

Na sequência, a Ré apresentou nova petição, na qual alegou a nulidade do trânsito em julgado, posto que o advogado por si constituído faleceu antes da intimação a respeito da sentença, não sendo válido o ato (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 116/123).

O pleito foi acolhido, tendo sido anulada a certidão do trânsito em julgado (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 124) e determinada a suspensão da ordem de demolição (fl. 126).

A Ré interpôs recurso de apelação (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 129/139). Alega, em suma, que as irregularidades apresentadas no imóvel são passíveis de correção, não havendo motivos para decretação da medida extrema de demolição. Informa que a janela existente na divisa do terreno já foi fechada, restando pendentes tão somente a aprovação do projeto e obtenção do alvará de construção. Sustenta que deveria ter ocorrido a sua intimação pessoal para essa finalidade, nos termos do artigo 267, incisos II e III e §1º, do CPC/1973, a qual não foi realizada, tendo o ato sido direcionado apenas ao seu advogado. Requer a abertura de prazo para regularização do imóvel, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Subsidiariamente, pleiteia a disponibilização de residência alternativa pelo Poder Público ou então, a concessão de auxílio-moradia.

Com contrarrazões (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 149/152), os autos ascenderam a esta Corte.

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pela ausência de interesse no recurso (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 156/157).

## VOTO

### 1. Da admissibilidade

Inicialmente, consigno que a decisão recorrida foi publicada quando em vigor o Código de Processo Civil de 1973, devendo este regramento ser utilizado para análise do recebimento da apelação.

Neste sentido, é orientação do Superior Tribunal de Justiça, através do Enunciado Administrativo n. 02:

*“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até de 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”*

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

## 2. Do mérito

Trata-se de apelação interposta por Evelina Deschamps contra sentença que julgou procedentes os pleitos formulados na *Ação Demolatória* ajuizada pelo Município de Joinville.

Alega a Apelante/Ré, em suma, que as irregularidades apresentadas no imóvel são passíveis de correção, não havendo motivos para decretação da medida extrema de demolição. Informa que a janela existente na divisa do terreno já foi fechada, restando pendentes tão somente a aprovação do projeto e obtenção do alvará de construção. Sustenta que deveria ter ocorrido a sua intimação pessoal para essa finalidade, nos termos do artigo 267, incisos II e III e §1º, do CPC/1973, a qual não foi realizada, tendo o ato sido direcionado apenas ao seu advogado. Requer a abertura de prazo para regularização do imóvel, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Subsidiariamente, pleiteia a disponibilização de residência alternativa pelo Poder Público ou então, a concessão de auxílio-moradia.

O recurso não comporta provimento.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que *“a Constituição Federal de 1988 garantiu a todos o direito de propriedade, desde que ela cumpra a sua função social (art. 5º, incisos XXII e XXIII, da CF/88), tanto na área rural quanto na urbana. Nesta última, cumpre ao Poder Público municipal ‘ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes’, através de um plano diretor como ‘instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana’ (CF/88, art. 182 e § 1º). ‘A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor’ (§ 2º). Portanto, é de competência do Município ‘promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano’ (CF/88, art. 30, inciso VIII). Assim é que o Município, por meio de sua legislação, pode limitar o uso e o gozo dos imóveis urbanos, para melhor atender aos anseios da população, inclusive na seara ambiental.”* (in Apelação Cível n. 0002461-87.2011.8.24.0139. Terceira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Jaime Ramos. Data do Julgamento: 19.02.2019)

No caso concreto e no âmbito da sua competência, o Município de Joinville editou a Lei Ordinária n. 667/1964, que assim dispõe quanto às obras de construção no seu território:

**Art. 25 - Nenhuma obra ou demolição de obra se fará dentro do Município sem prévia licença da Prefeitura e sem que sejam observadas as disposições do presente Código.**

§ 1º - O requerimento de licença, dirigido ao Prefeito, será acompanhado dos projetos das obras, se estes forem necessários, nos termos dos artigos subsequentes.

§ 2º - A licença se dará por meio de alvará, cuja expedição, fica sujeita ao pagamento da respectiva taxa.

§ 3º - Tratando-se de construção e se forem necessárias alinhamentos, nivelamento e remuneração, serão as respectivas taxas cobradas juntamente com a do alvará de licença.

**Art. 26 - Depende de prévia aprovação, pela Prefeitura dos projetos das respectivas obras, a licença para a construção demolição, reforma, modificação ou acréscimos de edificações ou de suas dependências.**

**Art. 39 - As obras de construção, reconstrução e reforma, ficam sujeitas a embargo, quando o interessado:**

a) Construir ou reformar no limite das vias públicas sem possuir o respectivo alvará de alinhamento e nivelamento;

b) Edificar ou reformar **sem alvará de construção**;

c) Edificar ou reformar elementos geométricos essenciais em desacordo com os projetos aprovados;

d) Construir, reconstruir, edificar, reformar, etc, sem o cumprimento das exigências relativas à mudança de construtor da obra.

**Parágrafo Único - Verificada a infração prevista em qualquer alínea deste Artigo, a Diretoria de Obras Públicas, pela secção competente, embargará a obra.**

**Art. 40 - Desse embargo será lavrado auto, no qual constará:**

a) Nome, residência e profissão do infrator ou infratores;

b) O artigo ou parágrafo infringido;

c) Data;

d) Assinatura do fiscal autuante;

e) Assinatura de 2 (duas) testemunhas;

f) Assinatura do infrator ou infratores se quiserem assinar o auto.

**Parágrafo Único - Desse embargo terá conhecimento imediato o interessado, a quem se dará contrafé, se o pedir.**

**Art. 41 - Feito o embargo nos termos do artigo 40, a Prefeitura Municipal intimará o infrator a pagar a multa pecuniária em que tiver incorrido, além de obrigá-lo a:**

a) Demolir, construir ou refazer as obras, em parte ou totalmente, no prazo máximo de quinze dias, se tiver incorrido nos casos previstos pelas alíneas c ou d do Artigo 39;

b) **Obter o respectivo alvará de alinhamento e nivelamento ou construção se quiser prosseguir a obra, caso a infração seja a prevista nas alíneas a ou b do mesmo Artigo.**

De acordo com o relato da municipalidade, a Apelante/Ré realizou construção clandestina, no imóvel situado na Rua Ituzaiço, 646, Bairro Itaum, “sem a devida licença (alvará de construção) do Município, sem projeto aprovado, sem recuos, em platibandas, com abertura na divisa” (evento

43, Processo Judicial 1, fl. 2). No exercício do seu poder de polícia e de acordo com a norma acima transcrita, o Município fiscalizou o local, constatou a irregularidade e determinou a imediata paralisação da obra, embargando-a em 15.02.2008 (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 15).

Em 25.04.2008, o Apelado/Autor lavrou o auto de multa n. 00417/2008 (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 11), tendo a Apelante/Ré sido intimada para pagamento ou apresentação de defesa administrativa, em 15.05.2008 (fl. 12), quedando-se inerte.

Diante do silêncio da Apelante/Ré e ausência de regularização do imóvel, em 03.03.2008 e 09.09.2009 foram realizadas novas reclamações (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 18 e 19), sem sucesso.

Inexitosas as providências administrativas, o Município ajuizou a presente demanda.

As irregularidades foram reconhecidas pela Apelante/Ré em contestação, apresentada em 27.09.2010, a qual alegou ainda que a janela irregularmente construída no imóvel foi fechada e que *“precisaria de 90 dias para que o engenheiro possa concluir a documentação legal para assim apresentá-las. Somente assim será possível regularizar a obra”* (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 30).

Escoado o prazo mencionado pela Recorrente na sua peça de defesa, o Magistrado a quo proferiu decisão, em 25.11.2011, concedendo o interregno de 120 (cento e vinte) dias para regularização da obra (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 68/69).

Ausente manifestação da Apelante/Ré (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 71), em 12.07.2012 foi determinada nova intimação (fls. 72/73), cujo prazo para manifestação, mais uma vez, transcorreu in albis (fl. 77).

O Município, na oportunidade, informou que o imóvel continuava em situação irregular (evento 43, Processo Judicial 1, fl. 76).

Somente em 09.06.2015 foi prolatada a sentença de procedência (evento 43, Processo Judicial 1, fls. 88/89) e em 25.08.2016, interposto recurso de apelação (fls. 129/139), no qual a Recorrente postula novo prazo para regularização da obra.

Assim, tem-se pela cronologia dos fatos narrados, que a demolição é efetivamente devida. Isso porque, a medida mostra-se razoável e proporcional, diante do prévio embargo, das reiteradas concessões de prazo pelo Juízo e manifesta desídia da Apelante/Ré, em verdadeira atitude de afronta ao Poder Público. Ao invés de pleitear novo prazo no recurso, a Recorrente já deveria ter promovido a regularização administrativa da edificação, informando-a nos autos.

Portanto, por estar amparado em norma local vigente e por ter sido respeitado o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV da CF/88), a ordem de demolição da edificação clandestina merece ser mantida.

A respeito, extrai-se do decisum fustigado, de lavra do Magistrado Renato L. C. Roberge, que muito bem abordou a matéria:



[...] No caso vertente, tem-se dos autos como fato inconteste a construção de edificação sem autorização e projeto aprovado pela autoridade competente, porquanto assim reconhecido pela ré na contestação.

Assim, ainda que a irregularidade relativa à abertura na divisa sem observância do devido recuo tenha sido sanada pela ré, conforme reconhecido pelo Município na ocasião do auto de fiscalização de fl. 56, a imutável ausência de alvará de licença para construir e de projeto aprovado, por si só, torna irregular a construção, autorizando, por consequência, a demolição da obra.

É o que provém da lição de Hely Lopes Meirelles:

**«A demolição de obra clandestina, por razões óbvias, pode ser efetivada mediante ordem sumária da Prefeitura, porque, em tal caso, o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo com o só ato de frustrar a apreciação do projeto, que é pressuposto legal de toda construção. Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licença para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consiste na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanística.»** (Direito de Construir. 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 166).

Neste desiderato:

*“Administrativo. Ação ordinária de demolição. Construção irregular. Ausência de alvará de licença. Desobediência às normas municipais. Não regularização da obra. Manutenção da sentença que determina a demolição. Recurso desprovido.*

*“O Município dispõe do poder de polícia, sendo-lhe permitida a imposição de atos omissivos ou comissivos aos proprietários e possuidores de imóveis, a fim de coibir abusos e exigir o cumprimento da legislação.*

*“A simples ausência de alvará de licença para construir, por si só torna irregular a construção, de modo a autorizar a demolição.*

*“Um ato ilícito ou condutas vedadas do passado, cometidas ao arrepio da lei, não podem ser invocados como salvo-conduto ou direito adquirido para reiterar a violação às normas que visam a disciplinar a ocupação do solo e a proteger o interesse dos que nele vivem.”* (Apelação Cível n. 2008.060815-4, da Capital, Relator: Des. Pedro Manoel Abreu).

**Não se descuida do fato de que a demolição é medida extremada, sujeita à prévia verificação quanto à possibilidade de regularização da obra. Contudo, assinalo que a ré, desde quando citada no feito, teve a oportunidade de fazê-lo, contudo, quedou-se inerte perante diversas oportunidades (fls. 56/60, 64 e 81), sem contar que, desde a pretérita intimação da parte, em 11/09/2014 (fl. 81), eventual regularização administrativa da edificação já deveria ter vindo informada nestes autos. [...] (g.n.)**

De precedentes desta Corte:

**ADMINISTRATIVO E CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. OBRA CONSTRUÍDA SEM ALVARÁ DE LICENÇA. LOTEAMENTO NÃO REGULARIZADO PERANTE A PREFEITURA. NOTIFICAÇÕES EMITIDAS PELA MUNICIPALIDADE AOS MUNICÍPIES PARA A REGULARIZAÇÃO DA CONSTRUÇÃO. EMBARGO DA OBRA. INÉRCIA DOS PROPRIETÁRIOS DO IMÓVEL PARA A REGULARIZAÇÃO DA OBRA. DEMOLIÇÃO AUTORIZADA NA SENTENÇA QUE CONDICIONA ESSE DESFECHO À PRÉVIA INTIMAÇÃO DA PARTE PARA REGULARIZAÇÃO DA OBRA. IMPOSSIBILIDADE DE PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDICIONAL. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA CONDICIONALIDADE, SEM PREJUÍZO**

DE, NA FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA, SER PREVIAMENTE CONCEDIDO PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO DA OBRA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0303939-45.2016.8.24.0054. Terceira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Jaime Ramos. Data do Julgamento: 18.12.2018) (g.n.)

**APELAÇÃO.AÇÃO DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO IRREGULAR. OBRA ERIGIDA SEM A CONCESSÃO DOS RESPECTIVOS ALVARÁS. INOBSERVÂNCIA À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ALEGADA INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IRRELEVÂNCIA. EMBARGO PERPETRADO PELA MUNICIPALIDADE, ADEMAIS, QUE NÃO FOI CUMPRIDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.** (Apelação n. 0003167-43.2007.8.24.0064. Quarta Câmara de Direito Público. Rel. Des. Ricardo Roesler. Data do Julgamento: 16.06.2016) (g.n.)

**ADMINISTRATIVO.AÇÃO DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO DE ACRÉSCIMO EM EDIFICAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE LICENÇA. DESOBEDEIÊNCIA À NORMA MUNICIPAL. CONSTRUÇÃO IRREGULAR. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ELEMENTOS QUE NÃO INTERFEREM NA ESFERA JUDICIAL, DIANTE DO REGULAR EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES. SENTENÇA QUE DETERMINA A REGULARIZAÇÃO DA OBRA E, EM CASO DE DESOBEDEIÊNCIA AO PRAZO ESTIPULADO OU RESPOSTA ADMINISTRATIVA DESFAVORÁVEL, A SUA DEMOLIÇÃO. MANUTENÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. O ABUSO EM EDIFICAR, OU SEJA, A CONSTRUÇÃO QUE DESCONSIDERA O REGRAMENTO LEGAL, CONSISTE EM UMA CONDUTA CONTRA IUS, PORQUE VIOLADORA DE NORMA JURÍDICA (LUIZ GUILHERME MARINONI). A SIMPLES AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE LICENÇA PARA CONSTRUIR, POR SI SÓ, TORNA IRREGULAR A CONSTRUÇÃO, O QUE AUTORIZA A DEMOLIÇÃO.** (Apelação Cível n. 2013.061408-1. Terceira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. Data do Julgamento: 10.06.2014) (g.n.)

**De outro lado, como compete inicialmente a própria parte, proceder a demolição, poderá esta, no prazo concedido para tanto, buscar eventual regularização perante o Ente Público.**

Mais a mais, não há que se falar em necessidade de prévia intimação pessoal da Apelante/Ré, nos termos do artigo 267, incisos II e III e §1º, do CPC/1973, porque não está se falando em extinção do processo por abandono da causa.

Deve-se afastar ainda, o pleito subsidiário de condenação da Administração Pública a providenciar

habitação alternativa para a Apelante/Ré ou arcar com o pagamento de auxílio-moradia.

Isso porque, “o entendimento desta Corte é de que esta medida ultrapassa o juízo administrativo sobre o preenchimento dos requisitos necessários à benesse e que a concessão judicial implicaria quebra da ordem cronológica dos pretendentes devidamente inscritos nos programas sociais de habitação” (TJSC - Apelação Cível n. 0313496-36.2018.8.24.0038. Segunda Câmara de Direito Público. Rel. Des. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto. Data do julgamento: 23.02.2021).

Ademais, “o direito à moradia não atende o infrator da ordem urbanística e do meio ambiente equilibrado” e “a concessão de habitação alternativa ou de auxílio-moradia em casos tais implica estímulo de prática ilegal, além de representar afronta à isonomia em relação aos demais cidadãos em situação de vulnerabilidade social, sujeitos a procedimento próprio para o atendimento de seus direitos”

(TJSC – Apelação Cível n. 5000094-36.2019.8.24.0038. Primeira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Luiz Fernando Boller. Data do julgamento: 29.09.2020).

Por derradeiro e considerada a situação atual de pandemia (Covid 19), mostra-se adequado que a desocupação e demolição do imóvel sejam realizadas no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar do trânsito em julgado, tempo suficiente para que a Recorrente ou providencie a efetiva regularização ou nova habitação.

Tem decidido este Tribunal:

*AÇÃO DE NUNCIÇÃO DE OBRA NOVA C/C DEMOLITÓRIA. INOBSERVÂNCIA DO CÓDIGO DE OBRAS DO MUNICÍPIO DE PORTO BELO. EDIFICAÇÃO CLANDESTINA. AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE LICENÇA. DEMOLIÇÃO CABÍVEL. CONCESSÃO DO PRAZO DE 90 DIAS PARA A REGULARIZAÇÃO QUE SE JUSTIFICA COM BASE NO PODER GERAL DE CAUTELA, NA DIGNIDADE DO APELANTE E DE SEUS FAMILIARES NO QUE SE REFERE AO DIREITO À MORADIA E, PRINCIPALMENTE, PELA ATUAL SITUAÇÃO MUNDIAL E A NOTÓRIA GRAVIDADE DA PANDEMIA DO COVID-19. [...] (Apelação Cível n. 0300383-71.2016.8.24.0139. Primeira Câmara de Direito Público. Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Data do julgamento: 09.06.2020)*

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento e, de ofício, nos termos da fundamentação, determinar que a ordem demolitória seja implementada no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar do trânsito em julgado, as expensas da parte Ré e, na sua omissão, pelo Poder Público, ressalvado o posterior ressarcimento das despesas.

**Desembargadora BETTINA MARIA MARESCH DE MOURA**

**Relatora**

## **AÇÃO RESCISÓRIA Nº 5002855-57.2019.8.24.0000/**

RELATOR: DESEMBARGADOR ODSOSON CARDOSO FILHO

AUTOR: GEANE KANTOVITZ

RÉU: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - IPREV

AÇÃO RESCISÓRIA. OBJETIVO DE DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO DE COBRANÇA.

COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. INTIMAÇÃO. OFENSA AO § 5º DO ART. 272 DO CPC. PRESENÇA DE DOIS ADVOGADOS EM REPRESENTAÇÃO À PARTE. PUBLICAÇÃO DIRECIONADA A APENAS UM DELES. NULIDADE RECONHECIDA.

Diversamente do que dispunha a legislação revogada (cf. STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.644.401/SC, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 19-10-2020, DJe 26-10-2020), hoje há firme compreensão - na esteira, aliás, da literalidade normativa (§ 5º do art. 272 do CPC) - de que “configura-se nula a intimação quando existir prévio requerimento de publicação de intimação exclusiva para mais de um advogado habilitado nos autos e, no entanto, a publicação não observar a totalidade dos causídicos indicados” (STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 1.306.464/SP, rela. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 25-11-2020, DJe 9-3-2021).

Se há pedido expresso de intimação exclusiva em favor de dois advogados, mas a última comunicação lançada é dirigida apenas em relação a um deles, imperioso o reconhecimento da nulidade, isto a partir da publicação da intimação da sentença, sendo desnecessário, no caso, novo julgamento da causa.

PEDIDO RESCISÓRIO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, julgar parcialmente procedente o pleito exordial para, reconhecendo a nulidade de intimação quanto ao teor da sentença, anular em parte o processo n. 0305001-52.2018.8.24.0054 a contar das certidões de fls. 146 e 148 daqueles autos, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de maio de 2021.

**Desembargador ODSOSON CARDOSO FILHO**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Geane Kantovitz ajuizou ação rescisória em face do Instituto de Previdência do Estado de

Santa Catarina (IPREV), por meio da qual busca a desconstituição da sentença de procedência proferida na Ação de Cobrança n. 0305001-52.2018.8.24.0054, movida pelo último em desfavor da primeira, referente a débito de contribuições previdenciárias no período de agosto de 2013 a novembro de 2016.

Narra que, no feito primitivo, foi regularmente citada para resposta, ocasião em que apresentou contestação, requerendo, entre outros pedidos, que as intimações fossem realizadas exclusivamente em nome dos advogados Anderson Moraes (OAB/SC n. 46.220) e Marcos Rogério Palmeira (OAB/SC n. 8.095), sob pena de nulidade. Conta que, antes do julgamento da demanda, foram procedidas duas intimações nos moldes expressamente solicitados, todavia, quando da publicação da sentença não constou o nome do segundo causídico, em evidente afronta aos §§ 2º e 5º do art. 272 e do art. 280, ambos do Código de Processo Civil. Daí postular, em sede de tutela antecipada, a suspensão dos efeitos da decisão rescindenda e, ao final,

*e. a DESCONSTITUIÇÃO da sentença proferida nos autos do processo sob o nº 0305001-52.2018.8.24.0054 pelo excelentíssimo Juiz de Direito Edison Zimmer, da Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos, da Comarca de Rio do Sul/SC;*

*f. a DECLARAÇÃO DA NULIDADE DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS APÓS A SENTENÇA proferida nos autos do processo sob o nº 0305001-52.2018.8.24.0054 pelo excelentíssimo Juiz de Direito Edison Zimmer, da Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos, da Comarca de Rio do Sul/SC, por ausência de intimação do Advogado indicado pela parte autora;*

*g. a DETERMINAÇÃO para que o processo sob o nº 0305001-52.2018.8.24.0054 tenha um novo julgamento, com a respectiva intimação dos advogados indicados expressamente pela autora, sob pena de nulidade; [...]* (Evento 1, Doc. 1)

Emendada a inicial (Evento 4), indeferiu-se o pleito antecipatório (Evento 6).

Em reposta, o IPREV defende a legalidade da intimação dirigida a um dos advogados relacionados no instrumento de procuração e requer a improcedência do pleito inaugural (Evento 12, Doc. 1).

Ausente réplica (Evento 21), a Procuradoria-Geral de Justiça disse que não possui interesse na causa (Evento 24).

Por fim, a parte autora noticiou a existência de cumprimento de sentença aforado pelo Instituto de Previdência, em que exigido o valor de R\$ 48.310,02, e renovou o pedido de suspensão da decisão rescindenda (Evento 26, Doc. 1).

É o relatório.

## VOTO

A questão litigiosa se resume a definir a respeito de violação à norma jurídica (art. 272, § 5º, do CPC) -, in casu, a necessidade de intimação dos dois advogados (de defesa) indicados na Ação de Cobrança n. 0305001-52.2018.8.24.0054, e daí a nulidade da comunicação (em relação à sentença) que consta da relação n. 0467/2019, inclusa no Diário da Justiça Eletrônico n. 3.118.

Não obstante as razões constantes do Evento 6, é preciso reconhecer que razão assiste à autora, afinal a causa originária foi distribuída em 10-8-2018, aí certamente incidindo as disposições insertas no atual Código de Processo Civil.

E diversamente do que dispunha a legislação revogada (cf. STJ, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.644.401/SC, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 19-10-2020, DJe 26-10-2020), hoje é firme a compreensão - na esteira, aliás, da literalidade normativa acima citada -, de que “configura-se nula a intimação quando existir prévio requerimento de publicação de intimação exclusiva para mais de um advogado habilitado nos autos e, no entanto, a publicação não observar a totalidade dos causídicos indicados” (STJ, Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial n. 1.306.464/SP, rela. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, j. 25-11-2020, DJe 9-3-2021).

O último julgado ficou assim ementado:

*EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REQUERIMENTO PRÉVIO DE INTIMAÇÃO EXCLUSIVA DE TRÊS PATRONOS DA PARTE. INTIMAÇÃO SOMENTE EM NOME DE DOIS ADVOGADOS. NULIDADE CONFIGURADA. JULGAMENTO: CPC/15.*

- 1. Embargos de divergência opostos em 26/05/2020. Conclusão ao gabinete em 31/08/2020. Julgamento CPC/15.*
- 2. O propósito recursal consiste em decidir sobre a validade da intimação de advogado quando há pedido de intimação exclusiva, com fundamento no § 5º do art. 272 do CPC/15.*
- 3. Dispõe o art. 272, § 5º, do CPC/15 que: “constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.*
- 4. Hipótese em que há pedido de intimação exclusiva de três patronos indicados, mas somente dois deles foram intimados.*
- 5. Invalidez da intimação, necessidade de que todos os advogados indicados sejam intimados.*
- 6. O acórdão embargado adotou de posicionamento segundo o qual o STJ teria firmado entendimento no sentido de que “não há obrigatoriedade de publicação em nome de todos os advogados relacionados na petição que pede intimação exclusiva, mas tão somente de um deles”, firmado na vigência do CPC/1973. Todavia, a situação fática a sob julgamento se enquadra perfeitamente na hipótese analisada no acórdão paradigma, segundo a qual configura-se nula a intimação quando existir prévio requerimento de publicação de intimação exclusiva para mais de um advogado habilitado nos autos e, no entanto, a publicação não observar a totalidade dos causídicos indicados, por força do que disciplina o art. 272, § 5º, do CPC/2015. Precedentes.*
- 7. Embargos de divergência no agravo em recurso especial acolhidos.*

Na situação em foco, a parte autora (lá, ré) requereu na peça contestatória que “as intimações



[fossem] realizadas **EXCLUSIVAMENTE** em nome dos advogados **ANDERSON MORAIS - OAB/SC 46.220 e MARCOS ROGÉRIO PALMEIRA - OAB/SC N. 8.095**, sob pena de **NULIDADE**” (p. 35; destaques mantidos), porém apenas duas - das três - intimações lançadas no curso do processo seguiram tal indicativo, sendo que na última, referente à publicação da sentença, fez-se constar apenas o causídico Anderson Moraes (Evento 1, Doc. 3, p. 146 e 148).

Tal fato, inevitavelmente, impõe a declaração de nulidade da publicação da intimação da sentença, disposta na relação n. 0467/2019 e inclusa no Diário da Justiça Eletrônico n. 3.118, bem como da certidão de trânsito em julgado (Evento 1, Doc. 3, p. 151), a fim de que seja concedido (novo) prazo para que a demandante (lá acionada) manifeste-se sobre o julgado, oportunizando-lhe a ampla defesa prevista no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Por outro lado, não se observa razão suficiente para determinar “que o processo sob o nº 0305001-52.2018.8.24.0054 tenha um novo julgamento, com a respectiva intimação dos advogados indicados expressamente pela autora, sob pena de nulidade” (Evento 1, Doc 1 - pedido contido na letra “g”, p. 13), eis que a macula atinge apenas a intimação sobre o conteúdo da sentença e os atos posteriores.

E diante do resultado do julgamento e da sucumbência mínima da autora, condeno o réu - que é isento do pagamento de custas e despesas processuais - à satisfação de honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, voto por julgar parcialmente procedente o pleito exordial para, reconhecendo a nulidade de intimação quanto ao teor da sentença, anular em parte o processo n. 0305001-52.2018.8.24.0054 a contar das certidões de fls. 146 e 148 daqueles autos, nos termos da fundamentação.

**Desembargador ODSO CARDOSO FILHO**

**Relator**

## QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

### **APELAÇÃO Nº 0309013-66.2018.8.24.0036/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR HÉLIO DO VALLE PEREIRA

APELANTE: MUNICÍPIO DE JARAGUÁ DO SUL (AUTOR)

APELADO: ESTADO DE SANTA CATARINA (RÉU)

ADMINISTRATIVO — CORPO DE BOMBEIROS MILITAR — MUNICÍPIO — INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA — MULTA — FORMALIDADES ATENDIDAS — TESES DEFENSIVAS REJEITADAS — SENTENÇA MANTIDA.

1. Instrução normativa expedida pelo Corpo de Bombeiros Militar determina que a prorrogação do prazo do cronograma de obras deve ser requerida durante sua vigência, o que não foi aqui respeitado.
2. A situação dos edifícios públicos quanto às normas de segurança e prevenção de incêndios era alarmante e vinha sendo reiteradamente ignorada pela Administração local, tanto que há notícia de que à época tramitavam cinquenta inquéritos civis perante a Promotoria local.
3. Processo administrativo não pode ser mais ou tão solene do que o judicial. Na esfera extrajudicial prepondera um *formalismo moderado*, de maneira que, sem previsão expressa, não era requisito de validade que notificações administrativas fossem recebidas apenas pelo prefeito ou por procuradores municipais.
4. Constitucionalidade do prazo de cinco dias para exercício de ato processual administrativo.
5. Recurso desprovido.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento à apelação. Por conta da fase recursal, majoro os honorários ao percentual total de 15 (art. 85, § 11, do CPC), nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 02 de março de 2021.

**Desembargador HELIO DO VALLE PEREIRA**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

O Município de Jaraguá da Sul ajuizou ação anulatória em relação ao Estado de Santa

Catarina buscando a invalidação de vinte multas aplicadas pelo Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina, ou dos respectivos processos administrativos, além da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 21, § 1º, da Lei Estadual n. 16.157/2013.

Os pedidos foram julgados improcedentes por sentença havida na Vara da Fazenda Pública da correspondente Comarca.

O Município recorre sustentando que foi surpreendido pela lavratura de autos de infração na pendência de pedido de prorrogação do prazo de regularização. Ainda que a sentenciante tenha assinalado que houve deliberação prévia da autoridade responsável, de próprio punho, negando o pleito, não há evidência de que o ora apelante tenha sido cientificado oportunamente do indeferimento.

Nada obstante se tenha dito que, de acordo com o art. 32 da IN 05 do CBMSC, supostamente vigente até 13-11-2017, não era possível a prorrogação do prazo de regularização em relação aos sistemas vitais, não há *«qualquer prova do teor de referida Instrução Normativa ou sobre a sua vigência, além do mais, a IN 05 do CBMSC atualmente disponível no site do CBMSC não possui nenhum dispositivo com conteúdo semelhante ao citado (...)»*.

Ainda sobre os ditos pontos vitais, reclama que o auto de infração não especifica quais sistemas ou medidas de segurança contra incêndio ou pânico seriam ineficientes ou inexistentes, o que representa prejuízo ao contraditório na medida em que a penalidade é graduada a partir da quantidade de sistemas considerados ineficientes ou inexistentes.

Nega que tenha sido negligente em relação aos problemas apontados e ressalta que os ofícios anexados ao pedido de prorrogação inclusive listavam todas as medidas adotadas até então para sanar as irregularidades, de modo que o elemento subjetivo deve ser afastado e, por consequência, a atipicidade da infração.

Argumenta que *“Não basta a Juíza a quo firmar a convicção da existência de referido elemento subjetivo, era necessário que a existência do elemento subjetivo estivesse consignado nos autos do processo administrativo, o que evidenciaria uma reflexão sobre o tema por parte da Autoridade Administrativa”*.

Persevera na tese de que o prazo de 5 dias úteis para defesa, contido no art. 21, § 1º, da Lei Estadual n. 16.157/2013 viola o art. 5º, inc. LV, da Constituição e defende a nulidade das multas frente à ausência de notificação dos representantes do Município, que de acordo com o art. 71 da legislação doméstica seriam exclusivamente o Prefeito e os Procuradores do Município, descabendo a aplicação da teoria da aparência traduzida no art. 5º da IN 02 do CBMSC.

Houve contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento da apelação.

## VOTO

1. Inicialmente o Município reclamava que o pedido de prorrogação do prazo para regularizar os edifícios públicos autuados foi ignorado. Segundo sustentava, as penalidades foram emitidas na pendência da análise do ofício que solicitava a dilação pelo prazo de cinco anos e, à vista disso, deveriam ser anuladas.

A sentenciante, todavia, identificou documentação que demonstrava deliberação sobre o pedido, dando o argumento por superado:

*A alegação do autor de que as multas foram aplicadas na pendência de resposta ao Ofício n. 1608/2016-PGM, não merece prosperar.*

*Referido ofício foi recebido pelo destinatário em 8.11.2016, e a aplicação das multas ocorreu entre 19.4.2017 e 9.6.2017.*

*No entanto, conforme se vê da fl. 454, a autoridade responsável despachou de próprio punho no corpo do referido ofício, respondendo ao pedido de prorrogação de prazo solicitado pelo Município, constando como data da resposta o dia 18.11.2016, ou seja, antes da lavratura dos autos de infração.*

Agora, o apelante reclama. Mesmo que evidenciado o despacho da autoridade, não há prova de que tenha sido notificado da decisão, insistindo na nulidade das multas.

De fato, a documentação trazida pelo Estado não revela que o Município tenha sido cientificado da decisão que foi emitida dias após o pedido. Só que, de outro lado, não vejo como reconhecer a nulidade. O pedido de prorrogação foi enviado mais de um mês após o prazo derradeiro para a regularização dos prédios públicos. Note-se que em ofício direcionado ao Secretário de Administração, de 5 de outubro de 2016, o Comandante Maicon Eder Motelievicz já noticiava o decurso dos prazos (Evento 1, INF2, fls. 2), sendo que o pedido de dilação só foi enviado em 7 de novembro daquele ano (ofício n. 1608/2016/PGM; Evento 1, INF8), ou seja, muito após o vencimento - quando já era possível a aplicação imediata da penalidade.

Se é assim, não há como defender a invalidade. O pedido de prorrogação em si era intempestivo e o auto de infração, à falta do cumprimento, já poderia ser lavrado desde logo, independentemente de alguma outra providência.

A IN 05/DAT/CBMSC, vigente à época, tem disposição expressa nesse sentido:

*Art. 23. A concessão de prorrogação de prazo do cronograma de obras deverá ser requerida formalmente pelo responsável pelo imóvel ao chefe da Seção de Atividades Técnicas, durante a vigência do prazo do cronograma de obras.*

O art. 223 do Código de Processo Civil, de maneira aproximada, também dispõe que o direito de praticar ou emendar ato processual se extingue com o decurso do prazo, o que implica que eventual pedido de prorrogação deva, por via de regra, ser apresentado antes do vencimento (argumento que trago, é claro, apenas ilustrativamente).

Quer dizer, ainda que depois de escoado o prazo, beneficentemente, se tenha permitido que a regularização daquilo que não era iminente (sistemas plenos e exequíveis) viesse a ser feita em lapso mais elástico, não há como ignorar que a partir do vencimento o Município já estava sujeito à penalidade.

No mais, como bem ressaltado na manifestação da Procuradora de Justiça Eliana Volcato Nunes, o pedido de prorrogação não tem efeito suspensivo:

*“Em que pesem os argumentos despendidos pelo recorrente acerca da ausência de notificação da decisão que indeferiu o pedido de prorrogação do prazo para regularização das edificações fiscalizadas pelo Corpo de Bombeiros Militar de Santa Catarina e que são objeto das penas de multa aplicadas, cumpre pontuar que ainda que não tivesse havido resposta ao pedido, não estaria afastada a possibilidade de imposição de multas ao ente municipal.*

*Isso porque o pedido de prorrogação não se trata de instância recursal ou mesmo fase processual, não gerando efeito suspensivo no que tange às determinações impostas pela autoridade policial quando da lavratura das notificações e laudos de exigências que culminaram na imposição das multas (Evento 1, INF2, pgs. 03-10, INF3, INF4, INF5, INF6 e INF7 e Eventos 12 ao 29).*

*Em outras palavras, ainda que pendente a análise do pedido de prorrogação, plenamente válido o prazo inicial estabelecido nas notificações, devendo ser cumprido integralmente. Apenas o deferimento do pedido de prorrogação teria o condão de afastar a exigência de adequação das edificações, o que, de fato, não ocorreu.”*

2. No que diz respeito à Instrução Normativa que definia quais sistemas e medidas de segurança eram à época considerados vitais e sobre os quais não se admitia a prorrogação do prazo do cronograma (arts. 22 e 32) — outro aspecto sobre o qual o apelante se volta —, ainda que não se tenha trazido cópia aos autos, registro que não houve determinação do juízo nesse sentido e a providência era mesmo desnecessária porque o documento é de acesso público e poderia ser consultado diretamente neste link: <[https://documentoscbmsc.cbm.sc.gov.br/relatorio\\_documentos/consulta](https://documentoscbmsc.cbm.sc.gov.br/relatorio_documentos/consulta)>, pela simples busca pelo termo “IN 05/DAT - Edificações Existentes”, atualmente com status revogado.

Também não prospera a alegação de que não houve especificação dos sistemas considerados ineficientes ou inexistentes pela fiscalização. Do campo destinado à descrição das irregularidades extrai-se que os defeitos constatados foram listados de forma pormenorizada, sendo intuitivo, até mesmo pelo confronto entre o valor da multa e a quantidade de ações a serem executadas, identificar o que ainda pendia de regularização.

Exemplificando, ressalto o que se tem quanto ao Auto de Infração Multa n. MUL074400008/17, que diz respeito à Escola Municipal de Ensino Fundamental Rodolpho Dornbush (Evento1, INF13).

Inicialmente foi expedido em novembro de 2015 laudo de exigências no qual se destacava a necessidade de (1) apresentar projeto preventivo contra incêndio e pânico (PPCI) de acordo com o art. 26 da IN01, (2) alocar unidade extintora nos corredores “C” e “D”, realizar manutenção dos extintores, (3) alocar luminárias de emergência em todas as salas de aula, corredores e halls, banheiros de uso coletivo, rampas e biblioteca, (4) alocar placas de sinalização de abandono de local (saída) em todas as áreas comuns de rota de fuga, (5) corrigir corrimão da rampa do bloco “E” de acordo com a IN09 e (6) adequar distância do abrigo de gás aos ralos e destrancar o cadeado.

Em maio de 2016, o Município foi notificado para que no prazo de 180 dias úteis sanasse as irregularidades descritas na notificação em laudo de exigências anexo (que nesse caso não foi juntado, mas também não se renega que foi entregue), constando ainda que previamente quanto à natureza das irregularidades: sistema ou medida de segurança contra incêndio ou pânico parcial ou totalmente ineficiente; temas ou medidas de segurança contra incêndio ou pânico inexistentes e deixar de apresentar para a análise, projeto preventivo contra incêndio (PPCI).

Já no plano de regularização de edificação, confeccionado em março de 2017, quando já expirado o prazo, a municipalidade foi novamente instada a “*apresentar projeto preventivo contra incêndio e pânico*” (1), “*corrigir corrimão da rampa do bloco “E” de acordo com a IN09*” (5) e “*adequar distância do abrigo de gás aos ralos*” (6), de modo que foi lançada multa no valor de R\$ 800,00, dos quais R\$ 400,00 correspondiam a cada “sistema ou medida de segurança contra incêndio ou pânico parcial ou totalmente ineficiente” — no que se adequam os itens 5 e 6 — e R\$ 400,00 por “sistemas ou medidas de segurança contra incêndio ou pânico inexistentes” — no que se conforma o item 1.

As irregularidades, sob pena de nova autuação, segundo consta no plano de regularização, deverão ser sanadas até 20 de maio de 2021. O que está de acordo também com o despacho da autoridade, que concedeu “*prazo máximo no limite da lei (que é de 5 anos, adito), para sistemas plenos e exequíveis, considerando-se o dia da primeira vitória, desde que não tenha sido prorrogado ainda*” (Evento 30, INF83).

Em suma, indicava-se que tudo estava descrito em laudo de exigências anexo (em alguns casos, quando nada foi sanado, se reportava à numeração do primeiro laudo de exigências), não se extraindo daí algum prejuízo ao contraditório. Aliás, houvesse alguma dúvida do que se reputava inexistente ou ineficiente, a questão poderia ainda ser objeto de recurso; mas não houve sequer impugnação mais contundente nesse sentido no âmbito administrativo, no qual, aliás, o Município se limitou a pedir “a íntegra dos autos e não atos isolados”, quando isso já havia sido feito.

No mais, o Anexo E da referida IN 005/DAT/CBMSC deixa bastante claro que apenas se consideram sistemas e medidas de segurança contra incêndio vitais em escolas, hospitais, residências coletivas e prédios públicos: iluminação de emergência (IE), sistema preventivo por extintores (SPE) e sinalização de abandono do local (SAL).

A impugnação específica de cada item, fosse o caso, era plenamente viável.



3. Quanto à presença do elemento subjetivo, essencial à tipicidade da conduta nos termos do art. 17 da Lei Estadual n. 16.157/2013, tenho que estava bem configurada, tal como se decidiu na origem.

A propósito, reproduzo as razões de Sua Excelência, Juíza Cândida Inês Zoellner Brugnoli, às quais adiro:

*No caso, não se desconhecem as dificuldades enfrentadas pelo ente municipal para cumprir as exigências nos prazos concedidos, tais como a falta de previsão orçamentária e entraves burocráticos da Lei de Licitações.*

*Por outro lado, não se pode olvidar que se trata de um tema extremamente sério – segurança e combate a incêndios – que deve ser tratado como uma das prioridades pelos gestores públicos, já que, como se tem visto nos últimos anos, a simples falta de observância das mais elementares exigências apontadas pelo Corpo de Bombeiros quanto aos sistemas de combate a incêndios e pânico, tem levado a tragédias de repercussão internacional, como as da Boate Kiss, em Santa Maria/RS, em janeiro de 2013 – na qual mais de 240 pessoas faleceram – e a do alojamento de atletas do Centro de Treinamentos do Flamengo, no Rio de Janeiro/RJ, em fevereiro de 2019 – na qual 10 adolescentes tiveram suas vidas ceifadas.*

*Logo, resta evidenciada a culpa do ente público, tendo em vista que deixou decorrer o prazo concedido pelo CBM/SC in albis, sem tomar qualquer providência, limitando-se a formular pedido de prorrogação em 08.11.2016 (fl. 73), ou seja, meses após as notificações.*

*Ademais, ao que tudo indica, tal pedido só foi formulado após terem sido lavrados pelos menos dois autos de infração (094100043/16 e 094100049/16), referentes, respectivamente, ao Centro Administrativo Municipal (prédio da prefeitura) e à “Casa do Colonizador”, os quais são objetos dos Autos n. 0301899-76.2018.8.24.0036.*

*Ressalte-se que o ponto central que envolve o tema – vistorias do Corpo de Bombeiros – jamais pode ser a possível aplicação de multas ou questões meramente burocráticas, mas, sim, a segurança dos cidadãos jaraguenses que diariamente acessam os prédios públicos vistoriados.*

*Ou seja, não restam dúvidas de que o Município omitiu-se de sua responsabilidade, configurando culpa na modalidade negligência, pois, até a aplicação das multas (AIT n. 094100043/16 e 094100049/16), em 07.11.2016, manteve-se inerte perante o CBM/SC*

Acrescente-se, ainda que, ao contrário do que sustenta o Município, não se demonstrou o atendimento (ao menos não de forma substancial) às providências solicitadas pelo Corpo de Bombeiros Militar. Tudo o que se tem naqueles ofícios, encaminhados juntamente com o pedido de prorrogação (Ofícios 403/2016 /Semur-GP, 829/2016/Semed e 152/2016-Sema/DA; Evento1, INF8), com exceção de prédios da Secretaria Social, da Fundação Cultural e parte das unidades de saúde, é a notícia da recente elaboração de projetos e orçamentos ainda sem previsão de execução à vista da situação financeira e orçamentária, além da falta de tempo hábil ao final do mandato, o que, por si só, já indica desídia em concretizar aquelas medidas urgentes das quais tinha ciência há mais de ano.

Além disso, a situação dos edifícios públicos era alarmante e vinha sendo reiteradamente ignorada pela Administração, tanto que à época tramitavam cinquenta inquéritos civis perante a 8ª Promotoria de Justiça da Comarca de Jaraguá do Sul buscando apurar a situação (Evento 1, INF51).

De todo modo, a só constatação da tipicidade da conduta era bastante, sendo intuitivo que as coisas decorreram da má gestão - ou se haveria de reconhecer como bem conduzidas as coisas ainda que tenham chegado ao tal estado. Não havia mesmo o que o agente público discursar

4. O Município ainda insiste na inconstitucionalidade desta passagem da Lei Estadual n. 16.157/2013:

*Art. 21 Da imposição das sanções previstas no art. 16 desta Lei, são cabíveis os seguintes recursos: (...)*

*§ 1º O recurso ordinário deverá ser protocolizado no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a contar do recebimento do auto de infração, dirigido à autoridade bombeiro militar que expediu o auto.*

Não vejo, todavia, que o prazo de cinco dias úteis seja de tal modo reduzido que implique violação ao art. 5º, inc. LV, da Constituição.

Ao que se extrai, na verdade, a insurgência do Município está essencialmente vinculada a aspectos práticos da própria Administração e seus entraves, não a uma antinomia entre o dispositivo e a norma constitucional — como se a escassez do prazo, por si só, representasse um prejuízo à ampla defesa. No arrazoado frisa-se que foram cerca de cinquenta imóveis vistoriados e notificados em um curto período, mas concretamente não se refere alguma dificuldade, desvinculada desse aspecto, que advenha do limite temporal estabelecido na legislação.

A análise da constitucionalidade, embora possa ser feita de forma incidental, não se apega a questões alheias, a individualidades do caso concreto. Quer dizer, não se duvida das dificuldades de atender a um volume elevado de demandas administrativas quando o efetivo está adstrito à procuradoria organizada no âmbito municipal, mas são aspectos que refogem à análise da constitucionalidade.

Além disso, pela simplicidade das notificações (e mesmo pelo conhecimento prévio da situação fática) não é razoável, de outro lado, defender que o prazo de cinco dias úteis represente por si mesmo um empecilho que de forma geral prejudique a contraposição de quem foi sancionado.

*5. Por fim, também não prospera a tese de que apenas notificações encaminhadas ao Prefeito e os Procuradores do Município seriam válidas. Não se pode equiparar as formalidades de um processo judicial, que tem ritos muito peculiares e mais graves, com a maior simplicidade da instância extrajudicial.*

*Como bem ressaltado no parecer da Procuradora de Justiça Eliana Volcato Nunes, nem mesmo a legislação doméstica estabelece uma obrigatoriedade nesse sentido:*

*Por fim quanto à aventada nulidade dos processos administrativos por ausência de intimação de representante legal do Município, melhor sorte não socorre ao apelante.*

*Alega o recorrente que não foi cientificado das notificações ou dos autos de infração por nenhum de seus*

*representantes legais, contrariando assim o disposto nos arts. 71 e 84 da Lei Orgânica do Município de Jaraguá do Sul e arts. 242 e 269 do Código de Processo Civil.*

*Impende, contudo, discordar de tal posicionamento.*

*No que interessa ao presente feito, assim estabelecem os artigos 71 e 84 da Lei Orgânica do Município de Jaraguá do Sul:*

*Art. 71 Ao Prefeito compete privativamente:*

*[...]*

*V - representar o Município nas suas relações jurídicas, políticas e administrativas, em juízo ou fora dele; (Redação dada pela Emenda à Lei Orgânica Municipal nº 1/2010)*

*[...]*

*Art. 84 A Procuradoria-Geral do Município é a instituição que diretamente representa o Município, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, ainda, nos termos de lei especial, que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, e, privativamente, a execução da dívida ativa de natureza tributária e não tributária. (Redação dada pela Emenda à Lei Orgânica nº 3/2015)*

*Como se vê, a legislação municipal em momento algum estabelece que as notificações devam ser entregues, necessariamente, ao prefeito ou ao procurador do Município de Jaraguá do Sul.*

Estava-se no âmbito administrativo. Em feliz chavão, lá vale um formalismo moderado. É inglório propor que se estendam para o campo administrativo rituais tão rígidos quanto os existentes no campo do processo civil.

O ato atingiu sua finalidade, tanto que o Município pôde tempestivamente protocolizar recurso. Lá, aliás, nem se reclamava o tal vício e o procedimento quanto às notificações seguiu o que era codificado no Decreto Estadual n. 1.957/2013 e na IN 002/DAT/CBMSC, que dispunham respectivamente o seguinte:

*Art. 13 Será emitida notificação determinando a correção das irregularidades observadas e o prazo para sua regularização, no caso de descumprimento das disposições de NSCI.*

*(...)*

*§ 3º A notificação de irregularidades será expedida pelo CBMSC e dirigida ao responsável pelo imóvel, conforme estabelecido em IN.*

*(...)*

*Art. 5º Constatada a infração administrativa será tratada da seguinte forma: I - para edificações existentes será lavrado o termo de notificação através do auto de fiscalização, ANEXO B, determinando a correção das irregularidades constatadas e o prazo para sua regularização, no caso de descumprimento das disposições previstas nas Normas de Segurança Contra Incêndio e Pânico (NSCI); ou (Inciso I alterado pela NT25/DAT/2017)*

*II - para edificações novas e recentes será lavrado o auto de infração advertência, ANEXO C, determinando a*

*correção das irregularidades constatadas e o prazo para a sua regularização, no caso de descumprimento das disposições previstas nas NSCI.*

*§ 1º A notificação e auto de infração são expedidos ao proprietário ou responsável pelo imóvel, podendo ser recebidos por este ou por preposto, contendo o nome, assinatura e CPF deste.*

*§ 2º Tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, a notificação ou auto de infração são efetuados mediante a entrega ao encarregado da recepção/preposto, contendo o nome, assinatura e CPF deste.*

Sendo mais incisivo, não se tratava de ato solene, como a citação da Fazenda Pública, onde a teoria da aparência é mesmo inaplicável (AI n. 4000701-83.2019.8.24.0000, da Capital, rel. o subscritor). Estava-se diante de procedimento administrativo e o essencial, enfim, era que a notificação cumprisse sua finalidade, como de fato ocorreu.

**6.** Assim, voto por conhecer e negar provimento à apelação. Por conta da fase recursal, majoro os honorários ao percentual total de 15 (art. 85, § 11, do CPC).

**Desembargador HELIO DO VALLE PEREIRA**

**Relator**

## **APELAÇÃO Nº 0001069-15.2014.8.24.0008/SC**

RELATORA: DESEMBARGADORA DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI

APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

APELADO: ELENIR KIENEN SCHLEI

### **APELAÇÃO CÍVEL.**

ACÇÃO ACIDENTÁRIA. PREVIDENCIÁRIO.

DISCOPATIA DEGENERATIVA DIFUSA NA COLUNA LOMBO-SACRA. CONFEITEIRA, HOJE COM 55 ANOS.

**SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DETERMINOU A IMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ EM FAVOR DA AUTORA DESDE O DIA POSTERIOR A CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA, EM 2007.**

#### **(1) INSURGÊNCIA DO INSS. (1.1) ADMISSIBILIDADE**

**(A) ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE PERÍCIAS JUDICIAIS DIVERGENTES EM TRÊS PROCESSOS NA JUSTIÇA FEDERAL (AUTOS N. 5008065-72.2014.404.700, N. 5003635-43.2015.4.04.7205 E N. 5000661-96.2016.7.04.7505) QUE DEVEM SER UTILIZADAS PARA AFASTAR A INCAPACIDADE TOTAL DA AUTORA RECONHECIDA NA SENTENÇA.**

PLEITO QUE NÃO DEVE SER CONHECIDO EM RELAÇÃO A ALEGAÇÃO DOS AUTOS DE N. 5003635-43.2015.4.04.7205 E N. 5000661-96.2016.7.04.7505 E SUAS PERÍCIAS.

AMBAS AS PERÍCIAS NOS PROCESSOS FEDERAIS OCORRERAM ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA AQUI COMBATIDA, ENTRETANTO SÓ HÁ ALEGAÇÃO ARTICULADA EM PRIMEIRO GRAU COM RELAÇÃO AOS AUTOS N. 5008065-72.2014.404.700, MOMENTO EM QUE FOI JUNTADO A CÓPIA DA PERÍCIA E DA SENTENÇA.

TESE REFERENTE AOS AUTOS N. 5003635-43.2015.4.04.7205 E N. 5000661-96.2016.7.04.7505 QUE NÃO PODE SER Apreciada POIS IMPORTA INOVAÇÃO RECURSAL E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO.

#### **(B) PRETENSÃO JUNTADA DE DOCUMENTOS NA FASE RECURSAL. INADMISSIBILIDADE.**

APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS PREEXISTENTES À SENTENÇA, EM FASE RECURSAL.

DOCUMENTOS QUE NÃO SE ENQUADRAM NAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA QUE RELATIVIZAM SUA APRESENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA. EXEGESE DOS ART. 345 E 1.014 DO CPC/15.

ESCRITOS QUE NÃO CONFIGURAM DOCUMENTO NOVO.

NÃO APRESENTAÇÃO NA FASE OPORTUNA. PRECLUSÃO TEMPORAL OPERADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 507 DO CPC/15.

NÃO CONHECIMENTO DOS DOCUMENTOS, E CONSEQUENTE DESENTRANHAMENTO DESSES, QUE SE IMPÕE.

#### **(1.2) MÉRITO**

**ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE PERMANENTE DA AUTORA DESDE 2007 TENDO EM VISTA QUE NOS AUTOS DE N. 5008065-72.2014.404.700 NA JUSTIÇA FEDERAL FOI RECONHECIDA A AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE DA AUTORA E QUE A AUTORA LABOROU EM PANIFICADORA DURANTE OS INTERVALOS QUE FICOU SEM RECEBER BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO, CONFORME INFORMAÇÃO DO CADASTRO NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS - CNIS.**

**TESE PARCIALMENTE ACOLHIDA.**

AUTORA SUBMETIDA A PERÍCIA MÉDICA NESTES AUTOS EM 11/07/2014 QUE CONSTATOU A INCAPACIDADE PERMANENTE DESTA 31/05/2007.

REGISTRO NO INFORMAÇÃO DO CADASTRO NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS QUE CONFIRMA QUE A AUTORA LABOROU EM PERÍODOS INTERMITENTES ATÉ JANEIRO DE 2014, O QUE AFASTA A INCAPACIDADE PERMANENTE NO PERÍODO.

PERÍCIA REALIZADA NA JUSTIÇA FEDERAL EM 02/05/2014 PARA CONCESSÃO DE AUXÍLIO PREVIDENCIÁRIO QUE AFASTOU A OCORRÊNCIA DE INCAPACIDADE.

NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE DA AUTORA SOMENTE A PARTIR DA DATA DA PERÍCIA JUDICIAL NESTES AUTOS, EM 11/07/2014.

PARCIAL PROVIMENTO DO RECLAMO PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DA AUTARQUIA AO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO REFERENTE AO PERÍODO ANTERIOR À PERÍCIA QUE ATESTOU A INCAPACIDADE PERMANENTE DA REQUERENTE.

**(2) HONORÁRIOS RECURSAIS.**

HONORÁRIOS RECURSAIS INCABÍVEIS.

**(1) RECURSO DE APELAÇÃO DO INSS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO PARA DETERMINAR A DATA DO INÍCIO DO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DA AUTORA A PARTIR DA DATA DA PERÍCIA JUDICIAL QUE ATESTOU A SUA INCAPACIDADE PERMANENTE (11/07/2014)**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso de apelação do INSS e, na extensão, dar-lhe parcial provimento tão somente para determinar que a condenação de implementação da aposentadoria por invalidez inicie a contar da data do laudo pericial que reconheceu a incapacidade permanente da autora, em 11/07/2014, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 13 de abril de 2021.

**Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI**

**Relatora**



## RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS** contra sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação previdenciária n. 0001069-15.2014.8.24.0008, ajuizada por **Elenir Kienen Schlei**.

### 1.1 Desenvolvimento processual

Adota-se o relatório da sentença proferida pelo magistrado singular João Baptista Vieira Sell (evento 69 na origem):

*Cuida-se de Ação Ordinária de Restabelecimento/Concessão de Aposentadoria por Invalidez de Benefício Previdenciário Acidentário Cumulado com Pedido de Tutela Antecipada na qual figura como parte autora Elenir Kienen Schlei e como réu o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, ambos devidamente qualificados e representados por procuradores legalmente habilitados.*

*Citado, ofereceu o réu contestação às fls. 43/54. A prova pericial foi produzida às fls. 76/85.*

*Vieram-me conclusos.*

*É o breve relato.*

A causa foi valorada em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

### 1.2 Sentença

O MM. Juiz João Baptista Vieira Sell, declarou a procedência dos pedidos formulados na inicial, nos seguintes termos:

[...]

*Profiro o julgamento conforme o estado do processo, porquanto, na forma do artigo 355, I, do Código de Processo Civil, não há necessidade de produção de provas em audiência, sendo suficientes para o deslinde da causa a perícia judicial efetivada e bem assim os documentos constantes dos autos.*

*Não foram arguidas preliminares pelo INSS.*

*Sobre o auxílio-doença, estabelece o art. 59 da Lei. 8.213/91:*

*“O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.”*

*Acidente de trabalho, conforme art. 19 da Lei n. 8.213/91, “é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço*

*da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”.*

*Sobre Aposentadoria por invalidez dispõe o art. 42 da Lei 8.213/91:*

*Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lheá paga enquanto permanecer nesta condição.*

*§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.*

*§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.*

*Estabelecidas essas premissas, necessário verificar a presença dos requisitos indispensáveis à concessão do benefício pleiteado.*

*No tocante à qualidade de segurado da parte autora, registre-se, nenhum inconformismo manifestou o instituto requerido.*

*Assim, resta saber se a parte autora estava incapacitada para o exercício de atividade habitual, se era insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ainda, a existência de nexo causal entre o acidente de trabalho, a doença apresentada e eventual incapacidade laboral.*

*Como não poderia deixar de ser, foi a parte autora submetida à perícia médica, onde trago a conclusão do perito, fl. 81: «Por ocasião da perícia ficou constatado que a autora realmente é portadora das doenças referidas na inicial, e encontra-se INCAPAZ AO TRABALHO PERMANENTEMENTE.» Com base na perícia, constata-se que o autor apresenta quadro de incapacidade total e permanente, logo o benefício cabível é a aposentadoria por invalidez.*

*[...]*

A parte dispositiva restou assim redigida:

*Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE para condenar o Instituto Nacional do Seguro Social INSS a conceder Aposentadoria por Invalidez, com base no art. 42 da Lei 8.213/91, desde a data da cessação do benefício (31/05/2007, com todos os seus consectários legais, tudo devidamente corrigido conforme acima indicado.*

*Condeneo o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais pela metade (LC n. 156/97, art. 33, § 1.º) e dos honorários advocatícios fixados em 10% sobre as parcelas vencidas até esta data, devidamente corrigidas (Súmula 111/STJ).*

*Intime-se o INSS para restabelecer o benefício, no prazo de 10 (dez) dias.*

*Consigno, desde já, que durante o prazo para interposição do recurso voluntário, manifesto o interesse de qualquer das partes, subam os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.*

*Não ocorrendo interesse no exercício do duplo grau de jurisdição, antes de ascender o feito à corte superior, pautado nos princípios da celeridade e economia processual, intime-se a autarquia vencida para apresentação do cálculo de liquidação do édito condenatório, à guisa de averiguar a necessidade de submissão do julgado ao reexame necessário.*

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se*

### **1.3 Apelação Cível interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (evento 92, informação 158)**

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue busca a autarquia apelante a reforma da sentença para julgar improcedente a demanda.

Alega, em síntese, a ausência de incapacidade permanente da parte autora tendo em vista que perícias judiciais realizadas em três processos na Justiça Federal tiveram entendimento diverso, a citar: autos n. 5008065.72.2014.8.04.7205, autos n. 5003635-43.2015.4.04.7205 e autos n. 5000661-96.2016.4.04.7205.

Pontua ainda a impossibilidade de reconhecimento da incapacidade permanente da autora desde 2007, conforme reconhecido na perícia nestes autos, tendo em vista que a autora trabalhou entre intervalos do recebimento do benefício da justiça federal conforme aponta consta no Cadastro Nacional de Informações Sociais da autora até janeiro de 2014.

Por fim apresentou documentos (informação 161 à 170 do evento 92 na origem e informação 171 à 202 do evento 91 na origem).

### **1.4 Contrarrazões**

Foram apresentadas contrarrazões (evento 92, contrarrazões 207/209).

### **1.5 Reexame necessário**

A sentença não foi encaminhada para reexame.

### **1.6 Manifestação do Ministério Público**

Nesta Instância, a Procuradora de Justiça Walkyria Ruicir Danielski deixou de se manifestar sobre o mérito dos autos (evento 20).

Este é o relatório.

## VOTO

**2.1 Apelação Cível interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (evento 92, informação 158)**

### **2.1.1 Admissibilidade**

**(a) Alegação de ocorrência de perícias judiciais divergentes em três processos na Justiça Federal (autos n.5008065-72.2014.404.700, n. 5003635-43.2015.4.04.7205 e n. 5000661-96.2016.7.04.7505) que devem ser utilizadas para afastar a incapacidade total da autora reconhecida na sentença.**

O pleito não deve ser conhecido em relação à alegação de utilização das perícias realizadas nos autos de n. 5003635-43.2015.4.04.7205 e n. 5000661-96.2016.7.04.7505.

Ocorre que os três processos federais e suas perícias ocorreram antes da prolação da sentença aqui combatida, entretanto só há alegação articulada em Primeiro Grau com relação aos autos n. 5008065-72.2014.404.700, momento em que foi colacionado a cópia da perícia e da sentença.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a tese referente aos autos n. 5003635-43.2015.4.04.7205 e n. 5000661-96.2016.7.04.7505 não pode ser apreciada, pois importa inovação recursal e supressão de instância.

No mais, porque preenchidos os requisitos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

### **(B) Apresentação de documentos na fase recursal.**

O apelante juntou ao recurso diversos documentos nos quais busca reverter a decisão atacada (informação 161 a 170 do evento 92 na origem e informação 171 a 202 do evento 91 na origem).

Sobre a juntada de documentos após a prolação da sentença, colaciona-se a lição de MARINONI, ARENHART e MITIDIERO:

*“Em situações excepcionais, é possível arguir temas novos na apelação, não apresentados no juízo a quo (art. 1.014). O tribunal passará a ser, então, o primeiro grau de jurisdição para esses temas. Segundo prevê a regra mencionada, essa possibilidade se liga à **existência de questões de fato, não oferecidas no juízo a quo, por motivo de força maior**. Segundo entende a doutrina, **essa força maior estaria presente nas seguintes situações:***

***i) superveniência do fato (fato novo):** indubitavelmente, se o fato é novo, tendo surgido apenas após a prolação da sentença, isto constitui motivo suficiente de força maior para que venha a ser ventilado exclusivamente no tribunal ad quem. A fim de que essa hipótese se apresente, é preciso que o fato seja ulterior à publicação da sentença (se for anterior, **deveria ter sido apresentado e examinado no juízo de primeiro grau, conforme prevê o art. 493**), ainda que seja anterior à chegada dos autos ao tribunal;*

**ii) ignorância do fato pela parte (ciência nova de fato velho):** ainda que o fato seja anterior à sentença, e desde que tenha ocorrido algum motivo objetivo que tenha gerado a impossibilidade de seu conhecimento pela parte, o fato há de ser considerado como fato novo, para os fins aqui examinados, autorizando-se sua dedução imediatamente perante o juízo superior;

**iii) impossibilidade efetiva de comunicar o fato ao advogado ou ao juiz a tempo:** da mesma maneira do que sucede na situação anterior, aqui, não obstante o fato possa ser anterior à prolação da sentença, tornou-se, por alguma causa objetiva, impossível comunicar o fato ao juiz para que este pudesse considerá-lo em seu julgamento. Essa força maior, que impediu que o fato fosse levado ao conhecimento do magistrado a tempo, autoriza sua dedução perante o tribunal, para consideração por ocasião do julgamento da apelação; e

**iv) impossibilidade de provar o fato até a sentença:** entende a doutrina que a impossibilidade material de provar o fato equivale à impossibilidade de apontá-lo. Efetivamente, a simples alegação do fato novo, sem que se possa demonstrá-lo ao juiz, pode ser equiparado à ausência do fato, já que a regra do ônus da prova (art. 373) acarretará a aplicação da desconsideração dessa alegação de fato em prejuízo de quem alega diante da ausência de prova nos autos. É necessário, contudo, que a questão seja bem entendida. A previsão da força maior pode, sim, estender-se à “prova nova”; porém, a questão de fato deverá ser apresentada anteriormente, ainda que não se disponha de prova para a demonstração da alegação. (...) Assim, ao que parece, a situação é válida, desde que bem entendida: **a parte que não dispõe de meios para comprovar certa alegação de fato tem, sim, o ônus de apresentá-la no juízo a quo, ainda que não tenha provas para demonstrá-la. A prova nova, surgida após a prolação da sentença, poderá ainda ser oferecida diretamente ao tribunal, para a avaliação daquela primitiva questão de fato, inserindo-se isso na previsão do art. 1.014.”** (in: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 2. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p.528/529).

Como se vê, **a apresentação** extemporânea de documentos, após proferida a sentença, é excepcionalmente aceita, todavia, exige a **qualidade de novo, bem como a comprovação do justo motivo ou da força maior que impediu sua juntada anteriormente.**

Sobre a definição de **documento novo**, a jurisprudência deste Tribunal já pronunciou:

“PROCESSUAL CIVIL - JUNTADA DE DOCUMENTO EM SEDE DE APELAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO - DOCUMENTAÇÃO EXISTENTE À ÉPOCA DE INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO 1 **O documento novo, cuja juntada e conhecimento são autorizados pelo Código de Processo Civil (art. 435), é aquele ignorado pela parte, seja porque não sabia de sua existência, seja porque não era possível dele fazer uso durante o trâmite do processo.** 2 **Se já existente e de conhecimento da parte, sua juntada tardia não autoriza que seja conhecido, sobretudo em sede de embargos de declaração em que há a finalidade equivocada de reformar o acórdão para adaptá-lo às convicções do recorrente.** AÇÃO REGRESSIVA - SEGURO - CELESC - SUBROGAÇÃO - REQUISITOS - PROVA DO PAGAMENTO - AUSÊNCIA - INDEFERIMENTO DA INICIAL - MANUTENÇÃO 1 Para que a seguradora se sub-rogue nos direitos de seu segurado e faça jus ao ressarcimento dos valores gastos com a indenização paga deve demonstrar o dano coberto, com comprovante de pagamento, e o nexo de causalidade entre este e a falha na prestação de serviço. 2 Ausente prova do pagamento da indenização securitária, tendo a requerente sido intimada exclusivamente para sanar este defeito, a extinção do feito por ausência de documentos essenciais à propositura da ação (CPC, art. 320) é medida que se impõe.” (TJSC, Apelação Cível n. 0302866-63.2018.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 04-12-2018; grifou-se).

“PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. IRRESIGNAÇÃO. PRETENDIDA ANULAÇÃO DA SENTENÇA E COMPLEMENTAÇÃO DA PERÍCIA JUDICIAL. SUPOSTA EXISTÊNCIA DE FATO NOVO. INOCORRÊNCIA. COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE DO TRABALHO JUNTADA SOMENTE APÓS A REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL. INFORTÚNIO, TODAVIA, OCORRIDO EM 2007. AÇÃO AJUIZADA EM 2012. FATO QUE DEVERIA E PODERIA TER SIDO MENCIONADO NA EXORDIAL. QUESTÃO QUE SE ACATADA, ACARRETIARIA EM VERDADEIRA ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. IMPOSSIBILIDADE. ART. 264 DO CPC. PERITO JUDICIAL, ADEMAIS, QUE AINDA RESPONDEU OS QUESITOS COMPLEMENTARES, CONCLUINDO PELA INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA. TESE DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA QUE NÃO MERECE PROSPERAR. RECURSO IMPROVIDO. **‘Não é documento novo aquele que poderia ter sido produzido e juntado em fase específica ainda mais porque o apelante não provou a ocorrência de caso fortuito ou força maior capaz de justificar a omissão. Assim, os documentos extemporâneos juntados em fase recursal hão de ser desentranhados dos autos e devolvidos à parte’** (Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2012.039687-4, de Brusque, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. em 26-09-2013). [...] (TJSC, Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2013.040252-7, de Itajaí, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 11-03-2014). “O art. 264 e seu parágrafo único do CPC dispõem que, ‘feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei’ e ‘a alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo’” (REsp n. 640378, Min. José Delgado). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2009.025549-9, de Curitiba, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 15-09-2009).” (TJSC, Apelação Cível n. 2014.069531-4, de Itá, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 10-02-2015; grifou-se).

Some-se, ainda, os seguintes precedentes acerca do tema:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. RECURSO DO AUTOR. 1) PLEITO DE REDUÇÃO DA VERBA ALIMENTAR ADREDE ACORDADA EM UM SALÁRIO MÍNIMO EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, PARA 30% (TRINTA POR CENTO) SOBRE O SALÁRIO MÍNIMO. PENSÃO DEVIDA À FILHA. AUSÊNCIA DE PROVA DA ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE FINANCEIRA. GANHOS PRETÉRITOS INFERIORES AOS ATUALMENTE DECLARADOS. COMPRA DE VEÍCULO AUTOMOTOR DE ELEVADA MONTA E CONCLUSÃO DO CURSO SUPERIOR PELO RECORRENTE. DECRÉSCIMO DA RENDA INDEMONSTRADO. PLEITO DESACOLHIDO. SENTENÇA MANTIDA. 2) DOS PLEITOS MANEJADOS EM CONTRARRAZÕES. 2.1) LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO APELANTE. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESES DO ART. 80, DO CPC/15, NÃO EVIDENCIADAS. TESE REPELIDA. 2.2) REVOGAÇÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA CONCEDIDA AO AUTOR. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA CASSAR O BENEFÍCIO DO DEMANDANTE. TESE ARREDADA. 3) HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. FIXAÇÃO DO IMPORTE DE 2% (DOIS POR CENTO) DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA, INTELIGÊNCIA DO ART. 85, § 11, DO CPC/15. 4) **JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS EM SEDE DE APELAÇÃO. DESCABIMENTO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE JUSTO MOTIVO OU FORÇA MAIOR PARA EMBASAR A IMPOSSIBILIDADE DE EXIBIÇÃO DOS DOCUMENTOS DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 435, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15. DOCUMENTOS NÃO CONHECIDOS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.**” (TJSC, Apelação Cível n. 0001663-61.2013.8.24.0041, de Mafra, rel. Des. Gerson Cherem II, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 04-04-2019).

“APELAÇÃO CÍVEL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DEMANDA EXTINTA, COM FUNDAMENTO



*NO ART. 924, I, DO CPC/2015. INSURGÊNCIA DA EXEQUENTE. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DEFERIDA NO TRÂMITE DA REVISIONAL QUE DETERMINOU À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA SE ABSTER DE INSCREVER O NOME DA DEVEDORA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. INSUBSISTÊNCIA DA TESE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS NOS AUTOS QUE DEMONSTREM A TRANSGRESSÃO DA EXORTAÇÃO JUDICIAL. **JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS COM AS RAZÕES RECURSAIS. INADMISSIBILIDADE. PRECLUSÃO TEMPORAL. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NO ART. 435 DO CPC/2015. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. MAJORAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 85, §11, DO CPC. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.** (TJSC, *Apelação Cível n. 0022805-33.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. 16-04-2019; grifou-se.*)*

Dessarte, a juntada dos documentos nesta fase recursal não se enquadra nas hipóteses de incidência que relativizam sua apresentação extemporânea, razão pela qual não pode ser admitida, devendo os documentos serem desentranhados do feito.

### 2.1.2 Mérito

Sustenta a autarquia apelante que deve ser afastada o reconhecimento da incapacidade permanente da autora reconhecida desde 2007 tendo em vista que a autora trabalhou entre intervalos do recebimento do benefício da Justiça Federal conforme consta no Cadastro Nacional de Informações Sociais.

Pontuou ainda que a perícia realizada nos autos n. 5008065-72.2014.404.700 da Justiça Federal, em 02/05/2014 afastou a incapacidade permanente da autora.

#### **A tese merece parcial acolhimento.**

Esta ação acidentária foi aforada em 22/01/2014 buscando a concessão de aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente em decorrência de acidente de trabalho deste o dia posterior a cessação do benefício de auxílio-doença acidentário recebido, no dia 30/05/2007.

A perícia judicial realizada **nestes autos na data de 11/07/2014** concluiu que “*foi constatado que a autora realmente é portadora das doenças referidas na inicial, e encontra-se incapaz para o trabalho permanentemente*” (laudo/perícia 94, evento 92 na origem) bem como a incapacidade ocorreu desde o acidente de trabalho da autora.

O *expert* pontuou ainda que a lesão/doença da autora trata-se de patologia crônica e sem possibilidade de recuperação, bem como a lesão foi agravada pelo acidente relatado (laudo/perícia 96, evento 92 na origem).

Com base no laudo técnico dos autos, a sentença reconheceu a incapacidade da autora desde 31/05/2007, com a determinação de implementação de aposentadoria por invalidez em favor da requerente.

Por outro lado, ocorre que a sentença, certa em relação ao deferimento aposentadoria por invalidez, deixou de observar algumas peculiaridades do caso em questão ao fixar a data inicial do benefício.

Conforme a informação do Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS - da autora, (informação 133 a 136, evento 92 na origem), verifica-se que em períodos posteriores ao acidente, a autora efetivamente laborou na Panificadora e Indústria Benkendorf LTDA - ME, em períodos intercalados por recebimento de auxílio-doença previdenciário (informação 127 à 132, evento 92 na origem).

Comparando os períodos, verifica-se que a ocorrência de registro laboral nos seguintes períodos: de junho de 2007 à abril de 2008, de julho de 2008 à agosto de 2009, de setembro de 2013 à janeiro de 2014.

Pois bem, por mais clara que as informações do Cadastro Nacional de Informações Sociais da autora são, o período a incapacidade permanente da autora não ocorreu no período de 2007 até janeiro de 2014, último mês laborado conforme registro.

Não bastasse isso, a autarquia apresentou nos autos (petição 110, evento 92 na origem) cópia da perícia judicial realizada nos autos de n. 5008065-72.2014.404.7205 da Justiça Federal, da data de **02/05/2014**, oportunidade em que foi afastada a existência de incapacidade laboral da autora.

O perito na oportunidade pontuou que *“especificamente em relação à coluna vertebral total constatei boa mobilidade, sem sinais inflamatórios, como edemas, sem atrofia, contraturas ou deformidades”* (informação 115, evento 92 na origem) e que *“não foram evidenciadas no exame pericial, com vistas aos documentos médicos, achados e sinais clínicos tecnicamente positivos com intensidade suficiente para caracterizar com certa segurança incapacidade para atividades habituais da parte autora”* (informação 117, evento 117 na origem).

Com o resultado da perícia, aqueles autos (n. 5008065-72.2014.404.7205 da Justiça Federal - informação 121, evento 92 na origem) foram julgados improcedentes.

Expostas às peculiaridades do caso se verifica que: **(1)** há registros de períodos trabalhados pela autora até **janeiro de 2014**, o que afasta a incapacidade permanente da autora no período; **(2)** há perícia judicial na data de **02/05/2014** que também afasta a incapacidade da autora; e **(3)** há perícia judicial nestes autos, datada de **11/07/2014** na qual concluiu pela incapacidade permanente da autora.

Assim, ante todo o panorama dos autos, merece ser afastada a condenação da autarquia ao pagamento da aposentadoria por invalidez até a data em que foi reconhecida a incapacidade permanente da autora nestes autos, na data da perícia, em 11/07/2014.

Em caso análogo, mudando o que deve se mudado:

ACIDENTE DE TRABALHO - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE - CONCAUSALIDADE EVIDENCIADA EM PERÍCIA NA JUSTIÇA ESTADUAL - DATA DA IMPLEMENTAÇÃO: LAUDO PERICIAL. **Pretendida a aposentação em virtude de problema na coluna, o laudo pericial confeccionado neste processo reconheceu a incapacidade total e permanente da acionante. Havia, porém, estudo realizado na Justiça Federal, meses antes, em que não se constatou motivo para o afastamento, tanto que o INSS negou benefício logo em seguida.** Ocorre que o mais novo parecer apontou a atividade laborativa como fator de agravamento, tanto que não se questiona a natureza acidentária da causa. Benefício que se justifica, especialmente pelas condições pessoais da autora (que já conta com 70 anos e é analfabeta). Remessa parcialmente provida apenas para **reajustar a data do benefício, devido desde a última perícia**, momento em que concretamente se apontou a definitividade do padecimento. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0016481-87.2013.8.24.0018, de Chapecó, rel. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 27-09-2018).

Assim, merece parcial provimento o recurso de apelação do INSS para afastar a condenação do pagamento de aposentadoria por invalidez à autora até a data em que foi reconhecida a incapacidade permanente da autora nestes autos, em 11/07/2014.

### 2.1.3 Honorários recursais

Tendo em vista que o recurso de apelação da autarquia foi parcialmente provido, não há incidência de honorários recursais.

Nesta direção:

[. ] 5. É devida a majoração da verba honorária sucumbencial, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015, **quando estiverem presentes os seguintes requisitos, simultaneamente:** a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. (STJ - AgInt nos EREsp: 1539725 DF 2015/0150082-1, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 09/08/2017, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/10/2017) (grifou-se).

Assim, incabível a fixação de honorários recursais.

### 3. Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso de apelação do INSS e, na extensão, dar-lhe parcial provimento tão somente para determinar que a condenação de implementação da aposentadoria por invalidez inicie a contar da data do laudo pericial que reconheceu a incapacidade permanente da autora, em 11/07/2014.

**Desembargadora DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI**

**Relatora**

## **APELAÇÃO Nº 0015539-05.2007.8.24.0038/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR ARTUR JENICHEN FILHO

APELANTE: ANTONIO ALBERTO GOUVEIA GEBAILI

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

APELAÇÃO CÍVEL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUSTEIO, COM DINHEIRO PÚBLICO, DE VIAGEM DE JORNALISTA NÃO PERTENCENTE AOS QUADROS DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL AO EXTERIOR, SUPOSTAMENTE COMO REPRESENTANTE DA IMPRENSA LOCAL. RECURSO DO JORNALISTA. PRELIMINARES. ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE INDICAÇÃO EXPRESSA DA LEGISLAÇÃO APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO EXAUSTIVA DA CONTROVÉRSIA, COM CHAMADA NOMINAL DOS ARTIGOS DA LEI N. 8.429/92. AVENTADAS ILEGITIMIDADE PASSIVA E INÉPCIA DA INCIAL. INSUBSISTÊNCIA. APELANTE QUE SE BENEFICIOU DA PRÁTICA DO ATO. APLICAÇÃO DO ART. 3º DA LEI N. 8.429/92. TESE DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO ACOLHIMENTO. CABÍVEL A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EM RAZÃO DA NATUREZA DIFUSA DO INTERESSE TUTELADO. IRRELEVÂNCIA DA NOMENCLATURA DADA À AÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO PELA LEI N. 8.429/92, INCLUSIVE COM A MANIFESTAÇÃO PRELIMINAR. ALEGADA FALTA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO ACOLHIMENTO. CONDUTAS IMPUTADAS AOS RÉUS QUE NÃO SE TRATAM DE INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS. ATOS RECONHECIDAMENTE ELENCADOS COMO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINARES AFASTADAS. MÉRITO. CONVITE AO APELANTE E SUA ACEITAÇÃO QUE OCORRERAM EM SEU PRÓPRIO PROVEITO E EM ARREPIO AO ORDENAMENTO JURÍDICO. INEQUÍVOCO BENEFÍCIO COM A PRÁTICA DO ATO. COMITIVA QUE, EM SUA MAIORIA, ERA COMPOSTA POR SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. APELANTE, ESCOLHIDO COMO REPRESENTANTE DA IMPRENSA LOCAL, ESTRANHO AO QUADRO PRÓPRIO DA ADMINISTRAÇÃO, O QUAL CONTAVA COM OITO JORNALISTAS INTEGRANTES. PRETERIÇÃO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS EFETIVOS EM PROVEITO DO APELANTE. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, PRÉVIO E IMPRESCINDÍVEL, DE DISPENSA DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE. INEXISTÊNCIA DE INFORMAÇÕES DETALHADAS ACERCA DOS SERVIÇOS PRESTADOS NA CONDIÇÃO DE REPRESENTANTE DA IMPRENSA LOCAL. CUSTEIO PÚBLICO DE DESPESAS COM HOSPEDAGEM, TRANSPORTE E REFEIÇÃO DE PESSOAS ESTRANHAS AO QUADRO MUNICIPAL DE SERVIDORES, NA FORMA PREVISTA NA LEI MUNICIPAL N. 2000/84, QUE SOMENTE É POSSÍVEL EM RESPEITO AO INTERESSE PÚBLICO, SENDO IMPRESCINDÍVEL A MOTIVAÇÃO DO ATO (ART. 50 DA LEI N. 9.784/99). VIOLAÇÃO ÀS REGRAS E NORMAS QUE REGEM AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. ARBITRARIEDADE NA ESCOLHA DO APELANTE, COM EVIDENTE FAVORECIMENTO A DETERMINADO PARTICULAR. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO, VEZ QUE OS GASTOS COM A VIAGEM IGUALMENTE EXISTIRIAM COM A PRESENÇA DE UM DOS SERVIDORES JORNALISTAS, QUE NÃO IMPEDE A APLICAÇÃO DA SANÇÃO. ART. 21, INCISO I, DA LEI N. 8.429/92. PROPORCIONAL E ADEQUADA A SANÇÃO DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO PELO PRAZO DE TRÊS ANOS. SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 04 de maio de 2021.

**Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Adoto o relatório lavrado pela Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski, quando da emissão de parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça (evento 206 - Translado de Peças 448 a 457):

*Trata-se de apelação cível interposta por Antônio Alberto Gouveia Gebaili, inconformado com a prestação jurisdicional entregue nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa n. 0015539-05.2007.8.24.0038, proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra Marco Antônio Tebaldi (ex-Prefeito Municipal de Joinville) e em face do recorrente, cuja sentença reconheceu a prática de ato de improbidade administrativa e condenou o ora apelante na proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo prazo de três anos.*

*Extraí-se dos autos que o Órgão Ministerial oficiante na Comarca de Joinville ajuizou a presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa ao argumento de que: a) o então Prefeito Municipal, Marco Antônio Tebaldi, formou uma comitiva para uma viagem a Baltimore, nos Estados Unidos, custeada pelos cofres municipais, para conhecer as instalações de tratamento de água e esgoto da empresa Parkson Corporation; b) nessa viagem fez-se acompanhar do ora apelante, Antônio Alberto Gouveia Gebaili, sob a justificativa de ser “representante da imprensa local”; c) os dispêndios do particular foram providos com dinheiro público; d) sequer jornalista o apelante seria; e) a escolha pelo particular deu-se ao bel-prazer do ex-Alcaide; f) existem jornalistas concursados no Município; g) a contratação do apelante não obedeceu as regras atinentes ao procedimento licitatório.*

*Findada a instrução processual, o magistrado singular asseverou que “não é dado ao Prefeito Municipal escolher quem quer que seja, de modo aleatório, para ser beneficiado com o custeio, pelo erário, de viagem ao exterior, porque a investidura em cargo público não autoriza o Administrador Público a distribuir benefícios a terceiros, sob pena de malferir-se a moralidade e a impessoalidade administrativas, como ocorreu in casu (fl. 323).*

*Irresignado, o apelante argui, em preliminares: a) a nulidade da sentença, por carência na fundamentação, uma vez que não citada a legislação que embasou a sua condenação; b) a ilegitimidade passiva ad causam, “pois agiu como mero mandatário em convite feito pelo Poder Público Municipal, tendo sido demonstrada a soberbo a ausência de responsabilidade do Recorrente quanto a autorização para os fatos e investimentos com viagem” (fl. 358); c) inépcia da exordial, pela ausência de ato de improbidade administrativa por si perpetrado; d) inexistência de correlação entre o pleito ministerial e o decidido na sentença, tendo em vista a inadequação da via eleita, pois a ação de improbidade não se confunde com a ação civil pública; e) a falta de interesse de agir em sua relação, pois não lhe pode ser imputada uma infração político-administrativa, que é reservada aos agentes políticos.*

*Já no mérito, sustenta, novamente, sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da lide, considerando que “o Recorrente se fez acompanhar na viagem, acolhendo um ‘convite’ e que sua presença na comitiva não demandava licitação, por não ser atingido o valor de alçada da modalidade convite. Assevera a inexistência de dano ao erário, porquanto prestou os serviços os quais foi chamado a ofertar.*

*O inconformismo foi recebido no seu duplo efeito (fl. 381).*

*Instado, o Ministério Público apelado ofertou contrarrazões (fls. 383/390).*

*Ascenderam os autos ao egrégio Tribunal de Justiça e, após, vieram à análise desta Procuradoria de Justiça.*

*É o relato necessário à compreensão da matéria posta em exame.*

O referido parecer foi pelo conhecimento e desprovimento do recurso (evento 206 - Translado de Peças 448 a 457).

Na sequência, após redistribuição, os autos vieram conclusos.

Este é o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso. De plano, adianto que razão não assiste ao apelante.

Sobre o tema debatido nos autos, entendo que a questão fora muito bem abordada pela Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski, quando da emissão de parecer (evento 206 - Translado de Peças 448 a 457) pela

Douta Procuradoria-Geral de Justiça. Assim, porque estou plenamente de acordo com o entendimento exposto pela nobre representante ministerial, adoto seus fundamentos como razões de decidir o presente:

### *1. PRELIMINARES*

#### *1.1 Nulidade da sentença: ausência de fundamentação*

*Por mais que o recorrente entenda que o fato de o magistrado não apontar, expressamente, os dispositivos legais que regem a probidade da administração, depreende-se que tal exigência, ora aventada, não está positivada no ordenamento jurídico pátrio.*

*É certo que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” (art. 93, IX, CF), todavia este mandamento constitucional de validade da decisão não prevê que o titular da função jurisdicional aponte, em todos os casos e expressamente, a legislação aplicada.*

*Vale dizer que «A exigência de fundamentação das decisões judiciais de que tratam as normas constitucionais*



*(art. 93, inciso IX, da CF/88) e infraconstitucionais (arts. 165 e 458, inciso II, do CPC) não implica prolação de decisões (sentenças e acórdãos) extensas e repletas de citações doutrinárias, jurisprudenciais e artigos de leis, mas sim que o julgador exponha com clareza os motivos que o levaram a decidir deste ou daquele modo, permitindo que a parte deles tenha conhecimento a fim de que possa promover sua defesa e interpor, se assim o desejar, eventual recurso.*

*O que se faz necessário, concessa venia, é que a prolação judicial encontre correlação lógica e jurídica do que efetivamente debatido na demanda, situação que se aprecia, com clareza, in casu.*

*Aliás, há fundamentação exaustiva da controvérsia trazida à apreciação do Juízo a quo, inclusive com a chamada nominal dos artigos da Lei n. 8.429/92, razão pela qual não merece acolhida a preliminar em apreço.*

### *1.2 Ilegitimidade passiva ad causam e inépcia da inicial*

*Considerando que o apelante ocupa, na lide, a posição a qual se refere o art. 3º, da Lei n. 8.429/92 e que suas razões confundem-se com o mérito, a questão acerca da legitimidade para figurar no polo passivo da lide será abordada posteriormente, conjuntamente com o mérito.*

*Outrossim, tendo em vista que a alegação de inépcia da exordial reside na presenção, ou não, de ato desonesto, matéria esta igualmente atinente ao mérito da lide, também deverá ser enfrentada no momento oportuno.*

### *1.3 Inadequação da via eleita: ação civil pública que não se confunde com ação por ato de improbidade administrativa*

*Ainda, sem razão, alega o recorrente que a escolha do autor pelo uso da ação civil pública não permite que seja imprimido o rito da Lei de Improbidade Administrativa.*

*Nada obstante alguma divergência doutrinária, a compreensão jurisprudencial é uníssona no sentido que “É cabível a propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, tendo em vista a natureza difusa do interesse tutelado. Mostra-se lícita, também, a cumulação de pedidos de natureza condenatória, declaratória e constitutiva pelo Parquet por meio dessa ação.” (REsp n. 507142/MA, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. em 15/12/2005).*

*Ainda:*

*PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - INADEQUAÇÃO DO RITO PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRELIMINARES AFASTADAS 1. O representante do Ministério Público, no cumprimento de sua missão constitucional de defender a ordem jurídica e a moralidade administrativa (CF, arts. 127 e 129), tem o poder-dever de ajuizar medida judicial para anular ato administrativo, em tese, tisdado de ilegalidade e improbidade. A moralidade na prática de atos administrativos, incluindo-se os de ordem processual, enquadra-se na categoria dos interesses difusos, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública com o objetivo de defender o patrimônio pertencente a toda a sociedade. A Constituição Federal (art. 129, inc. III) ampliou a legitimação ativa do parquet para autorizá-lo a propor Ação Civil Pública na defesa desses interesses. 2. Não há qualquer óbice legal à utilização da ação civil pública como meio processual para as demandas aforadas com substrato na Lei n. 8.429/92. Além de o rito estabelecido no art. 17 dessa norma ser o mesmo observado na Lei n. 7.347/85 (a partir da contestação), há perfeita sintonia entre o objeto tutelado por uma e por outra. A hipótese de dano ao erário municipal ou de desrespeito à moralidade administrativa enquadra-se na categoria dos interesses difusos, autorizando o ajuizamento da ação civil pública com o objetivo de defender o patrimônio pertencente a toda sociedade. PROCESSUAL CIVIL - LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO - INOCORRÊNCIA A conclusão do autor da ação civil pública de inexistir indícios suficientes que possam legitimar a inclusão de outros possíveis envolvidos na prática do ato tipo por ímprobo, a ausência de argumentos ou provas que infirmem o posicionamento do Ministério Público e a inocorrência de algumas*

das hipóteses descritas no art. 47 do Código de Processo Civil afastam de plano a figura do litisconsórcio necessário. DEPOIMENTO PESSOAL

- REPRESENTANTE LEGAL DE PESSOA JURÍDICA - CARTA PRECATÓRIA – POSSIBILIDADE “A parte, intimada a prestar depoimento pessoal, não está obrigada a comparecer perante o Juízo diverso daquele em que reside” (REsp 161438, Min. Barros Monteiro). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2006.037977-6, de Tubarão, rel. Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 13-02-2007).

De todo modo, é irrelevante a nomenclatura dada à ação, uma vez que desde o início observou-se o procedimento previsto pela Lei n. 8.429/92, inclusive com a manifestação preliminar, da qual fez uso o apelante (fls. 117/127), em nada comprometendo o contraditório.

Portanto, não há que se falar em inadequação da via eleita.

#### 1.4 Falta de interesse de agir: conduta descrita como infração político-administrativa

Sem muitas delongas, as condutas imputadas ao apelante, bem como ao ex-Prefeito, ora sucumbente, não se cuidam de infrações político-administrativa, a serem eventualmente julgadas pelo Poder Legislativo ou na instância criminal, consoante determina o Decreto-lei n. 201/67.

Trata-se, desde o nascedouro, de ação civil pública, pela prática de atos reconhecidamente elencados como de improbidade administrativa, possuindo a presente ação índole civil e sanções - muito embora prevista a palavra “penas” na Lei n. 8.429/92 - também de natureza civil, embora com reflexos políticos e administrativos.

A presente pretensão em nada se confunde, pois, com os denominados crimes de responsabilidade, motivo pelo qual é de ser afastada tal preliminar.

## 2. MÉRITO

Invoca o apelante, como razões de mérito, sua ilegitimidade passiva, ante a mera aceitação de convite para viagem ao exterior para exercer as funções de jornalista credenciado da comitiva, assim como a inexistência de ato ímprobo que pudesse ser-lhe imputado, porquanto não detinha o poder de mando acerca da viagem internacional e das despesas correspondentes.

Argui, ainda, a inexistência da necessidade de licitação, em razão do não atingimento do valor mínimo para desencana-la na modalidade de convite e, por fim, a inocorrência de prejuízo ao erário.

Em que pesem as alegações do recorrente, não está a merecer qualquer refoço a sentença impugnada.

Acerca da ilegitimidade para compor a lide, versa o art. 3º, da Lei n. 8.429/92, que as disposições normativas nela contidas são aplicáveis ao particular que induza ou concorra para a prática do ato nefasto, assim como “dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Por mais que o apelante assever que apenas aceitou um convite formulado pelo então Prefeito Municipal, fazendo-se acompanhar em comitiva aos Estados Unidos para conhecer técnicas de fornecimento de água e saneamento básico, infere-se que sua escolha e, por conseguinte, a aceitação deram-se ao arrepio do ordenamento jurídico e em seu próprio proveito, sem qualquer circunstância fática, tampouco jurídica, capaz de fundamentar os gastos públicos com a específica seleção do recorrente.

Diante desse contexto, conclui-se ser parte legítima, sim, o apelante para responder os termos da lide, razão pela qual deve ser rechaçada a tese ventilada.

Noutro norte, cumpre analisar se a conduta perpetrada pelos ora demandados - ex-Prefeito interessado e radialista apelante - feriram os princípios básicos da Administração Pública.

De largada, extrai-se dos autos que o Poder Legislativo do Município de Joinville autorizou, após prévia

solicitação do Executivo e por intermédio do Decreto Legislativo n. 01/2007 (fl. 68), o afastamento do então Alcaide e de sua comitiva do território nacional para expedição à América do Norte, sendo que “todas as despesas inerentes a essa missão técnica e oficial correrão por conta do erário municipal, onde estão incluídas passagens aéreas, traslado, hospedagem e alimentação”.

A referida “missão ao exterior” era composta por servidores públicos municipais, inclusive com aqueles que guardavam pertinência temática com a área a ser pesquisada, causando certa estranheza a presença da figura de Antônio Alberto Gouveia Gebaile, ora apelante, como “representante da imprensa local” e estranho ao quadro próprio da Administração (fl. 25).

Tal singularidade decorre do fato de ser desnecessária sua presença na referida comitiva, considerando que o Ente Municipal contava com, ao menos, oito jornalistas integrantes do quadro próprio de servidores (fl. 97).

Independentemente de qual o propósito perseguido pelo ex-Alcaide - se político ou pessoal - em selecionar o radialista apelante para a missão ao exterior, é certo que houve incontroverso custeio de particular pelo erário municipal para que este acompanhasse o ex-Prefeito e sua comitiva ao exterior, com o fito de que fosse feita a cobertura de imprensa da expedição, sendo que, à época dos fatos, a municipalidade contava com oito jornalistas integrantes do quadro próprio.

Oportuno registrar que o particular foi beneficiado pela conduta do ex-Prefeito Municipal havendo, sim, preterição dos servidores municipais efetivos em proveito do apelante, o qual foi “contratado” irregularmente e auferiu proveitos financeiros - passagens aéreas, traslados, alimentação e hospedagem -, sem qualquer substrato jurídico que fundamentasse sua contratação, pois mesmo que fosse a hipótese de dispensa de licitação, por não atingido o valor de alçada para a modalidade convite (art. 24, II, da Lei n. 8.666/93), é certo que inexistiu a instauração do procedimento administrativo, prévio e imprescindível, à formalidade desse naipe.

Vale ainda destacar, embora não fundamental para o deslinde do feito, que não trouxe o recorrente aos autos qualquer informação detalhada acerca dos serviços por si prestados como “representante da imprensa local”. Aliás, a partir da prova testemunhal (fls. 259-292), sabe-se que as fotografias juntadas às fls. 130-146 não foram sequer realizadas pelo apelante.

O que se tem notícia são apenas possíveis comentários na rádio local da cidade, embora não se conheça sequer a estação, horários, dias e informações prestadas pelo apelante, tampouco tenham sido trazidas ao feito cópias dessas gravações.

Ademais, cumpre registrar que inobstante a Lei Municipal n. 2000/1984 franqueie o Poder Público Municipal a custear despesas com hospedagem, transporte e refeição de pessoas estranhas ao quadro de servidores municipal, há expressa ressalva de que tal facere é possível desde que haja interesse público que, por clarividente disposição legal, deve ser motivado e justificado em procedimento administrativo próprio (art. 50 da Lei n. 9.784/99), o qual, no entanto, não consta tenha sido realizado previamente ao “convite” formulado e aceito pelo recorrente.

Logo, restou comprovado nos autos a infração ao princípio da legalidade, pois desrespeitadas as regras e normas que regem as contratações públicas.

Ainda, cumpre destacar que não agiu o ex-Prefeito no uso da discricionariedade que lhe é inerente, mas em verdadeira arbitrariedade, fazendo valer sua escolha pessoal pelo apelante, sem qualquer justificativa, o que malfere o principado da impessoalidade.

Dessa forma, por existir favorecimento de determinado particular, assim como a inobservância das determinações constantes da Lei de Licitações, merecem proporcional e adequado sancionamento os demandados, por terem praticado ato de improbidade administrativa que atentou aos princípios basilares da Administração Pública, notadamente à legalidade, moralidade e, principalmente, à impessoalidade.

Resta anotar, quanto às reprimendas aplicadas pelo Juízo a quo, que não se comprovou in casu a ocorrência

*de efetivo prejuízo ao erário, posto que não seria vedada, por si só, a presença de jornalista na comitiva que empreendeu a viagem, mas antes constatou-se, como antes asseverado, tão somente a violação aos princípios da administração pública. Isso porque, caso no lugar do apelante fosse jornalista municipal a acompanhar a citada comitiva, os gastos com as despesas da viagem seriam os mesmos, razão pela qual não há se cogitar eventual ressarcimento ao erário, posto que inexistente prejuízo.*

*Quanto ao tema, porém, oportuno mencionar que a aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/92 independem da “efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento “ (art. 21, I).*

*Sendo assim, correta, proporcional e adequada afigurou-se a sanção imposta ao recorrente, de proibição de contratar ou perceber incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de três anos.*

*Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público pelo conhecimento e desprovimento do apelo interposto, devendo ser mantida a sentença vergastada por seus próprios fundamentos.*

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

**Desembargador ARTUR JENICHEN FILHO**

**Relator**

## PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

### REVISÃO CRIMINAL (GRUPO CRIMINAL) Nº 5038029-93.2020.8.24.0000/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVERALDO SILVA

REQUERENTE: EDUARDO DALCASTAGNE

REQUERIDO: TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA – FLORIANÓPOLIS

REVISÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRATICADA EM RAZÃO DE OFÍCIO, EMPREGO OU PROFISSÃO (ART. 168, §1º, III, CP). PEDIDO DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA PARA OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA JÁ APRECIADA MONOCRATICAMENTE POR ESTE TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA REVISÃO CRIMINAL PARA REDISCUTIR MATÉRIA JÁ APRECIADA POR ESTA CORTE. BENESSE VIGENTE À ÉPOCA DA INSTRUÇÃO ATRAVÉS DA RESOLUÇÃO N. 181/2017 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE PLEITO DA DEFESA NO CURSO DO PROCESSO. PRECLUSÃO. ADEMAIS, BENEFÍCIO QUE SOMENTE PODE SER OFERTADO ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ACOLHIMENTO NESTE MOMENTO PROCESSUAL QUE DESTOA O CARÁTER DESPENALIZADOR DO INSTITUTO.

*“Uma vez prolatada a sentença, estando o processo na instância superior, é incabível a aplicação do instituto da não persecução penal, sob pena de restar comprometida a própria finalidade para a qual o modelo de justiça negocial foi concebido. Não obstante o conteúdo híbrido das normas que consagram o fenômeno, a sua retroatividade após o esgotamento da jurisdição em primeiro grau, encontra-se em total desalinho com os fatores que renderam ensejo à sua criação, que foi justamente a possibilidade de resolução célere dos casos de reduzido potencial ofensivo, implicando na subversão completa do sentido teleológico do novo instituto. De qualquer modo, estando o acordo de não persecução penal em vigor desde a edição da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, em favor da qual militava presunção de constitucionalidade até a entrada em vigor do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), não tendo havido qualquer manifestação da defesa a respeito do não oferecimento da proposta pelo órgão do Ministério Público, preclusa restou a matéria, porquanto se trata de nulidade apenas relativa, solução que se alinha à sólida jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em torno do instituto também despenalizador da suspensão condicional do processo.” (TJSC, Apelação Criminal n. 0009197-13.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 16-07-2020).*

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Primeiro Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, não conhecer a presente revisão criminal, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2021.

**Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA**

**Relator**

## VOTO

Trata-se de ação revisional proposta por Eduardo Dalcastagne, com fulcro no art. 621, inciso III, do Código de Processo Penal, requerendo a remessa dos autos à origem para que o Ministério Público se manifeste sobre a possibilidade de Acordo de Não Persecução Penal.

Defende, em síntese, a possibilidade de oferta de Acordo de Não Persecução Penal tanto para as investigações em andamento quanto em processos que já tiveram a denúncia recebida, bem como para aqueles que já foram julgados, inclusive que já tem sentença condenatória transitada em julgado, vez que a norma penal benéfica deve retroagir.

Sabe-se, 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 (grifou-se).*

Destaca-se que a reanálise em sede de revisão criminal apenas é possível nos casos de evidente contrariedade à lei, à prova dos autos ou de teratologia. Acerca do tema, ensina Guilherme de Souza Nucci:

*“Revisão criminal para alterar pena fixada: entendemos ser prática excepcional, somente justificável quando o órgão prolator da decisão contrariou o texto expresso da lei penal (ex: reconhece reincidência, aumentando a pena, para quem não se encaixa na figura prevista no art. 63 do Código Penal) ou a evidência dos autos (ex.: reconhece péssima conduta social, aumentando a pena-base, fundado em presunções, não comprovadas pela prova colhida). Entretanto, simplesmente alterar o quantum da pena, porque a considerou exagerada, segundo entendimento particular e subjetivo, é de todo irregular. A revisão a isso não se presta. Quando o juiz decidir, fazendo valer a sua atividade discricionária, justamente o processo que envolve a escolha da pena concreta ao réu, transitando em julgado a sentença - ou o acórdão - não há que se autorizar alteração, pois é uma ofensa à coisa julgada” (Código de Processo Penal Comentado. Revista dos Tribunais. 12. ed. São Paulo, 2013. p. 1093).*

Digo isto porque, compulsando a apelação criminal n. 0003324-11.2018.8.24.0038, constata-se que após a interposição de Recurso Especial, enquanto o feito aguardava juízo de admissibilidade pela 2ª Vice- presidência deste Tribunal, a defesa postulou a remessa dos autos ao Ministério Público para análise da possibilidade de oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal.



Devolvido os autos ao órgão fracionário, o Exmo. Des. Getúlio Corrêa decidiu monocraticamente por indeferir o pedido formulado pela defesa, *in verbis*:

*1 Trata-se de pedido formulado pela defesa visando ao encaminhamento dos autos ao Ministério Público para análise de proposta de acordo de não persecução penal, com base na Lei n. 13.964/2019 (fls. 42-45).*

*Instado pois está pendente o juízo de admissibilidade do Recurso Especial n. 0003324-11.2018.8.24.0038/50001 -, o Excelentíssimo Desembargador Volnei Celso Tomazini (2º Vice-Presidente do TJSC) remeteu os autos para deliberação por este relator (fl. 289 do incidente).*

*2. Eduardo Dalcastagne foi condenado, em primeira instância, ao cumprimento da pena privativa de liberdade de três anos, um mês e dez dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de dezoito dias-multa, cada qual no valor de metade do salário mínimo vigente hoje no país (art. 49, § 1º do CP), por infração ao art. 168,*

*§ 1º, III, do CP (sentença de fls. 175-195). Segundo a denúncia, os fatos ocorreram entre 25.02.2015 e 25.05.2015 (fls. 03-04).*

*Interposto recurso de apelação por parte do réu, houve o desprovisionamento por parte desta Câmara (acórdão de fls. 268-283, deste relator, j. 14.04.2020).*

*Ainda descontente, o acusado autuou Recurso Especial (0003324-11.2018.8.24.0038/50001), Corte de Justiça.*

*3. Estabelece o art. 28-A do CPP: [...]*

*Sustentou a defesa que:*

*«Quanto ao cabimento do ANPP para os processos em curso, com o advento da novel legislação, as hipóteses já em curso devem admitir a aplicação do acordo de não persecução penal, porquanto norma mais benéfica (favor rei).»*

*Esclarece-se que esta Câmara já se manifestou nesse sentido (remessa dos autos à origem para manifestação do Ministério Público, mesmo após denúncia e sentença), cabendo citar, a título de exemplo: Apelação Criminal n. 0002423-52.2017.8.24.0014, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 09-06-2020; Apelação Criminal n. 0004432-48.2013.8.24.0039, da minha relatoria, j. 22-04-2020.*

*Contudo, houve recente mudança de posicionamento, com entendimento de que a proposta de acordo de não persecução penal somente é viável se realizada antes do recebimento da denúncia. Manifestação nesse sentido foi feita, inclusive, pelo titular da ação penal pública incondicionada (Enunciado n. 20 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais).*

*Conforme voto do Excelentíssimo Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo na Apelação Criminal n. 0005155-50.2017.8.24.0064, j. 18.08.2020:*

*«Primeiramente, como bem salientado em sede de contrarrazões e parecer ministeriais (vide fls. 302-303 e 312-314, respectivamente), consigno que, conforme Enunciado n. 20 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, «cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia» (Negritei), o que já ocorreu, há muito, nestes autos (vide fl. 119).»*

*No caso concreto, como visto, os fatos ocorreram no ano de 2015 e a denúncia foi recebida em 17.07.2018 (fl. 62 da Ação Penal), ou seja, são anteriores à Lei n. 13.964/2019.*

*Comunga-se, ainda, do entendimento exposto pelo Excelentíssimo Desembargador Antônio Zolgan da Veiga (Quinta Câmara Criminal) nos da Apelação Criminal n. 0015640-38.2017.8.24.0023, julgada em 23.07.2020:*

[...]

4. *Por tais razões, deixa-se de determinar a remessa dos autos à origem para eventual oferta de acordo de não persecução penal ao acusado.*

Observa-se então que no caso em comento a pretensão do revisionando nada mais é do que mera reiteração da tese já decidida em segundo de jurisdição, sem qualquer embasamento que fizessem com que a deliberação judicial tomasse outro rumo.

Desta feita, visualiza-se que com o trânsito em julgado da sentença condenatória para as partes, a defesa ingressa com a presente ação revisional, insistindo na mesma tese já indeferida pelo Desembargador Relator, sem que a parte apresentasse o recurso competente, sendo inviável o manejo de Revisão Criminal para reanálise de tese já exaurida em Segundo Grau de Jurisdição.

Ademais, importante mencionar, que antes mesmo de ingressar no ordenamento jurídico pátrio, o acordo de não persecução penal já era previsto na Resolução N. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público e, vigia desde 7 de agosto de 2017 com presunção de constitucionalidade.

A sentença somente foi proferida em 18 de outubro de 2019, ou seja, teve toda instrução processual sob a égide da referida resolução, assim, inviável acolher a tese suscitada, acerca de benesse já existente ao tempo da instrução e que sequer foi postulada em primeiro grau.

Nesse sentido, é o precedente desta Colenda Câmara:

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME PREVISTO NO ESTATUTO DO IDOSO. APROPRIAÇÃO DE RENDIMENTOS DESVIADOS EM BENEFÍCIO PRÓPRIO (ART. 102 DA LEI N. 10.741/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE A VÍTIMA, EM PLENO GOZO DE SUAS FACULDADES MENTAIS, AUTORIZOU AS OPERAÇÕES BANCÁRIAS REALIZADAS E QUE OS VALORES FORAM APLICADOS EM BENEFÍCIO DA GENITORA. NÃO ACOLHIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO NO SENTIDO DE QUE A OFENDIDA POSSUÍA SAÚDE DEBILITADA E, POUCO TEMPO DEPOIS, FOI DIAGNOSTICADA COM DOENÇA DE ALZHEIMER. REALIZAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS DE ELEVADO VALOR PARA CONTA DE TITULARIDADE DA APELANTE E DE ASSOCIAÇÃO DA QUAL PARTICIPAVA. APROPRIAÇÃO DE VALORES PERTENCES À IDOSA E DESVIO DE SUA FINALIDADE PLENAMENTE CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA.*

*Restando evidenciado pela prova constante dos autos que a apelante, aproveitando-se da saúde debilitada da idosa genitora, conduziu-a à instituição bancária e procedeu a abertura de conta-corrente conjunta 'não solidária' e, na sequência, sem autorização, realizou transferências de rendimentos pertencentes a vítima em benefício próprio, com completo desvio de finalidade, tem-se como caracterizada a prática do delito do art. 102 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03).*

*APLICAÇÃO DA CAUSA DE ISENÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 181, II, DO CÓDIGO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. CRIME PREVISTO EM LEGISLAÇÃO DIVERSA. ADEMAIS, EXCEÇÃO LEGALMENTE DEFINIDA NO ART. 183, III, DO CP.*

*As excusas absolutórias previstas no art. 181 do Cód. Penal não são aplicáveis aos crimes previstos na Lei n. 10.741/03.*

**RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO QUALIFICADA NÃO UTILIZADA PARA A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. EXEGESE DA SÚMULA N. 545 DO STJ.**

*Em se tratando de confissão qualificada, não tendo o magistrado dela se utilizado para formar seu convencimento, indevida é a incidência da atenuante do art. 65, inc. III, d, do Código Penal.*

**AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. COMETIMENTO DE DOIS DELITOS. PRESSUPOSTOS DO ART. 71 DO CP PREENCHIDOS.**

*Havendo a prática de dois delitos em sequência, nas mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi, bem como configurada a unidade de desígnios, não há como descartar a existência de continuidade delitiva.*

**REDUÇÃO DA PENA. PEDIDO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DIALETICIDADE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO.**

*Uma vez ausentes os fundamentos do inconformismo, afronta haverá ao princípio da dialeticidade recursal, determinante do não conhecimento do apelo, sob pena da utilização das vias recursais serem transformadas em instrumento de abuso de direito.*

**PEDIDO DE RETORNO DOS AUTOS PARA FINS DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA NÃO PERSECUÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROCESSO EM GRAU RECURSAL. DESCABIMENTO.**

*Uma vez prolatada a sentença, estando o processo na instância superior, é incabível a aplicação do instituto da não persecução penal, sob pena de restar comprometida a própria finalidade para a qual o modelo de justiça negocial foi concebido.*

*Não obstante o conteúdo híbrido das normas que consagram o fenômeno, a sua retroatividade após o esgotamento da jurisdição em primeiro grau, encontra-se em total desalinho com os fatores que renderam ensejo à sua criação, que foi justamente a possibilidade de resolução célere dos casos de reduzido potencial ofensivo, implicando na subversão completa do sentido teleológico do novo instituto.*

*De qualquer modo, estando o acordo de não persecução penal em vigor desde a edição da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, em favor da qual militava presunção de constitucionalidade até a entrada em vigor do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), não tendo havido qualquer manifestação da defesa a respeito do não oferecimento da proposta pelo órgão do Ministério Público, preclusa restou a matéria, porquanto se trata de nulidade apenas relativa, solução que se alinha à sólida jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em torno do instituto também despenalizador da suspensão condicional do processo.*

*RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0009197-13.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 16-07-2020 - grufou-se).*

Por fim, não obstante a existência de entendimentos diversos, este relator filia-se a corrente que defende a viabilidade do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal somente até o recebimento da denúncia, dada natureza despenalizadora do instituto.

A propósito:

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE FRAUDE, POR CINCO VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 155, § 4º, INCISO II, NA FORMA DO ART. 71, AMBOS**

DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. **PRELIMINAR. ALMEJADA A 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 OFERECIDO ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PREFACIAL RECHAÇADA. MÉRITO. REQUERIDO O ABRANDAMENTO DA FRAÇÃO ATINENTE À CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO COMPATÍVEL COM A QUANTIDADE DE CRIMES COMPROVADAMENTE PRATICADOS. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

1. Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

[...]

(TJSC, *Apelação Criminal n. 0000606-57.2017.8.24.0141, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 28-01-2021*).

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA. POSSE E PORTE ILEGAL DE ARTEFATOS BÉLICOS DE USO RESTRITO (ARTIGO 16, CAPUT, DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DE AMBOS OS RÉUS.

PLEITO DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA PARA QUE O JULGAMENTO SEJA CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA, A FIM DE QUE SEJA POSSIBILITADA A PROPOSIÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. PERSECUÇÃO PENAL JÁ FINALIZADA.

[...]

(TJSC, *Apelação Criminal n. 0000022-31.2018.8.24.0019, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Segunda Câmara Criminal, j. 26-01-2021*).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ACESSÓRIO E MUNIÇÕES DE USO RESTRITO (LEI N. 10.826/2003, ART. 16, CAPUT, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 13.964/2019). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] **PRELIMINARES. ALEGAÇÃO EM SESSÃO DE JULGAMENTO. PLEITEADA REMESSA DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU PARA QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO ANALISE A POSSIBILIDADE DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (CPP, ART. 28-A). DESCABIMENTO. NORMA BENÉFICA QUE VISA IMPEDIR O INÍCIO DA AÇÃO PENAL. PERSECUÇÃO PENAL JÁ ENCERRADA NO PRESENTE CASO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROLATADA. PREJUDICADA A FINALIDADE DO INSTITUTO NO ATUAL MOMENTO PROCESSUAL. PRECEDENTE DESTA CORTE. BENEFÍCIO INAPLICÁVEL.** [...] (TJSC, *Apelação Criminal n. 0015640-38.2017.8.24.0023, da Capital, rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 23-07-2020*).

Nesse compasso, tratando-se, in casu, de processo cuja persecução penal tenha sido completamente percorrida e, conseqüentemente, realizada a prestação jurisdicional a quo, não há falar em aplicação do instituto.

Por todo o exposto, voto no sentido de não conhecer a presente revisão criminal.

**Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA**

**Relator**

# EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0006388-94.2015.8.24.0018/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO ROBERTO SARTORATO

EMBARGANTE: MARCELO PAINTINGER DE FIGUEIREDO

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES. ALEGADA OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO DE APELAÇÃO. DESÍGNIO DE INOVAR A TESE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE E/OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos declaratórios só podem ser usados com a finalidade precípua de esclarecer ambiguidades, obscuridades e contradições ou sanar omissão existente no julgado, a teor do que dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, não constituindo meio processual adequado para provocar o julgador que trate de tema que não foi objeto de divergência no recurso de apelação.

2. “[...] Os embargos declaratórios não podem, de regra, inovar em relação aos temas apresentados na decisão recorrida [...]”. (STJ - Edcl no REsp. n. 526.905/SC, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 08/03/2005).

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Primeiro Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, rejeitar os presentes embargos de declaração, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 28 de julho de 2021.

**Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO**

**Relator**

## RELATÓRIO

Marcelo Paintinger de Figueiredo, por intermédio da Defensoria Pública do Estado, opôs os presentes embargos de declaração em face do acórdão do Evento 86, da lavra deste Relator, que, em decisão colegiada deste Primeiro Grupo Criminal, decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento aos embargos infringentes.

Argumenta o réu/embargante, em síntese, que o acórdão impugnado incorreu em omissão indireta ao deixar de analisar, *ex officio*, a possibilidade de substituição da reprimenda corporal

exclusivamente por pena de multa, consoante o art. 44, § 2º, do Código Penal, dada a ausência de fundamentação por parte do juízo a quo e da Terceira Câmara Criminal - que, ao adequar a dosimetria, manteve a não aplicação de multa.

Pugna, assim, pelo saneamento do vício apontado com acolhimento dos aclaratórios (Evento 94). Este é o relatório.

## VOTO

Os presentes embargos de declaração se voltam contra o acórdão da lavra deste Relator que, em decisão colegiada deste Primeiro Grupo Criminal, decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso interposto pelo ora réu/embargante e negar-lhe provimento.

O prazo para a oposição dos embargos de declaração em processo criminal é de 02 (dois) dias, a teor do que dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, contados da data da publicação da decisão recorrida.

Mister esclarecer, no ponto, que, em conformidade com o artigo 128, inciso I, da Lei Complementar n. 80/94 e com o artigo 46, inciso I, da Lei Complementar Estadual n. 575/12, aos membros da Defensoria Pública é assegurada a contagem em dobro dos prazos processuais para interpor recursos em favor de seus assistidos. Nesse sentido, os seguintes julgados: (TJSC - Apelação Criminal n. 2013.060338-7, de Lages, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Torres Marques, j. em 29/10/2013; STJ - Habeas Corpus n. 43056/MG, Quinta Turma, Rel. Mina. Laurita Vaz, j. em 27/09/2005).

No caso, verifica-se que a petição dos embargos restou protocolada tempestivamente (Evento 94).

Desse modo, devem ser conhecidos os presentes embargos de declaração, passando-se à análise de seu objeto.

O art. 619 do Código de Processo Penal assim estabelece sobre o cabimento dos embargos de declaração:

Art. 619. Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

A propósito, ensina Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de recurso posto à disposição de qualquer das partes, voltado ao esclarecimento de dúvidas surgidas no acórdão, quando configurada ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, permitindo, então, o efetivo conhecimento do teor do julgado, facilitando a sua aplicação e proporcionando, quando for o caso, a interposição de recurso especial ou extraordinário. (Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 980).



Ausentes os elementos permissivos previstos no art. 619 do Código de Processo Penal, não se admite a oposição dos embargos, não se prestando o recurso para a rediscussão de matéria já debatida no acórdão, para fim de prequestionamento ou tampouco para inovação das teses recursais.

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ALEGADA A AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE RECLUSÃO IGUAL OU INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. INOVAÇÃO RECURSAL. HIPÓTESE NÃO SUSCITADA EM SEDE DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. (TJSC - Embargos de Declaração em Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2009.056764-8, de Blumenau, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Hilton Cunha Júnior, j. em 29/06/2010).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL - ALEGADA OMISSÃO NO JULGADO NA ANÁLISE DE TESES VENTILADAS NAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS - INOVAÇÃO - OPOSIÇÃO PARA FINS, TÃO SOMENTE, DE PREQUESTIONAMENTO - NÃO CONHECIMENTO. (TJSC - Embargos de Declaração em Apelação Criminal n. 2012.010786-8, de Joinville, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 17/07/2012).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). OMISSÃO E OBSCURIDADE NÃO VERIFICADAS. PRETENSÃO DE REVISÃO DO JULGADO. INADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REJEIÇÃO. Ausentes os requisitos do art. 619 do CPP e verificada a intenção do reexame da matéria já decidida pelo órgão colegiado, bem como a tentativa de prequestionar dispositivos de lei, deve-se rejeitar os embargos declaratórios por não ser o meio processual adequado para tanto. (TJSC - Embargos de Declaração em Apelação Criminal n. 2011.079664-8/0001.00, da Capital, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. em 15/05/2012).

Apesar da tempestividade dos embargos declaratórios, observa-se que esses não podem prosperar, visto que o aresto impugnado é de uma clareza solar e absoluta, não havendo nenhuma ambiguidade, obscuridade, contradição e/ou omissão a corrigir.

No caso em tela, vê-se que o acórdão que rejeitou os embargos infringentes, de fato, não tratou do tema referente à possibilidade de substituição da reprimenda corporal exclusivamente por pena de multa, restringindo-se ao exame da necessidade da determinação da intimação da vítima para oferecimento de representação no prazo de 30 dias, sob pena de decadência, este que foi objeto de divergência no recurso de apelação.

Importante esclarecer que a ausência de análise decorreu de expressa determinação legal, pois a matéria relativa à substituição da reprimenda corporal exclusivamente por multa não comportava exame nos embargos infringentes, já que se trata de tema que não foi objeto de divergência no recurso de apelação.

Note-se que, a teor do disposto no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, são cabíveis os embargos infringentes contra decisão não unânime e “*se o desacordo for parcial, os*

*embargos serão restritos à matéria objeto de divergência*”, descabendo, portanto, conhecer de pedidos que não foram motivo de dissenso.

A propósito, já decidiu esta Corte de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES (CPP, ART. 609, PARÁGRAFO ÚNICO). TRÁFICO DE DROGAS. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA (LEI 11.343/2006, ART. 33, CAPUT). JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. REQUERIDA A FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL E A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA SOBRE AS REFERIDAS TESES. INCIDÊNCIA DO ART. 609, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. NÃO CONHECIMENTO. [...] - O conhecimento do recurso de embargos infringentes restringe-se à matéria objeto de divergência, nos termos do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal. [...]. (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 1000204-28.2016.8.24.0000, de Laguna, Seção Criminal, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 27/07/2016).

A bem da verdade, o que de fato pretende o embargante é trazer à discussão questão que não foi objeto de divergência no recurso de apelação, tampouco suscitada no momento oportuno, ou seja, por ocasião da apresentação das razões do recurso de apelação.

Destarte, se há inconformismo com a decisão, deve esse ser questionado por meio de recurso próprio, e não em sede de embargos de declaração, que têm função única e exclusiva de suprir as máculas descritas no art. 619 do Código de Processo Penal.

Logo, inexistindo ambiguidade, obscuridade, omissão ou contradição no acórdão embargado, im procedem os embargos declaratórios, os quais, no presente caso, têm por finalidade apenas inovar a matéria recursal.

Entretanto, ainda que assim não fosse, ou seja, mesmo que se considerasse pertinente o exame da novatase invocada pela defesa em sede de embargos de declaração, observa-se que a presente insurgência não haveria de ser acolhida.

Isso porque, o art. 44, § 2º, primeira parte, do Código Penal prevê que, quando a pena privativa de liberdade for fixada em patamar igual ou inferior ao de 01 (um) ano - como é o caso do réu/embargante -, deverá ser substituída por uma pena restritiva de direitos ou por multa.

A definição dos moldes em que se dará a substituição da reprimenda corporal, por sua vez, não se subordina, em absoluto, à vontade ou conveniência da parte. Com efeito, “[...] a substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”. (STJ - Habeas Corpus n. 313.675/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 01/12/2015).

Em caso análogo, decidiu este Sodalício:

[...]. PENA SUBSTITUTIVA. APLICAÇÃO DE DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR CONFORME O CASO CONCRETO. SENTENÇA MANTIDA. - O artigo 44, §2º, do Código Penal não estabelece ordem legal de preferência entre a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, de modo que a opção entre ambas adentra na esfera da discricionariedade do julgador - Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento do recurso. - Recurso conhecido e desprovido. (Apelação Criminal n. 0002249-10.2015.8.24.0080, de Xanxerê, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 16/05/2019).

Destarte, sendo incumbência exclusiva do juiz a escolha de quais espécies de medidas, dentre as substitutivas, terão maior eficácia para fins de repressão do réu no caso concreto, não se sujeitando tal opção ao arbítrio ou à conveniência da parte, mostra-se correta a substituição realizada pelo Magistrado sentenciante e mantida por esta Corte - embora adequada para apenas uma restritiva - diante da extinção da punibilidade do acusado em relação a uma das condutas delitivas.

A substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, na hipótese em voga, melhor servirá para cumprir os objetivos da pena, quais sejam, a retribuição, a prevenção e a ressocialização do apenado. A medida, portanto, afigura-se mais pertinente do que a mera substituição pelo pagamento isolado de uma sanção de caráter apático, impessoal e brando, como é a pena de multa, que, diversamente do que ocorre com a restritiva de direitos, sequer poderia ser convertida em pena privativa de liberdade em caso de inadimplemento, não fazendo valer com suficiência e rigor necessários os propósitos penais, estimulando a criminalidade, por consequência.

Ademais, em casos de cominação cumulativa de pena privativa de liberdade e pena de multa - como no presente caso - recomenda a jurisprudência, na hipótese de haver a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, que seja fixada modalidade diversa da pena de multa, pois, caso contrário, estar-se-ia, em verdade, excluindo uma das sanções estabelecidas no preceito secundário do tipo penal pelo qual o réu/embargante, *in casu*, foi condenado.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou pela impertinência da pena substitutiva de multa nos casos em que o preceito secundário do tipo violado já preveja, dentre suas penas, a aplicação de multa, raciocínio aplicável à presente hipótese.

Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. INTERESSE- UTILIDADE RECURSAL DA ACUSAÇÃO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. MULTA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ALTERNATIVA MENOS GRAVOSA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Em que pese a rejeição dos embargos de declaração, o Tribunal de origem efetivamente enfrentou as questões tidas como omissas, o que basta para não caracterizar supressão de instância. 2. Atendidos os requisitos para a substituição da pena corporal (art. 44, § 2º, do CP), o Magistrado deve escolher, mediante fundamentação idônea, a alternativa prevista em lei que mais bem atenda ao caráter

ressocializador da reprimenda. **3. Não é socialmente recomendável a aplicação de multa substitutiva em crimes cujo tipo penal já prevê multa cumulativa com a pena privativa de liberdade**, hipótese em que a restritiva de direitos menos gravosa para o réu é a prestação pecuniária, de índole reparadora e passível de conversão. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no Habeas Corpus n. 398255/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. em 26/03/2019). (Grifo não original).

Importante consignar, ainda, que a substituição da reprimenda corporal exclusivamente por pena de multa deve se reservar às hipóteses mais brandas possíveis, que, certamente, não é a hipótese delineada nos autos.

Em outras palavras, não se verifica qualquer equívoco na substituição da pena corporal efetuada nos autos.

Ante o exposto, não estando a hipótese em tela enquadrada em quaisquer das situações do art. 619 do Código de Processo Penal, voto no sentido de rejeitar os presentes embargos de declaração.

**Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO**

**Relator**

# **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5079321-86.2020.8.24.0023/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR NORIVAL ACÁCIO ENGEL

EMBARGANTE: MACAULY WENDER URBANO (AGRAVADO)

ADVOGADO: THIAGO BURLANI NEVES (DPE)

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVANTE)

EMBARGOS INFRINGENTES EM RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA DE VOTOS, DEU PROVIMENTO AO RECLAMO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, A FIM DE ADOTAR O PATAMAR DE PROGRESSÃO DE REGIME DE 3/5 (TRÊS) QUINTOS, EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. PEDIDO DE PREVALÊNCIA DO VOTO DIVERGENTE, QUE APLICOU A PORCENTAGEM DE 40% (QUARENTA POR CENTO) DE PENA CUMPRIDA COMO REQUISITO OBJETIVO À BENESSE, NOS MOLDES DO INCISO V DO ART. 112 DA LEP, COM AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME). ACOLHIMENTO. INTERPRETAÇÃO “IN BONAM PARTEM” QUE SE MOSTRA ADEQUADA. APLICAÇÃO INTEGRAL DA NOVA LEI QUE SE MOSTRA MAIS BENÉFICA AO REEDUCANDO. PATAMAR DE 60% (3/5) QUE DEVE SER UTILIZADO SOMENTE AOS APENADOS REINCENTES ESPECÍFICOS EM DELITO HEDIONDO OU EQUIPARADO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

EMBARGOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Primeiro Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e acolher os Embargos Infringentes, a fim de que seja considerada a fração de 40% como requisito objetivo à progressão de regime do reeducando, em relação à pena do crime equiparado a hediondo, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 26 de maio de 2021.

**Desembargador NORIVAL ACACIO ENGEL**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Embargos Infringentes opostos por Macauly Wender Urbano contra acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal, em julgamento realizado na sessão de 22/1/2021 que,

por maioria de votos, conheceu e deu provimento ao Agravo de Execução Penal interposto pelo Ministério Público, para aplicar a fração de 3/5 no cálculo da progressão de regime do agravado, em relação à condenação pela prática de crime equiparado a hediondo, vencida a Exma. Sra. Desembargadora Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, que votou no sentido de negar provimento ao recurso (Eventos 18 e 22).

Em suas razões, o Embargante pretende a prevalência do voto vencido, que considerou como melhor solução à aplicação do inciso V do art. 112 da LEP, a fim de reconhecer, à luz da analogia *in bonam partem*, o patamar de 40% (quarenta por cento) de pena cumprida como requisito objetivo à progressão do regime prisional do apenado (Evento 28).

Admitidos os embargos, lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira, posicionando-se pelo conhecimento e não provimento do Reclamo (Evento 37).

Este é o relatório. Decido.

## VOTO

O Recurso, próprio e tempestivo, merece ser conhecido.

No caso em tela, a Primeira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso de Agravo em Execução Penal n. 5079321-86.2020.8.24.0023, por maioria, acolheu o pedido formulado pelo Ministério Público, a fim de considerar a necessidade de cumprimento de 60% (sessenta por cento) ou 3/5 (três quintos) da reprimenda relacionada à condenação pela prática de crime equiparado a hediondo, no cálculo de progressão de regime prisional, reformando a decisão agravada.

O Insurgente pretende fazer prevalecer o voto divergente proferido pela Exma. Sra. Desa. Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, que entendeu ser possível a incidência da analogia *in bonam partem*, para aplicar o patamar de 40% (quarenta por cento) de pena cumprida como requisito objetivo à progressão do regime prisional do reeducando, em relação ao crime equiparado a hediondo, diante da nova previsão trazida pela Lei n. 13.964/2019, que alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal e passou a prever a necessidade de reincidência específica em crimes hediondos para aplicação do antigo patamar de 3/5 (três quintos).

A pretensão comporta acolhimento.

Compulsando-se os autos, infere-se que o reeducando Macauly Wender Urbano registra duas condenações transitadas em julgado. A primeira, nos autos da Ação Penal 0035237-95.2014.8.24.0023 (PEC 0041671-66.2015.8.24.0023), por infração ao art. 157 § 2º, II, do Código Penal. A segunda, na qual foi reconhecida a reincidência, na Ação Penal 0011157-62.2017.8.24.0023 (PEC 00020387-31.2017.8.24.0023), em que restou condenado pela prática dos crimes previstos nos art. 33, caput,



da Lei 11.343/2006 (equiparado a hediondo), art. 180, caput, do Código Penal e art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003.

Pois bem.

O artigo 112, caput, da LEP e o art. 2<sup>a</sup>, § 2<sup>o</sup>, da Lei n. 8.072/90 exigiam o cumprimento de 1/6 da pena para a progressão de regime em relação a crime comum e, se a condenação decorresse de delito hediondo ou equiparado, o “cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente”, específico ou não.

Com o advento da Lei n. 13.964/19, o art. 2<sup>o</sup>, §2<sup>o</sup>, da Lei n. 8.072/90 foi revogado e o art. 112 da LEP passou a ter a seguinte redação:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1<sup>o</sup> Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2<sup>o</sup> A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

§ 3<sup>o</sup> No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;

V - não ter integrado organização criminosa.

§ 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo.

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

Da análise do dispositivo legal acima transcrito, observa-se que a nova legislação estabelece o cumprimento de 60% da reprimenda (o que corresponderia a 3/5 na antiga previsão) “*se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado*”.

Considerando que, anteriormente, não havia especificação quanto à reincidência, tal como ocorre na nova redação, iniciou-se o debate sobre a interpretação do dispositivo legal, que, expressamente, passou a indicar que o referido patamar teria incidência tão somente aos casos de reincidência específica em delitos hediondos ou equiparados.

Diante disso, este Relator filiou-se ao entendimento no sentido de que existe uma lacuna legislativa na redação do art. 112, II, IV, VII e VIII da Lei de Execução Penal, conferida pela Lei 13.964/19, no que tange à reincidência genérica, de modo que esses dispositivos devem ser interpretados de forma mais benéfica ao apenado.

Portanto, a fração de 60% será exigida somente dos reincidentes específicos em crimes de natureza hedionda ou equiparada, razão pela qual se o reeducando não for reincidente específico na época dos fatos, deverá progredir de regime prisional na mesma porcentagem do primário.

Nesse sentido, da Segunda Câmara Criminal, cita-se o Agravo de Execução Penal n. 5023972-68.2020.8.24.0033, de Relatoria da Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho, julgado em 26-01-2021:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. APENADO QUE SE INSURGE DE DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO E AFASTOU A INCIDÊNCIA DA LEI N. 13.946/2019. ALMEJADA A APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/5, EIS QUE REINCIDENTE GENÉRICO. A INSURGÊNCIA PROSPERA. APLICABILIDADE DA NOVA REGRA INTRODUZIDA PELA LEI N. 13.964/2019, CONHECIDA COMO PACOTE ANTICRIME. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. IN CASU, REINCIDÊNCIA GENÉRICA. DECISÃO QUE

MERECE REFORMA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) QUE SE IMPÕE. NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO COM FUNDAMENTO NA APLICAÇÃO MAIS BENÉFICA AO RÉU. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A reincidência é circunstância de caráter pessoal, passível de reconhecimento pelo juízo da execução penal mesmo quando não considerada na sentença condenatória, e estende-se a todas as condenações impostas e somadas, ainda que ao tempo de alguma delas o apenado fosse primário. A reincidência exigida pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei 13.964/19, para o agravamento das frações de progressão de regime, é a específica em crimes da mesma natureza e, inexistente previsão quanto ao reincidente genérico, deve ser adequado à situação positivada ao condenado primário. Não é permitido ao magistrado, diante de conflito de leis no tempo, mesclar as partes benéficas de cada norma, criando uma terceira, não prevista pelo legislador; a avaliação da *lex mitior* acontece casuisticamente, a fim de que, a depender do resultado da aplicação na íntegra de uma ou outra, se decida pela ultraatividade da lei revogada ou a retroatividade da lei nova. Se, ao calcular as frações que seriam necessárias para a progressão de regime de acordo com o ordenamento antes e depois da vigência da Lei 13.964/19, verifica-se que a incidência integral desta é mais favorável ao apenado que a normativa anterior, aplicar-se-a retroativamente. [...]. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0000128-62.2020.8.24.0038, de Joinville, rel. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 18-08-2020).

Na mesma direção, também da Segunda Câmara, tem-se o Agravo de Execução Penal n. 0000711- 92.2020.8.24.0023, da Capital, de Relatoria do Desembargador Sérgio Rizelo, julgado em 07-07-2020:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME EM RAZÃO DO NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. PARCIAL ACOLHIMENTO. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 40% DA PENA QUANTO AO CRIME HEDIONDO E DE 16% EM RELAÇÃO AO COMUM. APLICAÇÃO DA LEI N. 13.964/2019 “NOVATIO LEGIS IN MELLIUS” CASUÍSTICA. NECESSIDADE, CONTUDO, DE NOVO CÁLCULO COM BASE NOS PARÂMETROS MENCIONADOS, E ANÁLISE DO IMPLEMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO NA ORIGEM. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (grifou-se). **Por essas razões, quando se tratar de reincidente não específico, o patamar de progressão pode ser mais favorável após a entrada em vigor do pacote anticrime, do que era ao tempo dos delitos. No entanto, deverá ser realizado o cálculo do benefício de acordo com as peculiaridades do caso concreto, aplicando-se integralmente a lei mais benéfica ao reeducando.** Diz-se isso porque “não é permitido ao magistrado, diante de conflito de leis no tempo, mesclar as partes benéficas de cada norma, criando uma terceira, não prevista pelo legislador; a avaliação da *lex mitior* acontece casuisticamente, a fim de que, a depender do resultado da aplicação na íntegra de uma ou outra, se decida pela ultra-atividade da lei revogada ou a retroatividade da lei nova” (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0000433-61.2020.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 07-07-2020 - grifou-se).

Ainda, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou igual entendimento, consoante se extrai do HC 581.315/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 06/10/2020, DJe 19/10/2020:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DE REGIME. APENADO REINCIDENTE. REQUISITO OBJETIVO. LEI N. 13.964/2019. LACUNA NA NOVA REDAÇÃO DO ART. 112 DA LEP. INTERPRETAÇÃO IN BONAM PARTEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARECER ACOLHIDO.

**1. A Lei de Crimes Hediondos não fazia distinção entre a reincidência genérica e a específica para estabelecer o cumprimento de 3/5 da pena para fins de progressão de regime, é o que se depreende da leitura do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990: A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal).**

2. Já a Lei n. 13.964/2019 trouxe significativas mudanças na legislação penal e processual penal, e, nessa toada, revogou o referido dispositivo legal. Agora, os requisitos objetivos para a progressão de regime foram sensivelmente modificados, tendo sido criada uma variedade de lapsos temporais a serem observados antes da concessão da benesse.

**3. Ocorre que a atual redação do art. 112 revela que a situação ora em exame (condenado por crime hediondo com resultado morte, reincidente não específico) não foi contemplada na lei nova. Nessa hipótese, diante da ausência de previsão legal, o julgador deve integrar a norma aplicando a analogia in bonam partem. Impõe-se, assim, a aplicação do contido no inciso VI, a, do referido artigo da Lei de Execução Penal, exigindo-se, portanto, o cumprimento de 50% da pena para a progressão de regime, caso não cometida falta grave.**

4. Ordem concedida para que a transferência do paciente para regime menos rigoroso observe, quanto ao requisito objetivo, o cumprimento de 50% da pena privativa de liberdade a que condenado, salvo se cometida falta grave. (grifou-se).

No caso dos autos, conforme mencionado anteriormente, o apenado foi sentenciado pelo delito de tráfico de drogas, tendo sido reconhecida sua reincidência devido a condenação definitiva anterior pela prática de crime comum, cometido mediante violência ou grave ameaça (art. 157 § 2º, II, do Código Penal).

Veja-se, utilizando-se os parâmetros anteriores à inovação legislativa, o Apenado necessitaria cumprir 3/5 (três quintos) para o crime hediondo, em razão da reincidência genérica (antes admitida), e 1/6 um sexto no tocante ao delito comum.

Por outro lado, com as alterações trazidas pela Lei n. 13.964/2019, deve-se aplicar o cálculo de 40% (2/5) para o crime hediondo, e de 25% da pena em relação ao crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça, nos moldes do art. 112, incisos III e IV, da LEP, que se mostra mais benéfico ao apenado.

Desse modo, deve prevalecer o voto vencido, proferido pela Exma. Desembargadora Ana Lia Moura Lisboa Carneiro, para negar provimento ao recurso de Agravo em Execução interposto pelo Ministério Público, mantendo-se a decisão proferida na origem, que aplicou o patamar de 40% de pena cumprida como requisito objetivo à progressão de regime do reeducando, em analogia in bonam partem ao disposto no inciso V do art. 112 da LEP. (Evento 22).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e acolher os Embargos Infringentes, a fim de que seja considerada a fração de 40% como requisito objetivo à progressão de regime do reeducando, em relação à pena do crime equiparado a hediondo.

**Desembargador NORIVAL ACACIO ENGEL**

**Relator**

## **Revisão Criminal (Grupo Criminal) N° 5046339-88.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: Desembargador SÉRGIO RIZELO

REQUERENTE: ANDERSON DOUGLAS DOS SANTOS DE AQUINO

REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

REVISÃO CRIMINAL. 1. NULIDADE. SENTENÇA PROFERIDA EM AUDIÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO GRAVADA EM VÍDEO. 2. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONCURSO DE CRIMES. 3. REGIME. QUANTUM DE PENA. REINCIDÊNCIA.

1. Não é nula a sentença proferida oralmente em audiência de instrução e julgamento, ainda que ela não tenha sido, em sua íntegra, reduzida a termo, se a fundamentação é gravada em vídeo.

2. Pratica os crimes de tráfico de drogas e de posse irregular de arma de fogo de uso permitido em concurso material o agente que possui entorpecentes e um revólver de calibre .38 em sua residência.

3. É devida a imposição do regime fechado para início do resgate de pena de 7 anos de privação de liberdade imposta a réu reincidente.

REVISÃO INDEFERIDA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Primeiro Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, indeferir a Revisão Criminal, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2021.

**Desembargador SÉRGIO RIZELO**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Na Comarca de Joinville, nos autos da Ação Penal 50025571420208240038, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Anderson Douglas dos Santos de Aquino, imputando-lhe a prática dos delitos de tráfico de drogas, associação para o narcotráfico (ambos circunstanciados por envolverem adolescente) e posse irregular de arma de fogo de uso permitido (Evento 1, doc1).

Ultimada a instrução, o Magistrado Sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial e condenou Anderson Douglas dos Santos de Aquino à pena de 7 anos de reclusão, a ser adimplida em regime inicialmente fechado, e 593 dias-multa, pela prática dos delitos dispostos nos arts. 33, caput, da Lei 11.343/06 e 12 da Lei 10.826/03 (Evento 115, todos dos autos na origem).



Após o trânsito em julgado da sua condenação, Anderson Douglas dos Santos de Aquino ajuizou a presente revisão criminal.

Aduz, em síntese, que a sentença é nula por não contar com relatório e fundamentação escritos; e que há ilegalidade no reconhecimento do concurso material entre os delitos e na estipulação do regime fechado para o resgate da pena privativa de liberdade (Evento 1, doc1).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Paulo de Tarso Brandão, manifestou-se pelo indeferimento da revisão (Evento 5).

## VOTO

A revisão deve ser indeferida.

1. A sentença não é nula por ter sido proferida oralmente, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça em mais de uma ocasião (HC 499.388, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 18.6.19; e HC 408.564, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 15.5.18).

Além de estarem presentes, na solenidade em que foi prolatado o ato compositivo da lide, o Requerente e seu Excelentíssimo Advogado (Evento 115, doc1), a fundamentação foi gravada em vídeo (Evento 115, doc7). Os fundamentos que amparam o dispositivo (consignado no termo da audiência) são facilmente acessíveis. Tão acessíveis quanto seriam se tivessem sido atermados em documento.

Não há, portanto, nenhum prejuízo no método escolhido para consignação do arrazoado que ampara a sentença.

Não há, assim, motivo para anulação do procedimento.

2. Quanto ao concurso entre os delitos, não se tratam de condutas autônomas. Ambos crimes se consumam (nas modalidades “ter” e “manter em depósito”) a partir do momento em que o agente possui o objeto material do delito, e nada indica que o revólver calibre .38 e os 36,1g de cocaína foram obtidos pelo Requerente no mesmo momento. Nem ele próprio afirmou isso quando foi interrogado (Evento 115, doc4).

Esta Corte, em casos semelhantes, reconhece a ocorrência do cúmulo material entre os delitos:

PRETENDIDA APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL QUANTO AOS CRIMES DE TRÁFICO E POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES - INVIABILIDADE - EXISTÊNCIA DE AÇÕES E RESULTADOS DISTINTOS NA PRÁTICA DOS DELITOS - CONCURSO MATERIAL QUE SE MANTÉM (Ap. Crim. 0001961-18.2017.8.24.0072, Rel. Des. Zanini Fornerolli, j. 18.6.20).

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06 E ART. 14, CAPUT, DA LEI N. 10.826/03). RECURSO DEFENSIVO. [...] PLEITO SUBSIDIÁRIO DE APLICAÇÃO DE CONCURSO FORMAL. INVIABILIDADE. CONDUTAS PRATICADAS MEDIANTE AÇÕES DISTINTAS, COM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS (Ap. Crim. 0004364-73.2018.8.24.0023, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 10.1.19).

Ainda que se considere a unicidade entre as condutas, a autonomia de desígnios é manifesta.

O Requerente Anderson Douglas dos Santos de Aquino afirma, laconicamente, que “foram praticadas com em um único momento e com o mesmo objetivo - lucro” (Evento 1, doc1, p. 3), mas falha ao elucidar como a posse de uma arma de fogo teria a obtenção de vantagem econômica como propósito final (pois este comportamento, por definição, não rende ao agente nenhum ganho financeiro).

O fato é que o concurso formal próprio é absolutamente descabido no caso em análise. Não há, pois, motivo para a modificação da sentença neste tocante.

3. Quanto ao regime prisional, o Requerente é reincidente. Tal circunstância foi expressamente consignada na dosimetria (Evento 115), e a certidão do Evento 2, doc3 do inquérito, é prova satisfatória da existência de decreto condenatório imutável expedido contra Anderson Douglas dos Santos de Aquino pela prática de roubo.

A imposição do sistema mais rigoroso de cumprimento de pena, portanto, é inevitável (por força do disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, e por não se tratar da hipótese da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça), e não decorrência de “argumentos vagos e imprecisos”, como afirma o Requerente. (Evento 1, doc1, p. 4).

Ante o exposto, voto no sentido de indeferir a revisão.

**Desembargador SÉRGIO RIZELO**

**Relator**

## SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

### **REVISÃO CRIMINAL (GRUPO CRIMINAL) Nº 5043715-66.2020.8.24.0000/**

RELATOR: DESEMBARGADOR GETÚLIO CORRÊA

REQUERENTE: ROGERIO DE OLIVEIRA CERCAL

ADVOGADO: ALBANI BERGAMINI (OAB SC032973)

REQUERIDO: PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL - TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - FLORIANÓPOLIS

REVISÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR INFRAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE (REDAÇÃO ANTERIOR ÀS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.654/2018), C/C ART. 14, II, AMBOS CÓDIGO PENAL.

AVENTADA NULIDADE PROCESSUAL DIANTE DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO - ATO PERSONALÍSSIMO DO JUÍZO, PORQUANTO REALIZADO SOB A VIGÊNCIA DA LEI N. 10.792/2003 - REALIZAÇÃO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO - OBSERVÂNCIA DO ART. 394 DO CPP, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 11.719/2008 - EIVAS INEXISTENTES.

“O interrogatório realizado antes da edição e vigência da Lei n. 10.792 de 1º/12/2003, não enseja, obrigatoriamente, a participação de advogado, por se tratar, à época, de ato personalíssimo do Magistrado, não sujeito ao contraditório e à ampla defesa, não havendo nulidade pela ausência de defensor na realização do respectivo ato processual. Precedentes” (STJ), Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

A realização de interrogatório no início da instrução nos moldes do estabelecido no art. 394 do CPP, com redação anterior à Lei n. 11.719/2008, não macula o processo, porquanto realizado em estrita observância à norma instrumental vigente à época.

SUPOSTO VÍCIO DECORRENTE DA FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO BEM COMO ACERCA DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO - NÃO OCORRÊNCIA - DEFESA TÉCNICA CIENTIFICADA POR MEIO DE DIÁRIO DA JUSTIÇA - INOBSERVÂNCIA DO ART. 370, § 4º, DO CPP MITIGADA EM PROL DA SEGURANÇA JURÍDICA - ALEGAÇÃO REALIZADA PASSADOS MAIS DE 15 ANOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO - PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

Conforme preceitua o art. 370, § 4º, do CPP, a não observância da intimação pessoal do defensor dativo acerca do teor do acórdão acarreta nulidade do ato, pois ele goza de idêntica prerrogativa assegurada ao defensor público. Contudo, nos termos da consolidada jurisprudência do STJ e desta Corte, reconhece-se a preclusão, em prol da segurança jurídica, quando, como na hipótese, passados muitos anos entre o trânsito em julgado do acórdão e a alegação da nulidade.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 157, § 2º, I (REDAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS), C/C ART. 14, II, DO CP - MATÉRIA JÁ ANALISADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA -

AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA OU ILEGALIDADE MANIFESTA A JUSTIFICAR NOVA ANÁLISE - PLEITO NÃO CONHECIDO, NO PONTO.

*“A ação revisional não é instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória. A procedência da ação, nas hipóteses indicadas, tem por pressuposto necessário e indispensável, quanto à matéria de direito, a constatação de ofensa ‘ao texto expresso da lei penal’, ou, quanto à matéria de fato, o desprezo ‘à evidência dos autos’”* (STF, Min. Teori Zavascki).

PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, INDEFERIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Segundo Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer, em parte, e, na extensão conhecida, indeferir o pedido de revisão criminal, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2021.

**Desembargador GETULIO CORREA**

**Relator**

## **VOTO**

1. O voto, adianta-se, é pelo conhecimento parcial e, nesta extensão pelo indeferimento do pedido.

2. O rol taxativo do art. 621 do CPP dispõe que a revisão criminal é medida excepcional, somente admitida quando a sentença for contrária a texto expresso de lei penal ou à evidência dos autos (inciso I); fundar-se em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos (inciso II); ou, após a sentença, descobrirem-se novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial de pena (inciso III).

2.1 Pretende o requerente, de início, o reconhecimento de nulidade processual diante de: a) falta de um defensor constituído ou nomeado no interrogatório judicial do requerente; b) inversão dos atos instrutórios previstos no art. 400 do Código de Processo Penal; ec) ausência de intimação pessoal do advogado para a sessão de julgamento da apelação e, posteriormente, do teor do acórdão.

Contudo, razão não lhe assiste, no ponto.

Acerca da possibilidade de decretação de nulidade no âmbito restrito da revisão criminal, colhe-se da doutrina:

“Apesar de não constar expressamente do art. 621, prevalece o entendimento de que também se admite o ajuizamento de revisão criminal na hipótese de nulidade do processo, já que o art. 626, caput, do CPP, refere-se à anulação do processo como um dos disponíveis resultados da procedência do processo revisional” (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. JusPodivm. 3. ed. Salvador, 2015, p. 1797).

No caso, a questão foi abordada com muito propriedade pela Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freira razão por que peço vênha para integrar parte de seu judicioso parecer a este voto:

“[...] Na hipótese em tela, conforme evidencia a prova pré-constituída, o Acusado Rogério foi interrogado em Juízo no dia 24 de fevereiro de 2003, data em que o disposto no art. 185 do Código de Processo Penal não exigia a presença de um Defensor no referido ato processual, se não vejamos:

*Art. 185. O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado.*

Com a entrada em vigor da Lei n. 10.792, em 2 de dezembro de 2003 – ou seja, posteriormente à realização do interrogatório do Acusado –, o aludido dispositivo legal passou a contar com a seguinte redação:

*Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (grifos nossos).*

À vista disso, não se pode falar em nulidade em face da realização do interrogatório judicial sem a presença de um Defensor, mormente por se tratar, à época, de ato personalíssimo do Mm. Magistrado de Primeira Instância, portanto, não sujeito ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse sentido, aliás, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO PESSOAL DOS RÉUS PRESOS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA POR ADVOGADO. AUSÊNCIA. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATOS PROCESSUAIS REALIZADOS ANTES DA EDIÇÃO E VIGÊNCIA DA LEI N. 10.792/2003. [...] RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. [...] 3. O interrogatório realizado antes da edição e vigência da Lei n. 10.792 de 1º/12/2003, não enseja, obrigatoriamente, a participação de advogado, por se tratar, à época, de ato personalíssimo do Magistrado, não sujeito ao contraditório e à ampla defesa, não havendo nulidade pela ausência de defensor na realização do respectivo ato processual. Precedentes. [...] 1 (grifos nossos).*

A jurisprudência da egrégia Corte de Justiça Catarinense, por sua vez, não destoa desse posicionamento:

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL - CONDUTA ANTERIOR A EDIÇÃO DA LEI. N. 13.654/2018). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES: [...] INTERROGATÓRIO JUDICIAL REALIZADO SEM A PRESENÇA DE DEFENSOR. ATO PROCESSUAL ANTERIOR À LEI N. 10.792/2003. PRESENÇA QUE ERA DESNECESSÁRIA À ÉPOCA. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. MÁCULA INEXISTENTE. [...] 2 (grifos nossos).*

De igual modo, entendo que a tese de nulidade decorrente da suposta inversão da ordem do interrogatório do Réu e da inquirição das testemunhas também não merece guarida.

De fato, conforme visto anteriormente, a prova oral foi produzida no ano de 2003, ou seja, em momento anterior à edição da Lei n. 11.719/2008, que modificou o Código de Processo Penal e passou a prever a

tomada das declarações do Réu como o último ato instrutório.

Logo, considerando que o interrogatório foi realizado no início da instrução em estrita observância à determinação contida na Norma Processual vigente ao tempo dos fatos (art. 394 do Código Instrumental<sup>3</sup>), concluo que inexistiu vício a ser sanado.

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE INVERSÃO NA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. REALIZAÇÃO ANTERIOR POR SER A REDAÇÃO PRETÉRITA À LEI N. 11.719/2008. ATO REALIZADO EM CONFORMIDADE COM A LEI PROCESSUAL VIGENTE À ÉPOCA. NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*

*1. O ato processual foi realizado em 2003, de acordo com o art. 394 do Código de Processo Penal, portanto, anterior à Lei n. 11.719/2008. Então, foi regular a realização do interrogatório no início da instrução processual.*

*[...]4. (grifos nossos).*

Relativamente ao almejado reconhecimento de nulidade pela falta de intimação pessoal do Causídico para a sessão de julgamento do Recurso de Apelação e, posteriormente, do teor do v. Acórdão prolatado, a meu sentir, razão não assiste à Defesa igualmente nesse aspecto, pois, nos termos da jurisprudência consolidada sobre o tema: “[...] não existe previsão legal que determine a intimação pessoal do réu ou de seu defensor constituído da inclusão em pauta do apelo defensivo. A teor do disposto no art. 392, do Código de Processo Penal, o réu somente será pessoalmente intimado da sentença condenatória, restringindo-se, na segunda instância, a prerrogativa da intimação pessoal ao Ministério Público e, eventualmente, se for o caso, ao Defensor Público ou Dativo. (HC n. 138908/SP, rela. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, j. 22-11-2011)”<sup>5</sup>

Na hipótese dos autos, constata-se que o Advogado que representava o Réu foi devidamente intimado, por meio do Diário de Justiça, acerca da pauta de julgamento do Apelo e do teor do v. Acórdão proferido, razão pela qual o afastamento da última tese de nulidade arguida é medida que se impõe” (Evento 16).

Quanto ao último ponto, indispensável acrescentar que o requerente foi assistido por defensor constituído durante todo o processo. Após a apresentação do apelo, o advogado renunciou ao mandato, tendo sido o ora autor intimado pessoalmente para constituir novo defensor mas não o fez. Dessa forma, o juízo nomeou-lhe dativo (fl. 7 da DOCUMENTACAO33, Evento 1).

Acerca da sessão de julgamento bem como do teor do acórdão, foi o defensor dativo intimado por meio do Diário da Justiça eletrônico (DOCUMENTACAO37 E 38, Evento 1). E tal modo de proceder contraria o sedimentado entendimento jurisprudencial do STJ no sentido de que “a ausência de intimação pessoal da Defensoria Pública ou do defensor dativo sobre os atos do processo, a teor do disposto no artigo 370 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, § 5º, da Lei 1.060/1950, gera, via de regra, a sua nulidade” (HC 426948, Min. Jorge Mussi, j. 15.03.2018).

A orientação naquela Corte, destaca-se, é pacífica nesse sentido (HC n. 308.347, Min. Rogério Schietti Cruz, j. 08.03.2016; HC n. 343.211, Min. Ribeiro Dantas, j. 23.02.2016; HC n. 342.026, Min<sup>a</sup>. Maria Thereza de Assis Moura, j. 17.12.2015; HC n. 200.640, Min. Nefi Cordeiro, j. 20.10.2015; HC n. 321.219, Min. Rogério Schietti Cruz, j. 06.10.2015; HC n. 301.003, Min. Ericson Maranhão, j. 18.08.2015; e HC n. 321.069, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 02.06.2015).



Contudo, o próprio Tribunal excepciona tal hipóteses quando, em prol da segurança jurídica, deixa-se de reconhecer a irregularidade procedimental. Mas tal deliberação é tomada quando passados doze STJ, HC n. 274.237, Min. Ericson Maranhão, j. 6.8.15), oito (STJ, HC n. 176.265, Min. Nefi Cordeiro, j. 02.02.2016), seis (STJ, HC n. 319.774, Min. Ericson Maranhão, j. 24.11.2015) ou pelo menos quatro anos (STJ, HC n. 320.492, Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 20.08.2015) depois da formação da res judicata.

E o caso dos autos, portanto, está entre essas exceções, porque o julgamento foi realizado em 13.12.2005 (fl. 1, DOCUMENTACAO38, Evento1), o acórdão transitou em julgado em 06.02.2006 (fl. 4, DOCUMENTACAO40, Evento 1) e a revisão criminal foi ajuizada somente em 03.12.2020), isto é, mais de quinze anos após.

A propósito, o STJ decidiu:

**“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. INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO E DA MENORIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.**

1. Nos termos do art. 370, § 4º, do CPP e do art. 5º da Lei n. 1.060/1950, anão 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.

3. Hipótese em que a pena-base foifixada no mínimo legal (4anos), o que afasta a redução da pena em relação à existência de atenuantes, nos termos da Súmula 231/STJ.

4. Ordem denegada” (HC n. 408638, Min. Ribeiro Dantas, j. 14.11.2017) - destacou-se.

E desta Corte:

**“REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, §2º, INCISO II DO CÓDIGO PENAL). PEDIDO REVISIONAL FUNDAMENTADO NO ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSULADA NULIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO ACERCA DO ACÓRDÃO. PRERROGATIVA**

*DO ART. 370, § 4º, DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA NO CASO PRESENTE. ALEGAÇÃO REALIZADA PASSADOS QUASE DOIS ANOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRECLUSÃO EVIDENTE NO CASO CONCRETO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA EGRÉGIA CORTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ANÁLISE DA MATÉRIA PREJUDICADA. CUMPRIMENTO DA PENA E QUESTÕES RELACIONADAS COM A PANDEMIA DO COVID-19. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO QUE NÃO MERECE CONHECIMENTO. AÇÃO SEM ÔNUS PROCESSUAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. CONCESSÃO DESNECESSÁRIA. PEDIDO REVISIONAL EM PARTE CONHECIDO E IMPROCEDENTE” (TJSC, Revisão Criminal (Grupo Criminal) n. 5023534-44.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Cíntia Beatriz da Silva Bittencourt Schaeffer, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 30-09-2020).*

**“REVISÃO CRIMINAL. ART. 621, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL PERPETRADO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N. 12.015/2009. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL, COM APLICAÇÃO DA PENA DO ART. 213, COMBINADO COM ARTS. 226, II, E 71, TODOS DO MESMO DIPLOMA). AVENTADA NULIDADE FACE A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR DATIVO PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. INTIMAÇÃO REALIZADA POR MEIO DE IMPRENSA OFICIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ARGUIÇÃO REALIZADA ANOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. PRECLUSÃO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NULIDADE DO JULGAMENTO NÃO CARACTERIZADA. REVISIONAL INDEFERIDA. ‘[...] Este Superior Tribunal de Justiça tem apontado para situações peculiares nas quais, em reverência ao princípio da segurança jurídica, a inércia da Defesa permite o reconhecimento da preclusão de eventual vício processual’. (STJ - Habeas Corpus n. 233169/SP, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 18-3-2014)” (TJSC, Revisão Criminal n. 2015.057738-7, de Blumenau, rel. Marli Mosimann Vargas, Seção Criminal, j. 25-11-2015).**

Assim, não se tem dúvidas acerca da primazia da segurança jurídica e, por conseguinte, da preclusão da alegação, não sendo possível desconstituir o julgado passados mais de quinze anos do julgamento.

Logo, afastam-se as nulidades suscitadas e indefere-se a revisão criminal quanto as alegações supracitadas.

**2.2.** O requerente busca, ainda, a desclassificação do crime pelo qual foi condenado para a conduta tipificada no art. 157, § 2º, I (redação vigente à época dos fatos), c/c art. 14, II, do CP.

Apesar de ser admissível a revisão criminal nos casos em que a decisão for contrária à evidência dos autos, não se presta a ação a servir como uma nova apelação, sob pena de ofensa à coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI). Acerca do tema, a propósito, lecionam Eugênio Pacelli e Douglas Fischer:

«Questão probatória: Quando a sentença for manifestamente contrária às provas existentes nos autos. Uma

advertência bastante importante merece reiteração neste momento. O que fundamenta a ação revisional nessa hipótese é uma rediscussão probatória desde que as conclusões a que chegou a decisão transitada em julgado opõem-se, de forma manifesta e cristalina, às provas existentes nos autos. É dizer: não cabe a revisão criminal com a finalidade simplesmente de reanalisar o conjunto probatório. A revisão criminal não se confunde com a apelação, em que os limites de cognição são bem mais amplos. Aqui só há de se admitir o desfazimento do julgado criminal se houver certeza aferível de plano (sem revolvimento de eventual dissonância probatória) de que se apresenta em descompasso o que provado e o que decidido» (Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. Atlas. 7. ed. São Paulo, 2015, p. 1.316).

A jurisprudência, aliás, não dissente deste posicionar:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO. PRECARIEDADE DAS PROVAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É assente o entendimento nesta Corte de que o pedido de revisão criminal não pode se fundar na precariedade das provas carreadas aos autos, sob pena de se travestir em novo recurso de apelação. Antes, deve se evidenciar a ocorrência de qualquer uma das hipóteses previstas no art. 621, do Código de Processo Penal.

2. Agravo regimental não provido» (STJ, AgRg no REsp n. 1380897, Min. Moura Ribeiro, j. 8.10.2013 – grifou-se).

«REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE MEIO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA (ART. 121, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL). TESE ABSOLUTÓRIA CALCADA NA AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA AUTORIA DO DELITO. TESE DEVIDAMENTE ANALISADA NA APELAÇÃO CRIMINAL OPORTUNAMENTE INTERPOSTA. AUSÊNCIA DE PROVA NOVA. HIPÓTESE DE SEGUNDA APELAÇÃO. [...] PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO» (TJSC, Revisão Criminal n. 4001667-51.2016.8.24.0000, Des. Rodrigo Collaço, j. 27.07.2016).

É o que ocorre no caso.

Do detido exame dos autos, verifica-se que a prova neles contida foi profundamente analisada no acórdão. A tese da defesa do requerente foi abordada com propriedade e, diante do conjunto probatório, afastada. A propósito, reproduz-se trechos do acórdão prolatado:

“Não há como se albergar a pretensão desclassificatória recorrida, eis que as provas carreadas ao caderno processual conferem a certeza de que o crime praticado pelo ora recorrente foi, de fato, latrocínio, na sua modalidade tentada, restando a materialidade delitiva estampada no termo de apreensão de fl. 28 e no auto de exame de corpo delito de fl. 36, enquanto a respectiva autoria demonstrada, de maneira cristalina, essencialmente pela sua confissão, bem como pelas coesas palavras das demais testemunhas.

Nas declarações que prestou em juízo, o apelante narrou pormenorizadamente o modo como, juntamente com seu comparsa, adentrou no estabelecimento e rendeu as vítimas, portando um revólver calibre 38 cada, afirmando que *“tinham como objetivo único a subtração dos valores de Sábado e Domingo da panificadora,*

*tendo encontrado e apanhado no estabelecimento R\$ 3.200,00, aproximadamente; que logo após apanharem o dinheiro levaram as vítimas para um banheiro e as trancaram”, mas quando estavam de saída a polícia chegou e retornaram ao local onde estavam as vítimas, fazendo duas delas de reféns, esclarecendo que “apontou a arma para o pescoço da vítima que estava consigo e mandou os policiais recuarem, sendo que nesta ocasião a vítima meteu a mão na arma que o interrogando portava e então entraram em luta corporal”, assegurando que teria desferido apenas um disparo, e que este teria atingido a parede, alegando, ainda, que “num momento em que estava em luta com uma das vítimas um dos policiais efetuou três disparos, tendo um deles atingido o pé da vítima” (fls. 87/88).*

Entretanto, sua tentativa de atribuir aos milicianos a responsabilidade pelo disparo que atingiu o proprietário da panificadora não encontra respaldo algum nos demais elementos probatórios coligidos, porquanto **as testemunhas são unânimes em informar, desde a fase embrionária das investigações, que após avistarem os policiais e retornarem ao local em que trancaram as vítimas, rendeu ele a Vilmar ameaçando matá-lo, só não o fazendo em razão de ter este bloqueado o cão de sua arma com os dedos, momento em seu comparsa Israel desferiu-lhe três tiros, tendo apenas um atingido-lhe o pé, sendo os demais desviados diante da intervenção de sua esposa ao agarrar-se no braço do atirador.**

Nesse sentido, Vilmar Braatz, reafirmando o que dissera na fase indiciária, esclareceu em juízo que, após recolherem tudo o que queriam, os assaltantes *“levaram todos para um banheiro; que quando eles estavam saindo a polícia chegou e então eles retornaram correndo e arrombaram a porta do banheiro, quando diziam que queriam reféns e queriam a criança; que o assaltante loiro (Rogério) veio contra o informante e, apontando a arma, dizia que ia matar o informante, tendo o informante aproveitado uma oportunidade e colocado a mão na arma desse assaltante, ocasião em que o cão ficou entre os dedos polegar e indicador do informante e assim conseguiu evitar que a arma disparasse; que naquela ocasião esse assaltante tentou disparar a arma por umas cinco vezes”,* e ao entrarem em luta corporal *“o assaltante moreno (Israel) efetuou disparos com a arma que ele tinha contra o informante, tendo três desses seis tiros sido deflagrados e um deles acertado o pé do informante; que nessa ocasião (...) viu que sua mulher estava agarrada nele e tentava fazer desviar a direção da arma que ele segurava; que em seguida os policiais entraram”* (fls. 108/109).

Consonantes são as palavras da esposa de Vilmar, Elisângela Mariano Braatz, a qual asseverou que ao retornarem os assaltantes para o banheiro, arrombaram a porta e *“o moreno pegou a informante e o loiro o seu marido; que naquela ocasião o marido da informante botou a mão entre o cão do revólver que o loiro segurava e eles entraram em luta corporal, sendo que nesse momento o assaltante moreno apontou a arma para o marido da informante e deu três disparos, tendo um deles acertado o pé de seu marido; que nesse momento que o assaltante moreno atirava a informante se agarrou no braço dele e tentava desviar a direção que apontava, que era a de seu marido; que ainda depois desse (sic) três tiros ele fez outros disparos mais não saiu bala; (...) que os policiais não efetuaram nenhum tiro, pelo que viu”* (fls. 110/111).

Sem discrepância seguem as declarações das balconistas Gislaíne de Castro (fls. 10 e 112/113) e Rosemeri Pavanati (fls. 10 e 114/115), assegurando ter sido o co-réu Israel Mayer o responsável pelos três disparos, bem como não ter havido qualquer agressão aos assaltantes por parte dos policiais durante a prisão.

Tal versão é confirmada pelo miliciano Fabrício Costa Vieira, segundo quem, enquanto aguardava do lado de fora da padaria, ouviu três ou quatro disparos, além de não terem os policiais atirado contra os assaltantes (fls. 106/107).

**Diante deste enredo, inafugentável o reconhecimento da tentativa de latrocínio, uma vez que nem a subtração da res alheia, nem a morte se consumaram, não havendo sombra de dúvida de que o disparo que atingiu a vítima, ao contrário do que alega a defesa, foi desferido pelo comparsa do apelante, e não o foi de modo acidental, mas visando, sobretudo, assegurar a detenção da res e a sua fuga, tornando-se inviável a rogada desclassificação para roubo circunstanciado, pois consabido que “se o agente pratica**

**homicídio tentado e subtração patrimonial tentada, a doutrina unânime ensina que responde por tentativa de latrocínio” (JESUS, Damásio E. de. Código Penal Anotado, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 576).**

Ademais, tendo ambos os meliantes praticado o delito mediante a utilização de arma, é certo que havia previsibilidade do resultado morte, que no caso não ocorreu por circunstâncias alheias à sua vontade, devendo ambos responder pelo delito pelo qual condenados, ainda que os disparos tenham sido realizados por apenas um deles, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

*“Em se tratando de crime de roubo, praticado com arma de fogo, todos que contribuíram para a execução do tipo fundamental respondem pelo resultado morte, mesmo não agindo diretamente na execução desta, pois assumiram o risco pelo evento mais grave” (HC n. 37583/SP. Rel. Min. Gilson Dipp, j. em 21/06/2005).*

E em vista das uníssonas declarações das vítimas, que em crimes contra o patrimônio assumem manifesta relevância probatória, no sentido de que foram três os tiros desferidos, mostra-se irrelevante a falta de realização de perícia no local dos fatos para comprovar a materialidade dos disparos, não se verificando razoável que, em nome do apego excessivo às formas, tal procedimento se tenha como imprescindível, consoante já se manifestou aquela Corte Superior:

*“No processo penal moderno, é possível a supressão do exame de corpo de delito pela confissão do acusado e por outras provas para a configuração da qualificadora no furto, uma vez que não há hierarquia entre as provas, e tudo que for lícito será usado na busca da verdade real” (RESP n. 330264/SC. Rel. Min. José Arnaldo Da Fonseca, j. em 17/12/2002).*

Nessa esteira de entendimento, colaciona-se precedente do Excelso Pretório:

*“É inquestionável a imprescindibilidade do exame de corpo de delito, quando a infração penal deixar vestígios. Trata-se de exigência peculiar aos delitos materiais, imposta pelo art. 158 do Código de Processo Penal. A omissão dessa formalidade - considerada juridicamente relevante pelo próprio estatuto processual penal - constitui circunstância apta a invalidar, por nulidade absoluta, a própria regularidade do procedimento penal-persecutório (RTJ-114Quando, no entanto, não for possível o exame de corpo de delito direto, por haverem desaparecido os vestígios da infração penal, a prova testemunhal - que materializa o exame de corpo de delito indireto - supre a ausência do exame direto (RTJ 76- 89- 1031040). A Corte Suprema tem proclamado a dispensabilidade do exame pericial nos delitos que deixem vestígios, desde que a materialidade do ilícito penal esteja comprovada, por outros meios, inclusive de natureza documental” (HC n. 69013/PI. Rel. Min. Celso De Mello).*

Além disso, nada obstante tenha a perícia realizada nas armas e munição encontradas com os meliantes verificado a deflagração de apenas um cartucho, observa-se que o tambor de cada revólver tem capacidade para seis destes, sendo que apenas nove deles foram apreendidos, indicando a possibilidade de terem sido alguns daqueles deflagrados abandonados no local do delito anteriormente à prisão.

De igual modo, incabível a desclassificação para roubo impróprio, porquanto cediço que este ocorre apenas quando *“o agente emprega a violência contra a pessoa ou a grave ameaça não como meio para a subtração, mas após esta, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si”* (MIRABETE, Júlio Fabrini. Código Penal Interpretado. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 1105), e no caso em apreço **as coerentes declarações das vítimas informam, à unanimidade, que foram ameaçadas e agredidas desde o início da ação delitativa, enquanto os meliantes efetuavam a subtração, e não apenas após a chegada dos policiais, assegurando Vilmar Braatz que “eram muito agressivos, sendo que a todo momento agrediam o informante e os demais com golpes com as armas e chutes e socos” (fl. 108).**

Não discrepam as palavras de Gislaíne Cristina de Castro, afirmando que *“durante todo o assalto eles batiam na informante e nos outros com os pés e com as armas, e diziam ainda que iam matar a todos” (fl. 112),*



*acrescentando Elisangela Braatz que “diziam que queriam em torno de cinco mil senão levariam a criança” (fl. 110).*

**E ainda que assim não fosse, consoante bem anotado pelo insigne Procurador de Justiça, é remansoso o entendimento de que é irrelevante se o roubo é próprio ou impróprio, pois tanto em um quanto em outro a qualificadora morte caracteriza o crime de latrocínio, de modo que a condenação do apelante, nos termos do art. 157, § 3º, última parte, c/c art. 14, II, do CP, era, como é, indeclinável, tendo a bem lançada sentença hostilizada dado a correta solução ao caso, carecendo, porém, de pequeno reparo, de ofício, no que tange à pena privativa de liberdade impingida, porque ainda que haja nos autos prova idônea para atestar sua menoridade relativa na época do evento delituoso, esta não foi reconhecida.**

De fato, conquanto não conste do caderno processual fotocópia de sua carteira de identidade ou certidão de nascimento, verifica-se a referência a data 21.09.82 como a de seu nascimento no ‘espelho’ da identificação civil fornecido pela Secretaria de Segurança Pública (fl. 17), bem como no termo de interrogatório (fl. 87), o que é suficiente à demonstração de que possuía 20 (vinte) anos de idade quando do cometimento do crime (25.01.03), evidenciando, via lógica de consequência, a necessidade de reconhecer-se a incidência da circunstância atenuante prevista no art. 65, I, do Estatuto Repressivo.

Assim, mantendo-se a pena-base fixada pelo togado sentenciante em 22 (vinte e dois) anos de reclusão, assim como a redução em 1 (um) ano na segunda fase dosimétrica em razão da confissão espontânea, igual decréscimo deve sofrer ante o reconhecimento da atenuante da menoridade, resultando, destarte, em 20 (vinte) anos de reclusão, reduzida em ½ (um meio) em vista da tentativa, tornada definitiva, portanto, em 10 (dez) anos de reclusão, mantido, no mais, o *decisum* objurgado.

À vista, pois, dessas razões decide a Câmara, sem discrepância de votos, negar provimento ao recurso e, de ofício, reconhecer a atenuante da menoridade, reduzindo a pena para 10 (dez) anos de reclusão” (DOCUMENTACAO38, Evento 1).

Conforme se observa, sobretudo nos breves trechos destacados, não há manifesta contrariedade da decisão à prova dos autos a permitir a desconstituição da coisa julgada. Muito pelo contrário, há provas contundentes da prática do roubo qualificado pelo resultado morte, em sua forma tentada, uma vez que os assaltantes atiraram contra uma das vítimas e somente não obtiveram êxito no resultado morte devido a chegada dos policiais.

Assim, é notório o propósito do revisionando em obter uma nova valoração da prova para, com isso, atingir o seu objetivo no sentido de que o delito seja desclassificado. Todavia, não é essa a finalidade da revisional, pelo que se deixa de conhecê-la no ponto.

3. Ante o exposto, voto no sentido de conhecer, em parte, e, na extensão conhecida, indeferir o pedido de revisão criminal.

**Desembargador GETULIO CORREA**

**Relator**



# EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0900524-73.2017.8.24.0020/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR SIDNEY ELOY DALABRIDA

EMBARGANTE: WELLINGTON BRATI DA SILVEIRA

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90). PLEITO DE PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO, NO SENTIDO DE CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, A FIM DE QUE SEJA OPORTUNIZADA A PROPOSTA DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). INVIABILIDADE. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PROFERIDA. BENEFÍCIO INAPLICÁVEL NO ATUAL MOMENTO. PRECEDENTE

Não obstante o conteúdo híbrido das normas que consagram o acordo de não persecução penal, a sua retroatividade após o esgotamento da jurisdição em Primeiro Grau encontra-se em total desalinho com os fatores que renderam ensejo à sua criação, que foi justamente a possibilidade de resolução célere dos casos de reduzido potencial ofensivo, implicando na subversão completa do sentido teleológico do novo instituto.

EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS E REJEITADOS.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Segundo Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e rejeitar os embargos infringentes, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 31 de março de 2021.

**Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA**

**Relator**

## RELATÓRIO

Cuida-se de *embargos infringentes* opostos por Wellington Brati da Silveira, contra acórdão proferido pela Segunda Câmara Criminal que, por maioria de votos, conheceu e negou provimento à apelação criminal por ele interposta, vencido o Exmo. Des. Sérgio Rizelo, que votou pela conversão do julgamento em diligência para análise e possível propositura, pelo Ministério Público, no prazo de 60 dias, do acordo previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal (Evento 31, ACOR15, fls. 1-15).

Opostos embargos de declaração (Evento 39, EMBDECL1), estes não foram conhecidos (Evento 48, EXTRATOATA1).

Busca o recorrente, em síntese, fazer prevalecer o voto vencido, para “*converter o julgamento em diligência, a fim de intimar o Ministério Público na origem para, no prazo de 60 dias, propor acordo de não persecução penal ao EMBARGANTE, na forma do art. 28-A do CPP, nos termos da fundamentação do voto vencido*” (Evento 56, EMBINFRI1).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Dr. Rogério A. da Luz Bertoncini, manifestou-se pelo conhecimento e rejeição dos embargos infringentes (Evento 60, PROMOÇÃO1, fl. 1-5).

## VOTO

Preenchidos os requisitos legais, conhece-se do reclamo.

Busca o embargante a reforma da decisão colegiada relativa ao recurso de apelação, para que prevaleça o voto vencido proferido pelo Exmo. Desembargador Sérgio Rizelo, a fim de que haja a “*conversão do julgamento em diligência, com a remessa dos autos à Comarca de origem para análise e eventual propositura, pelo Ministério Público, do acordo previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, no prazo de 60 dias*” (Evento 33, VOTO16, fl. 16).

Razão, contudo, não lhe assiste.

Com a devida venia ao entendimento exposto no voto vencido (Evento 33, VOTO16), comunga-se do entendimento de que após a prolação da sentença não há como aplicar o instituto da não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, sob pena de ficar comprometida a própria finalidade para a qual o modelo negocial de justiça foi concebido.

Apesar do conteúdo híbrido das normas que consagram o fenômeno, a sua retroatividade após o esgotamento da jurisdição em primeiro grau encontra-se em total desalinho com os fatores que renderam ensejo à sua instituição, que foi justamente a possibilidade de resolução célere dos casos de reduzido potencial ofensivo.

É que, uma vez proferida a decisão e interposto o recurso, é evidente que a sua aplicação produzirá efeito totalmente inverso ao aspirado, subvertendo-se assim totalmente o sentido teleológico do novo instituto.

Compreenda-se que, nessas circunstâncias, o retorno dos autos à primeira instância para fins de proposição ao acusado do acordo de não persecução penal fará com que a solução definitiva do caso concreto se arraste por significativo período de tempo, já que, em sendo aceito, neste caso pelo denunciado e não pelo investigado, como menciona expressamente a lei, demandará a fluência de todo o prazo para cumprimento das condições ajustadas, ligado que está à pena cominada ao delito.

Logo, fácil é perceber que a operação que se pretende em nome da retroatividade das normas mistas está completamente apartada das premissas que determinaram a criação do novo instituto.

Assim tem decidido a Quarta Câmara Criminal deste Tribunal:

*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 [...] (Apelação Criminal n. 0900040-36.2018.8.24.0016, de Capinzal, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. em 12/3/2020).*

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME PREVISTO NO ESTATUTO DO IDOSO. APROPRIAÇÃO DE RENDIMENTOS DESVIADOS EM BENEFÍCIO PRÓPRIO (ART. 102 DA LEI N. 10.741/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE A VÍTIMA, EM PLENO GOZO DE SUAS FACULDADES MENTAIS, AUTORIZOU AS OPERAÇÕES BANCÁRIAS REALIZADAS E QUE OS VALORES FORAM APLICADOS EM BENEFÍCIO DA GENITORA. NÃO ACOLHIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO NO SENTIDO DE QUE A OFENDIDA POSSUÍA SAÚDE DEBILITADA E, POUCO TEMPO DEPOIS, FOI DIAGNOSTICADA COM DOENÇA DE ALZHEIMER. REALIZAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS DE ELEVADO VALOR PARA CONTA DE TITULARIDADE DA APELANTE E DE ASSOCIAÇÃO DA QUAL PARTICIPAVA. APROPRIAÇÃO DE VALORES PERTENCENTES À IDOSA E DESVIO DE SUA FINALIDADE PLENAMENTE CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...]*

*PEDIDO DE RETORNO DOS AUTOS PARA FINS DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA NÃO PERSECUÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROCESSO EM GRAU RECURSAL. DESCABIMENTO.*

*Uma vez prolatada a sentença, estando o processo na instância superior, é incabível a aplicação do instituto da não persecução penal, sob pena de restar comprometida a própria finalidade para a qual o modelo de justiça negocial foi concebido.*

*Não obstante o conteúdo híbrido das normas que consagram o fenômeno, a sua retroatividade após o esgotamento da jurisdição em primeiro grau, encontra-se em total desalinho com os fatores que renderam ensejo à sua criação, que foi justamente a possibilidade de resolução célere dos casos de reduzido potencial ofensivo, implicando na subversão completa do sentido teleológico do novo instituto.*

*De qualquer modo, estando o acordo de não persecução penal em vigor desde a edição da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, em favor da qual militava presunção de constitucionalidade até a entrada em vigor do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), não tendo havido qualquer manifestação da*

*defesa a respeito do não oferecimento da proposta pelo órgão do Ministério Público, preclusa restou a matéria, porquanto se trata de nulidade apenas relativa, solução que se alinha à sólida jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em torno do instituto também despenalizador da suspensão condicional do processo.*

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 0009197-13.2013.8.24.0023, da Capital, deste Relator, Quarta Câmara Criminal, j. em 16/7/2020 – grifou-se).

Do mesmo modo, da Quinta Câmara Criminal:

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO. PLEITEADA REMESSA DOS AUTOS AO PRIMEIRO GRAU PARA QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO ANALISE A POSSIBILIDADE DE PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (CPP, ART. 28-A). DESCABIMENTO. INOVAÇÃO RECURSAL. ADEMAIS, NORMA BENÉFICA QUE VISA IMPEDIR O INÍCIO DA AÇÃO PENAL. PERSECUÇÃO PENAL JÁ ENCERRADA NO PRESENTE CASO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROLATADA E CONFIRMADA POR DECISÃO COLEGIADA EM SEGUNDO GRAU. PREJUDICADA A FINALIDADE DO INSTITUTO NO ATUAL MOMENTO PROCESSUAL. PRECEDENTE DESTA CORTE. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. ACLARATÓRIOS CONHECIDOS E REJEITADOS (Embargos de Declaração n. 0003488-91.2014.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. em 2/7/2020).*

Aliás, recentemente, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a matéria, decidiu pela retroatividade do benefício a fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Veja-se:

*Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus regit actum. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (HC 191464 AgR, rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 11/11/2020, DJe-280 de 25/11/2020).*

No mesmo rumo, do Superior Tribunal de Justiça:

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.*

*1. Inviável a apreciação de matéria constitucional por esta Corte Superior, porquanto, por expressa disposição da própria Constituição Federal (art. 102, inciso III), se trata de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes.*

*2. A decisão agravada não conheceu do agravo em recurso especial com fundamento na Súmula n. 182/STJ, porquanto não impugnada especificamente a incidência dos óbices apontados pela Corte a quo como fundamento para a inadmissão do recurso especial (e-STJ fls. 1375/1377). Nas razões do regimental (e-STJ fls. 1462/1476), por sua vez, o agravante deixou de infirmar os fundamentos atinentes aos referidos entraves, limitando-se a reiterar os argumentos relativos ao mérito da controvérsia.*

*3. A falta de impugnação específica de todos os fundamentos utilizados na decisão agravada (decisão de não conhecimento do agravo em recurso especial) atrai a incidência da Súmula n. 182 desta Corte Superior.*

*4. No que concerne ao pleito de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A, do Código de Processo Penal, registro que se trata de indevida inovação recursal, em sede de agravo regimental, motivo pelo qual não é possível seu exame. Precedentes.*

*5. Ademais, ainda que superado o mencionado óbice, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 191.464/SC, de relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO, externou a impossibilidade de fazer-se incidir o acordo de não persecução penal quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível de impugnação.*

*(...) O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.*

*4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020).*

*6. Na mesma linha, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a retroatividade do art. 28-A, do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, se revela incompatível com o propósito do instituto, quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada em sede de apelação criminal, como na espécie.*

*7. Agravo regimental não conhecido (AgRg no AREsp 1787498/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, j. em 23/2/2021, DJe 1/3/2021 - grifou-se).*

Seguindo esse entendimento, consulte-se da Primeira Câmara Criminal a Apelação Criminal n. 0000606-57.2017.8.24.0141, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. em

28/1/2021; da Segunda Câmara Criminal o Recurso em Sentido Estrito n. 5003111-13.2020.8.24.0049, rel. Norival Acácio Engel, Segunda Câmara Criminal, j. em 9/2/2021; e da Terceira Câmara Criminal o Habeas Corpus Criminal n. 5046484-47.2020.8.24.0000, rel. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. em 26/1/2021.

Dito isso, recebida a denúncia antes mesmo do advento da Lei n. 13.964/19 - em 15/12/2017 (Evento 6, DEC104 - Eproc 1º Grau) -, e havendo sentença penal condenatória em grau recursal, inaplicável o instituto previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

2 Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e rejeitar os embargos infringentes.

**Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA**

**Relator**



# **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 0000986-77.2017.8.24.0045/SC**

RELATORA: DESEMBARGADORA HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO

EMBARGANTE: MAURICIO FERREIRA SILVA

ADVOGADO: RODRIGO ADEMIR ORO (OAB SC041797)

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, §4º, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL). PRETENSÃO DE ACOLHIMENTO DO VOTO VENCIDO QUE ENTENDEU SER DEVIDO O AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE CHAVE FALSA PELA AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. NÃO CABIMENTO. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE DEMONSTRAM, ESTREME DE DÚVIDAS, A UTILIZAÇÃO DE CHAVE MIXA NA PRÁTICA DELITUOSA. PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA NO CASO CONCRETO. ALÉM DO QUE, CONDUTA QUE NÃO DEIXOU VESTÍGIOS. RECURSO NÃO PROVIDO NO PONTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INDEFERIMENTO CALCADO NA EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS E INQUÉRITOS POLICIAIS EM ANDAMENTO E EM UMA CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUJA SENTENÇA EXTINGUIU A PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONCESSÃO DEVIDA. EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS E PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Segundo Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e acolher parcialmente os embargos infringentes, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 30 de junho de 2021.

**Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO**

**Relatora**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de embargos infringentes opostos por Maurício Ferreira da Silva contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Criminal desta Corte, que nos autos da apelação criminal 0000986-77.2017.8.24.0045, sob relatoria do Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, acompanhado dos Desembargadores Getúlio Corrêa e Ernani Guetten de Almeida, decidiu: “conhecer do recurso

e, por maioria de votos, afastada a preliminar de incompetência de Juízo, negar-lhe provimento.”

Na oportunidade, restou vencido o eminente Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, que votou para: a) afastar a qualificadora de emprego de chave falsa e desclassificar a conduta imputada ao Apelante para o delito previsto no art. 155, caput, do Código Penal e b) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Em síntese, o Embargante buscou a prevalência do voto vencido prolatado pelo Exmo. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, uma vez que pretende o afastamento da qualificadora do art. 155, § 4º, III, do Código Penal, tendo em vista que o artefato foi apreendido e acabou não submetido à perícia, conforme exige o art. 158 do Código de Processo Penal. Buscou, também, a substituição da sanção corporal, sob o argumento de que não deve prevalecer o antecedente criminal empregado para o indeferimento da benesse, porquanto retrata ação penal cuja punibilidade foi extinta em razão do cumprimento das condições da suspensão condicional do processo (evento 113).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil, que se manifestou pelo conhecimento e parcial provimento aos embargos infringentes, a fim de que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do voto vencido (evento 129).

Em sessão de julgamento realizada no dia 30 de outubro de 2020, o Segundo Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina decidiu, por maioria de votos, acolher parcialmente os embargos infringentes para substituir a pena corporal por restritivas de direitos (evento 162).

Diante do acórdão proferido, a defesa impetrou haberas corpus e pleiteou o reconhecimento da nulidade do acórdão anteriormente proferido, visto que não houve a intimação pessoal do advogado dativo, ora impetrante, acerca do julgamento e do acórdão dos embargos infringentes (evento 208).

Desse modo, ao julgamento do remédio constitucional impetrado, o Superior Tribunal de Justiça concedeu a ordem para determinar a nulidade do julgamento dos embargos infringentes e a realização de nova sessão de julgamento do recurso interposto (Evento 208).

Este é o relatório.

## VOTO

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade e deverá ser conhecido pelas razões a seguir expostas.

Trata-se de embargos infringentes opostos por Maurício Ferreira da Silva, contra o acórdão de Evento n. 67 que, conheceu do recurso de apelação interposto pelo Embargante e, por maioria de votos negou-lhe provimento, nos seguintes termos:

*APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU SOLTO. CONDENAÇÃO POR FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE CHAVE FALSA (ART. 155, § 4º, III, DO CP). RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. MÉRITO: PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO PELA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA OU AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE EMPREGO DE CHAVE FALSA. DOSIMETRIA: PEDIDOS DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ADEMAIS, PLEITO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONFORME TABELA DA OAB/SC. RECURSO CONHECIDO E, AFASTADA A PRELIMINAR, DESPROVIDO, POR MAIORIA. I. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. A incompetência territorial é nulidade de natureza relativa, que deve ser arguida no momento oportuno, conforme previsão do art. 108 do CPP (exceção de incompetência). Na hipótese, considerando que o acusado não a arguiu no momento adequado, prorrogou-se a competência, tornando-se o Juízo a quo competente para julgamento da causa.*

*II. MÉRITO. SUFICIÊNCIA DE PROVAS. Não há falar em insuficiência de provas da autoria do furto quando o acusado foi flagrado na posse de uma chave mixa e em poder do veículo da vítima, já em processo de desmanche, momentos após a prática delitiva, sem que tenha apresentado justificativa plausível ou convincente para tanto. III. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DE EMPREGO DE CHAVE FALSA. O laudo pericial é prescindível e pode ser suprido por outros meios de prova quando o delito não deixa vestígios, desaparecerem, ou quando as circunstâncias do crime não possibilitarem a realização de perícia. Na hipóteses, entende-se prescindível a elaboração de laudo pericial para se comprovar a qualificadora do emprego da chave falsa, porquanto tal modo de execução, na maior parte dos casos, não deixa vestígios. IV. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. O Código Penal não estabelece critérios aritméticos para a quantificação da pena-base, sujeita à discricionariedade do Magistrado, atendidos os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Na hipótese, considerando que a Magistrada fundamentou a valoração negativa das consequências do crime com base em elementos do caso concreto (prejuízo exarcebado e anormal sofrido pela vítima), não há alterações a serem feitas nos parâmetros estipulados. V. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. Não preenchidos cumulativamente os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, mostra-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. VI. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS CONFORME TABELA DA OAB. Consoante posição firmada pela Seção Criminal e observada pela unanimidade das Câmaras deste Tribunal de Justiça, a remuneração do defensor dativo, nomeado após a declaração de inconstitucionalidade da LCE n. 155/97, deve ser fixada de forma equitativa e sem a obrigatória vinculação com a tabela de honorários da OAB/SC. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000986-77.2017.8.24.0045, de Palhoça, rel. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. 26-03-2019).*

A defesa pretende a prevalência do voto vencido do Des. Júlio Júlio César M. Ferreira de Melo, o qual votou para afastar a qualificadora do emprego de chave falsa e desclassificar a conduta imputada ao Embargante para o delito previsto no art. 155, caput, do Código Penal, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos seguintes termos (Evento n. 53):

[...]

***b) Da alegada necessidade de afastamento da qualificadora***

*No mais, quanto à qualificadora de emprego de chave falsa, requer a Defesa a sua exclusão, ao argumento de que “não foi comprovada a utilização da referida chave mixa” (fl. 137).*

***No meu entender o pleito comporta acolhimento, todavia restei vencido no ponto.***

O artigo 158 do CPP estabelece que: “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

No caso, tendo sido apreendida a chave mixa utilizada pelo Apelante (termo de apreensão de fl. 11), incumbia à Acusação ter requerido a submissão do artefato a exame pericial que atestasse sua eficiência para abrir o veículo da vítima.

Friso que só seria possível a substituição da perícia técnica por outros elementos de prova se os vestígios do crime tivessem desaparecido por completo (art. 167, do CPP), não sendo esta a hipótese dos autos, em que a chave poderia ter sido facilmente submetida à perícia.

Dessa forma, a omissão por parte do Ministério Público, em realizar prova exigida por lei, impede o reconhecimento da qualificadora. [...]

Destaco que a referida situação se difere da hipótese em que a chave falsa não foi apreendida ou, tendo sido apreendida e submetida à perícia, não deixou vestígios no veículo subtraído, situação que tornaria dispensável o exame pericial, conforme já decidi em outros casos e consoante entendimento da Corte Superior (AgRg no AREsp 886.475/SC, DJe 26/09/2016).

**Assim, dou provimento ao apelo para afastar a qualificadora de emprego de chave falsa, prevista no inciso III do §4º do art. 155 do Código Penal e, por conseguinte, para desclassificar a conduta imputada ao Apelante para o delito previsto no art. 155, caput, do Código Penal.**

No entanto restei vencido, tendo a maioria mantido a condenação pela prática do furto qualificado. [...]

## **II. Readequação da dosimetria da pena**

[...]

No mais, verifico ser possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, já que preenchidos os requisitos dispostos no art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal, conforme requerido pela Defesa. Ressalvo que a substituição seria possível, ainda que a qualificadora não tivesse sido afastada.

No caso, a pena imposta (bem como a anterior) não ultrapassa quatro anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o acusado é primário e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade e as circunstâncias do crime, reconhecidas favoráveis, indicam que a substituição é suficiente para concretização dos objetivos da sanção imposta.

Assim, considerando que a pena a ser convertida é superior a um ano, é de ser substituída por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2º, do CP), no caso, consistentes na: **prestação de serviços à comunidade, em local a ser designado pelo Juízo da execução, na razão de uma hora para cada dia de pena, e prestação pecuniária equivalente a 1 (um) salário mínimo ao tempo do ocorrido em favor da vítima.** (grifos no original).

De outra banda, para melhor compreensão, extrai-se excerto do voto vencedor, de lavra do Excelentíssimo Desembargador Getúlio Corrêa (Evento n. 67):

Quando do julgamento do presente recurso, abri divergência no tocante à manutenção da modalidade qualificada do furto, tendo sido acompanhado pela maioria, razão pela qual passo a declaração do voto vencedor.

A propósito, entende-se como prescindível a realização de exame pericial quando for possível a constatação do emprego de chave falsa por outros meios de prova, mormente quando a utilização não deixar vestígios de dano

ou arrombamento, tanto na abertura da fechadura como na ignição, de modo que, nesses casos, é dispensável o exame pericial para a caracterização da qualificadora do crime de furto, como na hipótese.

Insta salientar que, na lição de Cleber Masson chave falsa pode ser considerada:

*“qualquer instrumento, com ou sem forma de chave, de que se vale o agente para fazer funcionar, no lugar da chave verdadeira (utilizada por quem de direito), o mecanismo de uma fechadura ou dispositivo semelhante, permitindo ou facilitando a subtração do bem. O conceito de chave falsa compreende: (a) a chave copiada da verdadeira, sem autorização do seu titular; (b) a chave diferente da verdadeira, mas modificada para abrir uma fechadura; e (c) a gazua, isto é, qualquer objeto, com ou sem forma de chave, capaz de abrir uma fechadura sem arrombá-la ou destruí-la, a exemplo dos grampos, mixas, chaves de fenda etc” (Direito penal esquematizado: parte especial, vol. 2, 11ª ed. São Paulo, ed. Método, 2018, p. 412).*

[...]

*Com efeito, existem outros meios de prova aptos a demonstrar que o acusado valeu-se de chave falsa para a prática do furto, conforme verifica-se do depoimento prestado pelo policial militar Jaelson Espindola, o qual participou da ocorrência. Na fase extrajudicial relatou que “no bolso da bermuda do apelante estava a chave mixa” (0’58” da mídia de fl.20). Em juízo, ratificando o teor do depoimento prestado na delegacia de polícia, o agente esclareceu que o acusado afirmou que a chave localizada no seu bolso seria do carro dele, porém, a mesma possuía a identificação “Honda” e, segundo o agente policial, aquele modelo de chave, somente seria compatível com uma motocicleta. Ademais, esclareceu que era visível que a chave estava raspada com o intuito de ser utilizada como “mixa” (0’52” da mídia de fls. 107-108).*

*Em idêntico sentido foi o depoimento do colega de farda, Ruan Cardoso Martins, o qual em ambas as fases processuais narrou que encontraram uma chave “mixa” em poder do recorrente (0’57” da mídia de fl. 20 e 0’58” da mídia de fls. 107-108).*

[...]

*No caso concreto a utilização de chave falsa não gerou dano no veículo. Portanto, na inexistência de vestígios, torna-se despicienda a submissão da res furtiva ao exame técnico, o qual pode ser substituído por outros meios probatórios, a teor do art. 167 do CPP.*

*A propósito, colhe-se da jurisprudência do STJ:*

*“O emprego de chave falsa pode, a depender da hipótese, não deixar vestígios, como, por exemplo, quando se emprega grampo, arame ou chave de feitiço especial para a abertura de fechaduras, sem dano ou arrombamento, de modo que, nesses casos, é dispensável o exame pericial para a caracterização da qualificadora do crime de furto” (AgRg no AREsp n. 886.475, Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 13.9.2016).*

*Não é demais lembrar, no ponto, que segundo a jurisprudência do STJ “o conceito de chave falsa abrange todo o instrumento, com ou sem forma de chave, utilizado como dispositivo para abrir a fechadura, incluindo mixas” (HC n. 200.126, Min. Gurgel de Faria, Quinta Turma, j. 28.04.2015). [...]*

*Logo, mantenho a qualificadora prevista no art. 155, § 4º, III, do CP. [...]*

*Outro ponto da divergência refere-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, sobre o qual, entende-se, por maioria, que esta não se mostra medida socialmente recomendável na hipótese, mormente porque tal como consignado na sentença (mídia de fls. 107-108), o réu apresenta antecedentes certificados às fls. 17-19 de onde verifica-se que respondeu a processo de furto cuja extinção da punibilidade ocorreu em 14.07.2016 - por ter cumprido a suspensão condicional - ademais, consta a existência de processo referente a violência doméstica e, também, há dois TC’s de porte de drogas para consumo pessoal, o que demonstra sua propensão às práticas delituosas de forma que a substituição das penas não se mostra medida*

*socialmente recomendável.*

*Aliás, em igual pensar assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “as disposições do art. 44, § 3º, do Código Penal, não se aplicam ao caso, porquanto sua interpretação sistemática com o inciso III, do mesmo dispositivo legal, leva à conclusão de que valorando-se negativamente os antecedentes do paciente, a substituição das penas não se mostra medida socialmente recomendável” (STJ, HC n. 262860, Min. Nefi Cordeiro, j. 12.04.2016).*

[...]

*Diante das circunstâncias negativas (maus antecedentes), tem-se que a substituição seria insuficiente à repressão da conduta, não se mostrando socialmente recomendável, diante disso, torna-se inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos porquanto o réu não preenche os requisitos previstos no art. 44, III, do CP.*

À vista do exposto, votei pela manutenção da qualificadora do emprego de chave falsa, fixando-se a pena em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, na razão de 1/30 do salário mínimo, vigente na data dos fatos, em regime aberto, afastando-se, por consequência, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos concedida no voto do Relator.

À vista do exposto, a divergência entre os nobres colegas Desembargadores cinge-se na análise de dois pontos: **a)** afastamento da qualificadora do emprego de chave falsa no crime de furto, em razão da ausência de perícia técnica na chave apreendida; e **b)** substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

Logo, convém enaltecer que não há discussão nos autos em relação à autoria e materialidade delitivas correspondente à prática do crime de furto por parte do Embargante. O cerne da controvérsia está na dosimetria da pena a ele aplicada.

Sendo assim, diante da nulidade do julgamento anterior ter se dado somente por motivo de ausência de intimação pessoal do defensor dativo, em uma reanálise aprofundada dos autos, salvo melhor juízo, permanece o entendimento da prevalência de parte do voto vencido, provendo-se parcialmente o presente recurso, nos seguintes termos:

### **Da qualificadora do emprego de chave falsa**

Segundo a inicial acusatória, na madrugada do dia 1º de março de 2017, o acusado Maurício Ferreira da Silva, utilizando-se de uma chave falsa, subtraiu o veículo FIAT/Uno, de placas LYM-4094, de propriedade da vítima Edvaldo Moreira Júnior, que estava estacionado no Centro desta Capital e se dirigiu ao município de Palhoça, onde os policiais militares o surpreenderam no momento em que retirava as peças do veículo (pneus, forro de portas, bateria e aparelho de som), encontrando, ainda, na posse de Maurício uma chave “micha”. (Evento 16 dos autos originários).

Analisando os fatos contidos nos autos e com a devida vênia à opinião do Eminentíssimo Desembargador Júlio, entendo que o pedido não merece prosperar no ponto.

A exigência de perícia, como único meio de prova, representa prestígio ao antigo modelo da prova legal ou tarifada, no qual “a lei impõe ao juiz o rigoroso acatamento a regras preestabelecidas,



*as quais atribuem, de antemão, o valor de cada prova, não deixando para o julgador qualquer margem de discricionariedade para emprestar-lhe maior ou menor importância” (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 336).*

Esse sistema, entretanto, não se coaduna com o vigente, da livre convicção ou persuasão racional, por isso deve ser admitido com ponderação, mormente quando existirem outros elementos que refutem ou demonstrem, de maneira insofismável, a materialidade do crime.

Sobre o assunto, Paulo Rangel leciona:

*O sistema da prova tarifada que estamos analisando tem resquícios no atual Código de Processo Penal, pois, em seu art. 158 c/c art. 564, III, “b”, a lei exige exame de corpo de delito nas infrações penais que deixam vestígios, sob pena de nulidade. [...] Só o exame de corpo de delito pode não ser necessário para condenação, bem como sua ausência não impedirá a condenação se outros elementos de prova existirem. (Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 424).*

Ademais, esse é o teor do item VII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

*Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência.*

Nessa linha, a despeito das decisões em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, “*não havendo hierarquia de provas, não há ilegalidade na condenação do agravante pelo crime de furto qualificado em razão do emprego de chave falsa, com base em provas outras que não a pericial*” (ut, AgRg no AREsp 265.106/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 09/09/2013)” (AgRg no AREsp n. 720.342/DF, Min. Ericson Maranhão, j. em 4/8/2015).

A Seção Criminal, diante de temática semelhante, que envolvia igualmente o alcance do disposto no art. 158 do Código de Processo Penal, adotou o entendimento de que, “*reconhecida a qualificadora de rompimento de obstáculo por outros meios probatórios, torna-se dispensável a realização de perícia*” (Embargos Infringentes e de Nulidade n. 1002119-15.2016.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Designado Getúlio Corrêa, j. em 29/3/2017).

Esse posicionamento ainda encontra ressonância nas decisões das Câmaras Criminais desta Corte:

*APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA (CP, ART. 155, § 4º, III E IV, C/C ART. 14, II) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - INSURGÊNCIA DEFENSIVA - PRETENSA*

*ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDOTA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INVIABILIDADE - CRIME QUALIFICADO E RÉUS PORTADORES DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA - PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE CHAVE FALSA - AUSÊNCIA DE EXAME PERICIAL - PRESCINDIBILIDADE - TESTEMUNHO DE AGENTE ESTATAL E TERMO DE APREENSÃO QUE ATESTAM O EMPREGO DE CHAVE MIXA - CONDENAÇÃO MANTIDA - [...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 0009796-88.2018.8.24.0018, de Chapecó, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. em 24/9/2019, grifou-se).*

E:

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE CHAVE FALSA (CÓDIGO PENAL, ART. 155, § 4º, III). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DE AMBAS AS PARTES. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PRETENSA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA, ALIADAS AOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE DO AGENTE, ALÉM DA APREENSÃO DA RES FURTIVA EM SEU PODER. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE INDICA, COM SEGURANÇA, A PRÁTICA DO DELITO PELO ACUSADO. JUÍZO DE MÉRITO IRRETOCÁVEL. SUSCITADA **IMPRESINDIBILIDADE DE EXAME PERICIAL PARA CONSTATAR A UTILIZAÇÃO DE CHAVE “MICHÁ”**. IMPERTINÊNCIA. **PROVA ORAL E APREENSÃO DO INSTRUMENTO APTAS A SUSTENTAR A QUALIFICADORA**. [...] RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDO APENAS O INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. (Apelação Criminal n. 0000057-08.2018.8.24.0078, de Criciúma, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. em 5/3/2020, grifo-nosso)*

Com efeito, na hipótese dos autos, as testemunhas Jaelson Epindola e Ruan Cardoso Martins, policiais militares que participaram da ocorrência, afirmaram, de modo uníssono em ambas as fases da persecução penal, que encontraram uma chave mixa raspada no bolso do Embargante, a qual foi confiscada conforme o Termo de Exibição e Apreensão (Evento 1, APF11, dos autos originários). Por certo, é lícito concluir que o agente utilizou a chave falsa para conseguir abrir a porta do veículo e pilotá-lo.

Nesse quadro, em que pese a ausência de laudo pericial, diante da presença de outros elementos que suprem o exame técnico, inviável afastar a qualificadora do uso de chave falsa.

De mais a mais, sem descurar da importância da perícia e do prestígio conferido por parcela dos Tribunais, as circunstâncias do caso concreto, qual seja a inexistência ou desaparecimento dos vestígios, bem como a suficiência das demais provas coligidas, podem torná-la desnecessária e, portanto, dispensável para demonstrar a ocorrência da qualificadora.

Nesses casos, o Superior Tribunal de Justiça afasta a aventada afronta aos arts. 158 e 167, ambos do Código de Processo Penal:

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. COMPROVAÇÃO DO USO DO GARFO COMO CHAVE FALSA E INEXISTÊNCIA DE VESTÍGIOS A SEREM PERICIADOS. PROVAS TESTEMUNHAIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. A instância ordinária firmou o entendimento quanto à utilização da chave falsa, bem como sobre a prescindibilidade da perícia no caso, pois há ausência de dano na ignição e comprovação dos fatos por relatos testemunhais. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 441.920/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. em 11/12/2018, grifo nosso).*

No caso dos autos, apesar de transportado o veículo para outro local e alcançada a subtração definitiva de alguns objetos do seu interior, deixou o proprietário, Evaldo Moreira Júnior, de relatar a existência de qualquer dano na fechadura ou ignição que pudesse ser submetido à perícia.

Diante desse contexto, na trilha da jurisprudência deste Tribunal Catarinense, “é prescindível o laudo de eficiência da chave falsa, até porque a sua eficiência, na maioria das vezes, depende da destreza de quem a maneja, sendo certo, porém, que o seu emprego, a depender da hipótese, não deixa vestígios” (TJSC, Apelação Criminal n. 0007755-90.2015.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Primeira Câmara Criminal, j. 12-03-2020).”

Em complemento, observa-se o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, com o qual esta Relatora concorda integralmente (Evento 129):

*Assim sendo, cumpre-se pontuar que, ao nosso sentir, diferentemente do furto qualificado por rompimento ou destruição de obstáculo à subtração, o qual, evidentemente, ocasiona dano material perceptível ao bem ou local e, portanto, deixa sinais e vestígios materiais do crime, o modus operandi empregado pelo agente que se utiliza de chave falsa para execução da subtração nem sempre deixa vestígios materiais no bem subtraído ou no local da subtração.*

*Logo, in casu, de acordo com o contexto dos fatos, o qual, frise-se, não fora derruído pela defesa técnica, tem-se que o presente furto não deixara vestígios materiais, tendo em vista que o agente utilizou a chave para abrir o veículo e para o transportar a outro município, sendo surpreendido em posse da chave falsa enquanto retirava as peças do veículo.*

*Destarte, diante de tal constatação, entende-se que se torna despicienda a elaboração de laudo pericial, sobretudo porque a prova testemunhal em conjunto com a apreensão do instrumento em posse do acusado durante a execução do delito são elementos suficientes para o reconhecimento da qualificadora. Portanto, “diante da prescindibilidade do laudo e da certeza do uso de chave falsa, é imperioso manter a mencionada circunstância qualificadora” (TJSC, Apelação Criminal n. 0011502-73.2017.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 8-5-2018) (grifos no original).*

Sendo assim, não havendo dúvidas de que o delito patrimonial foi praticado com o emprego de chave falsa e que esta não deixou vestígios, dispensável é a prova pericial, não podendo ser acolhido o pleito defensivo para afastar a qualificadora do art. 155, § 4º, III, do Código Penal.

## Da substituição da pena corporal por restritiva de direitos

Por outro lado, satisfeitos os requisitos legais, deve prevalecer o voto vencido no que concerne à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Em análise ao voto vencedor acima transcrito, verifica-se que os motivos que levaram o Exmo Desembargador Getúlio Correa a indeferir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos resumem-se no fato de que o Embargante “*apresenta antecedentes certificados às fls. 17-19 de onde verifica-se que respondeu a processo de furto cuja extinção da punibilidade ocorreu em 14.07.2016 - por ter cumprido a suspensão condicional ademais, consta a existência de processo referente a violência doméstica e, também, há dois TC’s de porte de drogas para consumo pessoal [...]*” (Evento 67).

Compulsando os autos originais, extrai-se excerto da dosimetria da pena realizada pelo Juízo a quo na sentença condenatória do Embargante:

*“Definido o tipo penal incidente (CP, art. 155, § 4º, III), passo à aplicação da pena:*

*[...]*

*1) Da análise do art. 59 do Código Penal: a) Culpabilidade: restou demonstrada, pois o acusado, maior e mentalmente são, tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito dos fatos, com liberdade de escolha quanto ao seu proceder; b) Antecedentes: registra antecedentes criminais (fls. 17/19), mas não o são suficiente para o aumento da pena-base nesta fase; c) Conduta social: deturpada pela prática reiterada de ilícitos; d) Personalidade do agente: não há elementos no processo para aferi-la; e) Motivos do Crime: próprios do delito objetivo de lucro fácil;*

*f) Circunstâncias do Crime: normais à espécie; g) Consequências do crime: as consequências financeiras para a vítima em decorrência da subtração ilícita do seu patrimônio pelo acusado fora de monta, pois trata-se de pessoa simples, que havia despendido R\$ 2.000,00 dias antes da data do furto para arrumar o seu veículo e o recebeu parcialmente desmontado, tendo que gastar mais R\$ 600,00 para deixá-lo viável para venda, amargando, ainda, com a não recuperação do aparelho de som. Tais circunstâncias negativas ultrapassam a tipo penal e justificam o aumento da pena-base em 4 meses; h) Comportamento da Vítima: em nada contribuiu para a prática ilícita. Assim sendo, fixo a pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão e 12 dias-multa, esta fixada em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.*

*2) Das agravantes e atenuantes: Não há circunstância agravante ou atenuante da pena a serem consideradas.*

*3) Das causas de aumento e diminuição da pena: Não existe causa de aumento da pena. Portanto, resta a pena fixada em 2 anos e 4 meses de reclusão e 12 dias-multa, esta fixada em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. O regime para o cumprimento da pena é o inicialmente aberto diante da primariedade do acusado e do quantum da pena aplicada.*

Consoante destacado na própria sentença condenatória, o Embargante é tecnicamente primário, ao passo que, com todo o respeito aos argumentos lançados pelo voto vencedor, não pode prevalecer o desvalor conferido à título de maus antecedentes, o processo em que lhe foi extinta

a punibilidade em razão do cumprimento das condições impostas em suspensão condicional do processo ( autos n. 0133332-31.2013.8.24.0045), tampouco serem consideradas ações penais em andamento ou inquéritos policiais para obstar a substituição pretendida, sob pena de afronta ao princípio da presunção de inocência e ao entendimento consolidado na Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NEGATIVA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. SÚMULA 444/STJ. QUANTUM DE REPRIMENDA REVISTO. REGIME PRISIONAL ABERTO. CABIMENTO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VIABILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 3. Na suspensão condicional do processo (Lei n. 9.099/1995, art. 89), após a extinção da punibilidade, não subsiste qualquer efeito penal, não havendo se falar em reincidência, maus antecedentes ou personalidade desabonadora. Decerto, compulsando-se a folha de antecedentes criminais do paciente, infere-se ter sido ele beneficiado com a suspensão condicional do processo e, portanto, tal anotação, nos termos acima externados, não pode ser sopesada na fixação da pena-base.*

4. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.” [...] (STJ, HC n. 541.736/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. em 26/11/2019).

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 155, §4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] DOSIMETRIA. ALMEJADO O AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS NA PRIMEIRA FASE. OFENSA AO ENUNCIADO 444 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO EM DATA POSTERIOR À DO FATO EM ANÁLISE. CONDENAÇÃO CONFIGURADORA DE MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES DESTA CÂMARA. REQUERIDO O ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA E A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ACOLHIMENTO. APELANTE TECNICAMENTE PRIMÁRIO, REPRIMENDA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS E DELITO NÃO COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. PRESENÇA DE APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA QUE NÃO CONSTITUI ÓBICE PARA O DEFERIMENTO DOS PEDIDOS. CORREÇÃO, DE OFÍCIO, DE ERRO MATERIAL CONSTANTE DO DISPOSITIVO DA SENTENÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AGRAVO REGIMENTAL EM “HABEAS CORPUS” N. 142.750/RJ) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 4010335-40.2018.8.24.0000). IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001954-40.2016.8.24.0014, de Campos Novos, rel. Norival Acácio Engel, Segunda Câmara Criminal, j. 28-05-2019, grifo nosso).*

Sendo assim, afastado o óbice conferido pelos votos vencedores, o quantum da pena e a análise preponderantemente favorável das circunstâncias judiciais permitem a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Na forma do § 2º do art. 44 do Código Penal, considerando o desvalor atribuído às consequências do delito, opta-se pela substituição da pena corporal por duas medidas restritivas de direitos, uma de natureza pessoal e outra, real, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no importe de 1 (um) salário mínimo.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e acolher parcialmente os embargos infringentes.

**Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO**

**Relatora**



## PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

### **EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5023965-76.2020.8.24.0033/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ CESAR SCHWEITZER

EMBARGANTE: JEFFERSON LUIZ GREIBELER (AGRAVANTE)

ADVOGADO: THIAGO BURLANI NEVES (DPE)

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVADO)

EMBARGOS INFRINGENTES EM AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PROGNÓSTICO PENAL - PROGRESSÃO DE REGIME - INCONFORMISMO DA DEFESA - TEMPO DE CUMPRIMENTO (ASPECTO OBJETIVO) - PLEITO DE APLICABILIDADE DA NOVA REGRA TRAZIDA PELA LEI N. 13.964/2019 - DEBATE RELACIONADO À REINCIDÊNCIA - NORMA QUE INDICA FRACIONAMENTO MAIS SEVERO APENAS AOS REINCIDENTES ESPECÍFICOS - ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUE DEVE SER USADA EM SUA INTEGRALIDADE - DETERMINAÇÃO PARA QUE O JUÍZO AVALIE A LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA AO REEDUCANDO - RECURSO PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, o Egrégio Segundo Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por maioria, vencido o relator, o Desembargador ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA, o Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI e a Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER, conhecer e acolher os embargos infringentes, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 31 de março de 2021.

**Desembargador LUIZ CESAR SCHWEITZER**

**Relator**

### **VOTO**

A alteração da Lei de Execuções Penais trazida pela Lei n. 13.964/2019, especificamente no tocante aos incisos II, IV, VII e VIII do art. 112, silenciou-se quanto ao tempo dos apenados que possuem a condição de reincidentes genéricos.

Isso porque, a letra da norma não deixa margem para outra interpretação se não a de que a reincidência mencionada nos aludidos dispositivos deve ser aquela relacionada ao mesmo tipo de

delito descrito no inciso, não incidindo aquele tempo quando o reeducando já restou condenado por outros tipos de crimes.

Em sendo assim, quando aos delitos hediondos, verifica-se que a adoção de um maior fracionamento, qual seja 60% (sessenta por cento), recairá tão-somente aos reincidentes específicos em infrações penais de natureza hedionda ou equiparada, de modo que, tratando-se de apenado em condição de reincidência genérica, poderá atingir a progressão prisional nos mesmos moldes do patamar exigido aos agentes primários (fração de 2/5 ou 40% da pena).

Acerca do tema, têm-se os acórdãos paradigmas:

*AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DA DEFESA CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME EM RAZÃO DO NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. PARCIAL ACOLHIMENTO. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 40% DA PENA QUANTO AO CRIME HEDIONDO E DE 16% EM RELAÇÃO AO COMUM. APLICAÇÃO DA LEI N. 13.964/2019 “NOVATIO LEGIS IN MELLIUS” CASUÍSTICA. NECESSIDADE, CONTUDO, DE NOVO CÁLCULO COM BASE NOS PARÂMETROS MENCIONADOS, E ANÁLISE DO IMPLEMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO NA ORIGEM. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Execução Penal n. 0000711-92.2020.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Norival Acácio Engel, j. em 7-7-2020).*

No mesmo sentido:

*RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERE PROGRESSÃO DE REGIME. RECURSO DO APENADO. 1. CONDENAÇÕES DIVERSAS. CRIMES EQUIPARADOS A HEDIONDO E COMUM. PENAS DE RECLUSÃO. EXECUÇÃO CONCOMITANTE (CP, ART. 76). SOMA. 2. REINCIDÊNCIA. CONDIÇÃO PESSOAL. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. PENA TOTAL. 3. FRAÇÃO DA PROGRESSÃO. LEI 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA (LEP, ART. 112). LACUNA. 4. COMBINAÇÃO DE LEIS. APLICAÇÃO INTEGRAL. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS CASUÍSTICA. 5. CASO CONCRETO. LEI NOVA BENÉFICA. RETROATIVIDADE (CF, ART. 5º, XL, E CP, ART. 2º). 6. REQUISITO OBJETIVO. CRIMES EQUIPARADOS A HEDIONDO E COMUNS, COM E SEM VIOLÊNCIA À PESSOA OU GRAVE AMEAÇA. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. FRAÇÕES (LEP, ART. 112, I, III E V). PENA CUMPRIDA.*

*O art. 76 do Código Penal não se aplica no concurso de duas condenações à pena de reclusão, ainda que decorrentes de crimes equiparados a hediondo e comuns, devendo-se somar as reprimendas e executá-las ao mesmo tempo.*

*2. A reincidência é circunstância de caráter pessoal, passível de reconhecimento pelo juízo da execução penal mesmo quando não considerada na sentença condenatória, e estende-se a todas as condenações impostas e somadas, ainda que ao tempo de alguma delas o apenado fosse primário.*

*3. A reincidência exigida pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei 13.964/19, para o agravamento das frações de progressão de regime, é a específica em crimes da mesma natureza e, inexistente previsão quanto ao reincidente genérico, deve ser adequado à situação positivada ao condenado primário.*

*4. Não é permitido ao magistrado, diante de conflito de leis no tempo, mesclar as partes benéficas de cada*

*norma, criando uma terceira, não prevista pelo legislador; a avaliação da lex mitior acontece casuisticamente, a fim de que, a depender do resultado da aplicação na íntegra de uma ou outra, se decida pela ultra-atividade da lei revogada ou a retroatividade da lei nova.*

*5. Se, ao calcular as frações que seriam necessárias para a progressão de regime de acordo com o ordenamento antes e depois da vigência da Lei 13.964/19, verifica-se que a incidência integral desta é mais favorável ao apenado que a normativa anterior, aplica-se-a retroativamente.*

*6. Para o preenchimento do requisito objetivo correlato à progressão de regime, o apenado condenado a 1 ano pela prática de crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; a 6 anos, 2 meses e 13 dias de infração penal perpetrada com violência à pessoa ou grave ameaça; e a 5 anos pela prática de delito equiparado a hediondo; que não é reincidente específico em nenhuma destas categorias, deve resgatar, de cada uma das penas, respectivamente, 16% (1 mês e 27 dias), 25% (1 ano, 6 meses e 18 dias) e 40% (2 anos), totalizando 3 anos, 8 meses e 15 dias, não fazendo jus ao benefício se até então cumpriu 3 anos, 4 meses e 29 dias.*

*RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado de Execução Penal n. 0000433-61.2020.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 7-7-2020).*

Imperioso registrar, ainda, que muito embora seja possível aplicar os percentuais atuais quando estivermos tratando de reincidência genérica, importa assentar que a legislação deve ser aplicada na sua integralidade, e isso poderá acarretar num aumento dos percentuais relacionados aos outros delitos. Vale dizer: não há como aplicar o percentual de 40% (quarenta por cento) para os delitos hediondos, com base no novo art. 112 da LEP e, quanto aos demais crimes em execução, valer-se das frações estabelecidas antes da Lei n. 13964/19. É necessário, então, verificar qual regra é mais benéfica ao reeducando.

À vista do exposto, voto no sentido de dar provimento aos embargos infringentes, determinando que a aplicabilidade da nova regra de progressão de regime observe a necessidade de reincidência própria para cada espécie de crime, conforme descrito na fundamentação, devendo o magistrado avaliar qual legislação é mais benéfica ao reeducando.

**Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA**

**Relatora**

## **HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 5013508-50.2021.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR ARIOVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA

PACIENTE/IMPETRANTE: FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO (PACIENTE DO H.C)

PACIENTE/IMPETRANTE: DECIO FRANCO DAVID (IMPETRANTE DO H.C)

IMPETRADO: JUÍZO DA 3ª VARA DA COMARCA DE SÃO BENTO DO SUL

*HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA POSSÍVEL PRÁTICA DE CRIMES DE FURTO QUALIFICADO PELO COMETIMENTO MEDIANTE FRAUDE E COM CONCURSO DE AGENTES (ARTIGO 155, §4º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL), FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ARTIGO 297, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL) E USO DE DOCUMENTO FALSO (ARTIGO 304 DO CÓDIGO PENAL). POSTULADA REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR.

- ALEGADA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITOS PARA DECRETAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. NÃO OCORRÊNCIA. O JUÍZO A QUO, AO DECRETAR A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE, LOGROU DEMONSTRAR, COM BASE NOS ELEMENTOS CONCRETOS E OBJETIVOS EXTRAÍDOS DOS CADERNOS PROCESSUAIS, ALÉM DA GRAVIDADE DOS FATOS, QUE EXISTE A FUMAÇA DO COMETIMENTO DE DELITO (*FUMUS COMMISSI DELICTI*), DIANTE DA EXISTÊNCIA DA PROBABILIDADE DE QUE O PACIENTE PODE TER PRATICADO OS ATOS CRIMINOSOS QUE LHE SÃO IMPUTADOS. TAMBÉM, A DOUTA AUTORIDADE DITA COATORA ESPECIFICOU OS ELEMENTOS DEMONSTRATIVOS DA PERICULOSIDADE DO PACIENTE (*PERICULUM LIBERTATIS*), QUE AUTORIZAM A PRISÃO PROCESSUAL, COMO GARANTIDA ORDEM PÚBLICA, POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL, PELAS RAZÕES CLARAMENTE EXPOSTAS E QUE DECORREM DO BINÔMIO GRAVIDADE E REPERCUSSÃO SOCIAL DO CRIME. O CONTEXTO DOS FATOS ENSEJA A PERICULOSIDADE DO PACIENTE CAPAZ DE AUTORIZAR A PRISÃO PROCESSUAL, EVIDENCIADA PELO *MODUS OPERANDI* DOS DELITOS, PRATICADOS DURANTE AS ADVERSIDADES RESULTANTES DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19) E CONTRA VÍTIMAS EM CONDIÇÃO DE MAIOR VULNERABILIDADE, EIS QUE PESSOAS IDOSAS.

- ILEGALIDADE DA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PROVISÓRIA DIANTE DO RISCO INERENTE A PANDEMIA POR CORONAVÍRUS (COVID-19). NÃO VERIFICAÇÃO. O PACIENTE NÃO É PROVECTO, TEM 33 ANOS DE IDADE E NÃO HÁ MENÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DOENÇAS PREEXISTENTES.

- REALIZAÇÃO DE DISTINÇÃO DE PRECEDENTES (*DISTINGUISHING*), COM A COMPARAÇÃO ENTRE A HIPÓTESE DA PRESENTE IMPETRAÇÃO E JULGADO DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. O JULGAMENTO REFERENCIADO ASSIM COMO OUTROS CITADOS PELO IMPETRANTE SÃO CONCEITUADOS COMO PRECEDENTES PERSUASIVOS, PROFERIDOS POR ÓRGÃOS JULGADORES FRACIONÁRIOS DE TRIBUNAIS ESTADUAIS OU DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, E QUE, PORTANTO, NÃO POSSUEM FORÇA VINCULANTE. ALÉM DISSO, PARA EXPOR DETALHADAMENTE AS DISTINÇÕES EXISTENTES ENTRE O CASO DESTA IMPETRAÇÃO E TAIS PRECEDENTES, A PROPÓSITO DE MENSURAR EVIDÊNCIAS DE DIFERENCIAÇÃO, SE FAZ NECESSÁRIO ACURADO EXAME DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS, O QUE REFOGE AOS LIMITES COGNITIVOS DO *HABEAS CORPUS*.

-CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e denegar a ordem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 29 de abril de 2021.

**Desembargador ARIOVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Décio Franco David em favor de FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO, em que se aponta como autoridade coatora o Juízo da 3ª Vara da Comarca de São Bento do Sul.

Em síntese, a peça vestibular informa que o paciente se encontra preso desde 5 de março de 2021, em face de decreto de prisão preventiva, pela suposta prática dos crimes de furto qualificado pelo cometimento mediante fraude e com concurso de agentes (artigo 155, §4º, II e IV, do Código Penal), falsificação de documento público (artigo 297, *caput*, do Código Penal) e uso de documento falso (artigo 304 do Código Penal). A situação flagrancial foi homologada e convertida em prisão preventiva, sem a realização de audiência de custódia.

O impetrante argumenta que o paciente sofre constrangimento ilegal porque a decisão que decretou a prisão preventiva carece de fundamentação, além de que, inexistente justificativa válida do *periculum libertatis*. Sustenta que o paciente, diante dos predicados pessoais (primário, bons antecedentes, família constituída, residência fixa e ocupação lícita), não oferece perigo à ordem social e nem tem a intenção de frustrar as investigações criminais ou a aplicação da lei penal, porquanto se diz inocente, inexistindo fundamentos jurídicos quanto à insuficiência da aplicação de medidas cautelares autônomas. Subsidiariamente, invoca a necessidade de substituição da clausura provisória por disposições acautelatórias, diante da pandemia por Coronavírus (*Covid-19*). Pede o impetrante a realização de distinção de precedentes (*distinguishing*), com a comparação entre a hipótese da presente impetração e julgados de outros tribunais.

Após outras considerações, requer o deferimento da liminar, com a posterior concessão definitiva da ordem, para imediata revogação da prisão preventiva da paciente, ou subsidiariamente, sua substituição por medidas cautelares diversas da clausura (Evento n. 1, inicial com 29 páginas).

Indeferida a liminar e dispensada a apresentação de informações (Evento n. 10), a Procuradoria-

Geral de Justiça, em parecer do Procurador de Justiça Rui Arno Richter, opinou pela denegação da ordem (Evento n. 14).

Este é o relatório.

## VOTO

Pretende o impetrante a revogação do ato acoimado de ilegal do Juízo da 3ª Vara da Comarca de São Bento do Sul que decretou a custódia provisória do paciente em razão da possível prática de crimes de crimes de furto qualificado pelo cometimento mediante fraude e com concurso de agentes (artigo 155, §4º, II e IV, do Código Penal), falsificação de documento público (artigo 297, caput, do Código Penal) e uso de documento falso (artigo 304 do Código Penal).

A exordial acusatória oferecida pelo Ministério Público (Evento n. 1 da ação penal n. 5001702-38.2021.8.24.0058) narra assim os fatos:

Fato 1: Do crime de furto qualificado praticado em face de Mário Pensak

No dia 03 de março de 2021, em horário a ser melhor precisado no decorrer da instrução processual, no endereço localizado na Rua Estevão Buschle, n. 1522, bairro 25 de julho, nesta cidade e comarca de São Bento do Sul/SC, os denunciados FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO e RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA em coautoria com uma mulher até o momento não identificada, de forma voluntária e cientes da ilicitude de seus comportamentos, agindo em comunhão de esforços, unidade de desígnios e divisão de tarefas, mediante fraude, subtraíram para si, com ânimo de assenhoreamento definitivo, a quantia de R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), pertencente à vítima Mário Pensak.

Fato 2: Do crime de furto qualificado praticado em face de Werner Grosskopf

No dia 03 de março de 2021, em horário a ser melhor precisado no decorrer da instrução processual, no endereço localizado na Rua Carlos Grosskopf, n. 145, bairro Cruzeiro, nesta cidade e comarca de São Bento do Sul/SC, os denunciados FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO e RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA em coautoria com uma mulher até o momento não identificada, de forma voluntária e cientes da ilicitude de seus comportamentos, agindo em comunhão de esforços, unidade de desígnios e divisão de tarefas, mediante fraude, subtraíram para si, com ânimo de assenhoreamento definitivo, a quantia de R\$ 18.200,00, (dezoito mil e duzentos reais) pertencente à vítima Werner Grosskopf.

Fato 3: Do crime de furto qualificado praticado em face de Antonio Pereira de Oliveira

No dia 04 de março de 2021, em horário a ser melhor precisado no decorrer da instrução processual, no endereço localizado na Rua Moema, n. 209, bairro Cruzeiro, nesta cidade e comarca de São Bento do Sul/SC, os denunciados FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO e RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA em coautoria com uma mulher até o momento não identificada, de forma voluntária e cientes da ilicitude de seus comportamentos, agindo em comunhão de esforços, unidade de desígnios e divisão de tarefas, mediante fraude, subtraíram para si, com ânimo de assenhoreamento definitivo, a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), pertencente à vítima Antonio Pereira de Oliveira.



Fato 4: Do crime de furto qualificado praticado em face de Lúcia Grohskopf e Renato José Grohskopf

No dia 05 de março de 2021, em horário a ser melhor precisado no decorrer da instrução processual, no endereço localizado na Rua Jacob Cenin, n. 35, bairro Colonial, nesta cidade e comarca de São Bento do Sul/SC, os denunciados FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO e RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA em coautoria com uma mulher até o momento não identificada, de forma voluntária e cientes da ilicitude de seus comportamentos, agindo em comunhão de esforços, unidade de desígnios e divisão de tarefas, mediante fraude, subtraíram para si, com ânimo de assenhoreamento definitivo, a quantia de R\$ 5.059,99 (cinco mil e cinquenta e nove reais e noventa e nove centavos), pertencente às vítimas Lúcia Grohskopf e Renato José Grohskopf.

Fato 5: Do crime de furto qualificado praticado em face de Sebastião Ferreira de Lima e Anita Ferreira de Lima

No dia 05 de março de 2021, em horário a ser melhor precisado no decorrer da instrução processual, no endereço localizado na Rua Rodolfo Schlagenhauer, n. 33, bairro Schramm, nesta cidade e comarca de São Bento do Sul/SC, os denunciados FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO e RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA em coautoria com uma mulher até o momento não identificada, de forma voluntária e cientes da ilicitude de seus comportamentos, agindo em comunhão de esforços, unidade de desígnios e divisão de tarefas, mediante fraude, subtraíram para si, com ânimo de assenhoreamento definitivo, a quantia de R\$ 24.390,00 (vinte e cinco mil, trezentos e noventa reais), pertencente às vítimas Sebastião Ferreira de Lima e Anita Ferreira de Lima.

Fato 6: Do crime de associação criminosa

Em data a ser melhor apurada durante a instrução processual, mas sabendo que em data anterior ao mês de março de 2021, os denunciados FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO e RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA e uma terceira mulher até o momento não identificada, associaram-se entre si visando à prática de crimes contra o patrimônio nesta Comarca de São Bento do Sul/SC. Conforme consta do incluso procedimento, na dinâmica engendrada pelo grupo para a prática dos furtos qualificados denunciados, uma mulher até o momento não identificada era responsável por contatar as vítimas por meio telefônico, ocasião em que se identificava como sendo funcionária do banco utilizado pela vítima, afirmando que seu cartão de crédito havia sido clonado e que estariam tentando utilizá-lo para a realização de compras em algum estabelecimento comercial e, para que a vítima pudesse realizar o bloqueio, ela deveria ligar para o número que constava no verso do cartão, fazendo com que as vítimas confiassem que o alerta provinha efetivamente de seu banco.

Na sequência, quando a vítima efetuava a ligação para a operadora do cartão, os criminosos direcionavam a ligação para a mulher integrante do grupo, sendo que esta afirmava para a vítima que para que pudessem realizar o bloqueio, a vítima deveria confirmar informações de número e senha do cartão. Na mesma ocasião, a vítima também era informada que seria necessário o recolhimento dos cartões, sendo que a instituição financeira providenciaria o envio de um funcionário até a residência da vítima para resgatá-lo, informando, inclusive, o suposto nome e identificação documental do funcionário como sendo Roberto Pinheiro Guimarães, CPF n. 304.412.228-70, quando na verdade tratava-se do denunciado RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA. De posse dos cartões de crédito e sabendo também as senhas utilizadas pelas vítimas, os agentes então realizavam compras, saques e pagamentos, subtraindo quantias significativas de cada uma delas.

Para o sucesso na empreitada criminosa, apurou-se que cada um dos integrantes ficava responsável por desempenhar um papel, enquanto a mulher até o momento não identificada era responsável pelo contato inicial com as vítimas, o denunciado RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA era responsável pelo

recolhimento dos cartões e o denunciado FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO atuava como motorista do grupo, utilizando-se do automóvel para acondicionar as máquinas de cartão de crédito utilizadas pelo grupo para concretização dos furtos, bem como realizando saques com os cartões subtraídos.

Fato 7: Do crime de uso de documento falso

Nos dias 03 e 05 de março de 2021, em horários a serem melhor precisados no decorrer da instrução processual, nesta cidade e comarca de São Bento do Sul/SC, o denunciado RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA fez uso de documento público falsificado, atribuindo-se falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio, consistente na apresentação às vítimas dos fatos 1, 2, 3, 4 e 5, de uma Carteira Nacional de Habilitação que muito embora estivesse identificada com a foto do denunciado, apresentava o nome de Roberto Pinheiro Guimarães, CPF n. 304.412.228-70, fazendo-se passar por pessoa diversa [...].

Os fundamentos do decreto de prisão preventiva do paciente como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal foram delineados nos seguintes termos (Evento n. 19 dos autos do inquérito policial n. 5001418-30.2021.8.24.0058 (grifos inexistentes no original)):

[...]

2. De acordo com o prescrito no art. 310 do Código de Processo Penal, passo a apreciar a necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva ou a possibilidade de concessão de liberdade provisória.

O Representante Ministerial, em vista dos autos, postulou a conversão do flagrante em prisão preventiva (evento 15). A Defesa, por sua vez, requereu seja concedida liberdade provisória aos indiciados (evento 16).

Compartilho do entendimento de que somente em situações excepcionais, legalmente previstas, pode-se restringir a liberdade da pessoa no curso da instrução criminal, enquanto não condenada por sentença definitiva. O juiz, como garantidor de direitos, deve observar os postulados do Direito Penal Mínimo, porém, se presentes os requisitos da prisão cautelar, a segregação não afronta o consagrado princípio constitucional da presunção de inocência do acusado, entendimento esposado pela jurisprudência.

Para tanto, é necessário haver indícios suficientes de autoria, prova de existência de crime doloso e apenado com reclusão, além de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, e a configuração de ao menos um dos seguintes requisitos: a) a garantia da ordem pública, que visa evitar o cometimento de novos crimes, quando o acusado já cometeu algum crime grave ou possui muitos antecedentes penais, ou se por outra forma se evidenciar sua periculosidade; b) a conveniência da instrução criminal, quando o réu está ameaçando testemunhas, desaparecendo ou forjando provas; e c) para assegurar-se a aplicação da lei penal, quando há suspeitas de que o réu irá fugir, ou mesmo quando já fugiu.

*In casu*, a **materialidade está consubstanciada** no boletim de ocorrência, materiais apreendidos, extratos juntados e depoimentos colhidos na fase policial. Por sua vez, os **indícios de autoria delitiva estão demonstrados** pelos depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão e pelas declarações das vítimas.

**As informações constantes do caderno indiciário dão conta de que os conduzidos praticaram crimes patrimoniais contra idosos, utilizando-se de modo de agir semelhante**, qual seja: uma pessoa com voz feminina (ainda não identificada) ligou para idosos e informou ter detectado compras suspeitas; ela solicitou então informações sobre os cartões magnéticos das vítimas; estas repassaram as informações solicitadas; em

seguida, os conduzidos se dirigiram até as residências dos idosos e recolheram os cartões magnéticos com supostos problemas; em posse dos cartões, os conduzidos realizaram saques e compras em máquinas de cartões que traziam consigo.

Somente nesta semana, já foram identificadas 3 (três) vítimas dessa prática delituosa, as quais suportaram prejuízo total de cerca de R\$ 30.000,00.

Do termo de apreensão, contata-se que, **em posse dos conduzidos foi encontrada quantidade expressiva de dinheiro, máquinas de cartões de crédito, telefones celulares, além de escritos em papel, uma CNH com indícios de falsidade e uma pequena porção de droga.**

Os policiais militares responsáveis pelo flagrante declararam na Delegacia de Polícia que foram acionados para atender a ocorrência de furto e uso de documento falso; por volta de meio-dia ou 12h30, receberam a informação de que os ocupantes do veículo estariam aplicando golpes na cidade; localizado o veículo e abordados os masculinos, foram localizados 8 maquininhas de cartão, cuja propriedade não foi assumida por nenhum dos dois conduzidos; o condutor Francinaldo se disse dono da porção de droga apreendida e explicou que o dinheiro em espécie apreendido no bolso de sua calça (R\$3.100,00, em notas de R\$100,00 e R\$50,00) era proveniente das corridas de Uber que ele realizava; inicialmente Francinaldo disse que pegou Renan próximo do local da abordagem, depois ele foi se contradizendo nos relatos e afirmou que ele já conhecia Renan há mais tempo; na abordagem, foi apreendida uma CNH falsificada, com fotografia de Renan e dados de outra pessoa; até então sabe-se que houve vítimas do golpe na data de 05/03/2021 e também na quarta-feira (03/03/2021); um dos masculinos disse que eles estavam em São Bento do Sul desde quarta-feira (Francinaldo) e o outro desde terça-feira (Renan); Francinaldo mostrou os endereços em que ele havia levado Renan, locais em que a guarnição compareceu e confirmou os fatos com as vítimas; há informações de que uma moto também foi utilizada na ação delituosa; a filha da vítima Mário logrou êxito em obter a placa do veículo que eles utilizaram como transporte no golpe, inclusive ela tirou fotografia do veículo; houve a participação de pelo menos mais uma pessoa no crime, pois, segundo as vítimas, quem fazia o contato inicial era uma mulher. Os policiais declararam que, durante a abordagem e a condução, Francinaldo se contradizia muito em seus relatos, quanto a conhecer ou não previamente Renan e quanto ao trajeto que fazia como Uber entre cidades. Inicialmente Renan negou, mas, durante a condução, ele confessou ter falsificado a CNH apreendida, dizendo que pretendia impressionar uma menina. Todas as vítimas com quem a guarnição policial conversou, reconhecerem o Renan. Por fim, causou estranhamento na guarnição o fato de que, enquanto ainda atendiam a ocorrência e conduziam os masculinos para a Delegacia de Polícia, já na chegada, havia uma estagiária/advogada esperando os conduzidos, sem que se saiba como e em qual momento ela foi chamada.

A vítima Sebastião Ferreira de Lima, ouvida pela autoridade policial, declarou que sofreu um golpe na data de 05/03/2021, por volta de 8h10; recebeu ligação telefônica dando conta de que foi realizada uma compra suspeita com o seu cartão de crédito na cidade de Florianópolis; a moça avisou por telefone que um rapaz de nome “Lucas” buscaria o cartão em sua residência; em seguida, por volta de 9h ou 9h30, um rapaz foi até a sua residência e recolheu o cartão; ele chegou de moto, usava capacete escuro e máscara, aparentava ter 25 anos e trajava uma roupa esverdeada.

A vítima Mario Pensak disse que, na quarta-feira, dia 03/03/2020, sua esposa recebeu ligação telefônica sobre uma compra suspeita com seu cartão nas Lojas Americanas na cidade de Florianópolis; uma voz feminina avisava por telefone que deveria entregar o cartão, em um envelope, a um cara do banco que passaria para buscar; a feminina passou uma senha “489”, disse o nome dessa pessoa que buscaria o cartão e passou o número de CPF dele, com final “70”; em seguida, o masculino chegou à pé em sua casa, chamou-o pelo nome, mostrou aquela mesma senha e um crachá, bateu a informação do CPF final “70”. Logo em seguida à entrega o cartão, a vítima percebeu o golpe e seguiu o masculino, viu-o embarcando no banco de trás do carro (um Uno preto) perto de um mercado e o veículo com dois masculinos passando em frente

à sua casa; correu para a agência bancária, mas eles já haviam realizados saques em sua conta. A filha da vítima, logo depois, visualizou os mesmos masculinos sacando dinheiro de uma outra vítima: o masculino “do mesmo cabelinho” estava no interior da agência sacando, enquanto o outro masculino ficou “zanzando” em frente ao banco; ela tirou fotografias.

A vítima Renato José Roberto Grohskopf declarou que recebeu ligação telefônica de uma mulher que dizia ter sido realizada uma compra suspeita nas Lojas Americanas, em Florianópolis, com a utilização do cartão de sua mãe. Das declarações do depoente percebe-se que a abordagem inicial se deu da mesma forma que as demais vítimas narraram acima, até que um masculino chegou em sua residência para coletar o cartão; ele apresentou documento de identificação com foto e se identificou como “Roberto”, por volta das 10h30 da manhã de 05/03/2021. Em conversas com a vítima, ao saber que Renato e sua mãe tinham conta conjunta, o masculino então pediu os dados dos demais cartões afirmando que eles precisavam entregar todos os cartões pois “um CPF vai puxando o outro”. Por fim, o depoente viu que o masculino “Roberto” saiu a pé de sua casa, subiu a rua, mas não viu o carro que ele utilizava. No mesmo sentido, as declarações da vítima Lúcia Grohskopf corroboram tal *modus operandi*.

O conduzido RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA, ouvido pela Autoridade Policial, negou a prática delituosa e disse não haver provas contra a sua pessoa, pois esses golpes ultimamente ocorrem bastante. Disse que já conhecia Francinaldo da Internet, do aplicativo Uber, e vieram juntos, no veículo Uno preto, de São Paulo até a cidade de São Bento do Sul, nessa quarta-feira; quando chegaram, Francinaldo deixou Renan na cidade e saiu, depois voltou. Renan disse que não esteve na casa de nenhuma das vítimas, nem pegou os cartões delas e também não conhece as pessoas em cujos nomes foram realizadas compras. Por fim, Renan confessou apenas ter falsificado o documento CNH e ter conseguido os dados de Roberto (nome, CPF e RG) na internet.

**O conduzido FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO, ouvido pela Autoridade Policial, negou a prática delituosa.** Disse que não conhecia Renan e que apenas o estava levando como passageiro em seu carro; é de São Paulo, não conhece as redondezas em São Bento do Sul, mas aceitou a chamada de Renan para transportá-lo até alguns endereços nesta cidade; não prestou atenção no que ele ia fazer naquelas residências. Trabalha com transporte de pessoas, veio de São Paulo, passou por Curitiba e encontrou Renan nesta cidade de São Bento do Sul; pretendia conhecer as cidades catarinenses até chegar em Florianópolis. Renan pagou-lhe R\$ 500,00 pelas corridas nessa data, acredita que no total foram umas quatro corridas. Não tinha conhecimento das máquinas de cartão encontradas no interior do veículo; afirmou que parte do dinheiro apreendido em espécie era seu, tem costume de andar com grandes quantias de dinheiro quando vai pagar suas contas; alugou o veículo utilizado para o transporte, em São Paulo. Não sabia que Roberto era em verdade Renan e não desconfiou do proceder dele.

Os indícios de autoria decorrem da própria situação de flagrância, somada aos depoimentos dos policiais militares e da palavra das vítimas, o que retira a credibilidade, por ora, das versões apresentadas pelos indiciados.

Ouvidas inicialmente pelos Policiais Militares que atenderam a ocorrência e, na sequência, pela Autoridade Policial, as vítimas mantiveram relatos firmes e coerentes, corroborados, no tocante ao tempo e modo da ação delituosa sofrida, pelos documentos constantes dos autos.

Em situações como a presente, de crimes praticados na clandestinidade, a palavra da vítima reveste-se de especial importância, notadamente quando verossímil e harmônica com outros elementos. Vale recordar que, com base na tranquila jurisprudência catarinense, “a palavra da vítima, em crimes cometidos sem a presença de testemunhas, adquire relevante valor quando amparada por outros elementos de provas” (TJSC, 1ª Câmara Criminal, Apelação Criminal 0004187-84.2017.8.24.0075, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 13/12/2018).

No caso em apreço, verifico que estão presentes os pressupostos e fundamentos que autorizam a prisão preventiva, descritos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal.

**As penas máximas imputadas aos delitos, somadas, superam 4 (quatro) anos.** Logo, está configurado o requisito do art. 313, incisos I, do CPP.

A segregação cautelar dos indiciados se faz necessária, na hipótese, **para resguardar a ordem pública**, diante do perigo gerado pelo estado de liberdade dos imputados, **bem como para assegurar a aplicação da lei penal e por conveniência da instrução processual.**

Cumpre lembrar o conceito de ordem pública, na lição de Guilherme de Souza Nucci: *“Entende-se pela expressão a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, via de regra é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente. A garantia da ordem pública deve ser visualizada pelo binômio gravidade da infração mais repercussão social”* (Código de Processo Penal Comentado, 2ª ed., São Paulo - RT, 2003, p. 512).

Para garantir a ordem pública é necessário que o Poder Judiciário tome as medidas que estão ao seu alcance para auxiliar no combate a práticas nefastas, protegendo a sociedade contra aqueles que insistem em trilhar o caminho do crime.

In casu, a ordem pública foi atingida em razão da gravidade concreta do fato investigado, consubstanciada na natureza dos delitos em tela e nas circunstâncias do caso.

O fato alegado pela defesa, de que os indiciados mantêm residência fixa e ocupação lícita, não afasta o perigo por ele infligido nesta data contra as pessoas vítimas, a comunidade local e a sociedade em geral.

**Não se pode deixar de considerar que a empreitada criminosa denota periculosidade, uma vez que os crimes investigados trazem severos riscos à sociedade e à segurança das vítimas.** Tais fatos por certo redundam em sensação inegável de insegurança à comunidade local. Tem-se, pois, por configurada a necessidade da segregação cautelar dos representados, como forma de evitar ainda maiores ofensas à ordem pública, que já se acha abalada, a conveniência da instrução processual e garantia da aplicação da lei penal.

Impende ainda destacar que a sensação de impunidade absorvida em virtude de serem os conduzidos postos em liberdade seria ainda mais acentuada, dada a gravidade dos fatos imputados, redundando em evidente descrédito das instituições públicas. Nessa perspectiva, já se decidiu que *“no conceito de ordem pública, insere-se a necessidade de preservar a credibilidade do Estado e da Justiça, em face da intranquilidade que os crimes de determinada natureza vêm gerando na comunidade local”* (RT 594/408, p. 118).

Nesse cenário, reputo imprescindível a segregação cautelar dos conduzidos, tal como ora representa a Autoridade Policial (evento 2) e requer o Ministério Público (evento 15), sendo insuficiente para garantir a ordem pública, a instrução criminal e a aplicação da lei penal a fixação isolada das demais medidas cautelares.

Como bem pontuou o Representante Ministerial, os **conduzidos não possuem residência no distrito da culpa, vieram para São Bento do Sul para cometer os crimes acima descritos**, razão pela qual a sua soltura prematura pode tornar inócua a aplicação da lei penal no futuro. No tocante à conveniência da instrução criminal, é de se mencionar que **existem outras pessoas que participam direta (mulher que liga) e indiretamente (pessoas que cedem os nomes para as máquinas) do crime**, de forma que, a soltura dos conduzidos pode acarretar destruição de provas ou alerta a outros integrantes da organização ou associação criminosa (evento 15).

Ademais, a segregação cautelar dos conduzidos visa a conferir segurança à integridade das vítimas dos golpes, evitando ingerências no curso da instrução processual.



O douto Promotor de Justiça asseverou a necessidade de a investigação criminal se atentar, ainda, que, “*para além dos crimes já vislumbrados pela autoridade policial, existem sérios indícios de crime de organização criminosa para a prática de furto qualificado (artigo 2º da Lei 12.850/13) ou, no mínimo, associação criminosa (artigo 288 do Código Penal), além de crimes de lavagem de dinheiro (artigo 1º da Lei 9.613/98). Observa-se que uma mulher fazia o contato inicial com as vítimas, a fim de aplicar o engodo de que seria representante do banco. Não só. Nos extratos, observam-se compras recorrentes com pessoas de prenome Denis e Bárbara, que devem ser investigados também*” (evento 15).

Por tudo o que dos autos consta e o aqui exposto, torna-se imperiosa a segregação cautelar dos indiciados, como meio de prevenir a reprodução de novos fatos criminosos e acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, pois livres certamente eles poderão voltar a delinquir.

Nessa esteira, assevero que a jurisdição deve observar parâmetros de proporcionalidade, para afastar o excesso, entendido como a agressividade exacerbada aos direitos fundamentais da pessoa, e evitar a insuficiência, compreendida como a tutela ineficaz à garantia da persecução criminal, à preservação da paz pública e à tranquilidade dos demais integrantes da sociedade, que são titulares do direito fundamental à segurança pública. No caso concreto, constato a existência de equilíbrio entre os limites superior (excesso) e inferior (insuficiência), considerando que a prisão processual assegura a adequada e razoável repressão da criminalidade sem a destruição do núcleo essencial dos direitos fundamentais dos envolvidos.

Assim, observo que a decretação da prisão preventiva dos indiciados, nos termos do artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal, é medida que se impõe, haja vista que as medidas cautelares não se mostram adequadas e suficientes ao resguardo da ordem pública, ao menos por ora.

Em que pese a Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça recomendar a máxima excepcionalidade de novas ordens de prisão preventiva (art. 4º, III), no caso, por se acharem presentes os pressupostos, as condições de admissibilidade e os fundamentos autorizadores da prisão preventiva, a segregação é medida de rigor.

Por essas razões, CONVERTO em PRISÃO PREVENTIVA o flagrante lavrado contra os indiciados RENAN RICK BERNARDINO DE OLIVEIRA e FRANCINALDO DOMINGOS CORDEIRO FILHO, objetivando resguardar a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, com base no art. 312, caput, e art. 313, inciso I, do Código de Processo Penal [...].

Observo, com vênias ao impetrante, que a decisão está adequadamente motivada e satisfatoriamente fundamentada, inexistindo ilegalidade no comando construtivo.

Como se vê, na hipótese dos autos, o Juízo *a quo*, ao decretar a prisão preventiva do paciente, logrou demonstrar, com base nos elementos concretos e objetivos extraídos dos cadernos processuais, além da gravidade dos fatos, que existe a fumaça do cometimento de delito (*fumus commissi delicti*), diante da existência da probabilidade de que o paciente pode ter praticado os atos criminosos que lhe são imputados. Também, a douta autoridade dita coatora especificou os elementos demonstrativos da periculosidade do paciente (*periculum libertatis*), que autorizam a prisão processual, como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, pelas razões claramente expostas e que decorrem do binômio gravidade e repercussão social do crime.

Extraio da doutrina de Júlio Fabbrini Mirabete:



Fundamenta em primeiro lugar a decretação da prisão preventiva a garantia da ordem pública, evitando-se com a medida que o delinquente pratique novos crimes contra a vítima ou qualquer outra pessoa, quer porque seja acentuadamente propenso à prática delituosa, quer porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida [...]. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 11ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 803)

Conquanto o requisito da garantia da ordem pública já baste para a decretação da custódia cautelar, a premência é reforçada porque a ação penal está em fase inicial, sendo possível que aportem novos elementos, outras vítimas, além de coautores.

Aliás, sem a pretensão de adentrar ao mérito da causa, observo que de acordo com o conjunto fático-probatório disponível, o contexto dos fatos enseja a periculosidade do paciente capaz de autorizar a prisão processual, evidenciada pelo *modus operandi* dos delitos, praticados durante as adversidades resultantes da pandemia do Coronavírus (*Covid-19*) e contra vítimas em condição de maior vulnerabilidade, eis que pessoas idosas.

Outrossim, cabe observar que o princípio da presunção de inocência não conflita com a prisão processual, visto que esta não provém da presunção de culpabilidade, e sim de outras condições que precisam ser ponderadas, como indicativos da prática e autoria do crime, a periculosidade do agente ou os riscos que a ordem pública estaria exposta caso o executor respondesse à ação penal em liberdade. Na hipótese dos autos, como referido, as condições necessárias se encontram suficientemente delineadas e fundamentadas na decisão da instância primeva.

Ademais, são reiteradas as decisões do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de que eventuais bons predicados do paciente, como primariedade, bons antecedentes, trabalho lícito e família constituída, sozinhos não impedem a manutenção da custódia cautelar quando apontados pela autoridade judicial dados concretos e idôneos que equalizam a necessidade e adequação da medida extrema.

Quanto à substituição da prisão preventiva por medidas cautelares dispostas no artigo 319 do Código de Processo Penal entendo como inaplicável no caso, eis que tais medidas só podem ser adotadas quando ausentes os requisitos do artigo 312 do mesmo diploma legal, ou mesmo, ao se mostrarem suficientes para salvaguardar a ordem pública, o que não acredito, posto que, a gravidade do ilícito e a forma como foi perpetrado, denotam sua incompatibilidade.

Trago a colação julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONTUMÁCIA DELITIVA. NECESSIDADE DE SE INTERROMPER OU DIMINUIR A ATUAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PACIENTE QUE TENTOU SE EVADIR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal

medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em também enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, no intuito de impedir a reiteração delitiva. , que evidenciam de maneira incontestada a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, e para garantir a aplicação da lei penal, em razão de indícios de que o paciente cometeu 7 (sete) crimes de furto qualificado contra idosos, nos quais o paciente, agindo em concurso de agentes se apoderava, dos cartões bancários e senhas das vítimas, além de ter tentado empreender fuga, circunstâncias que revelam a gravidade concreta da conduta e justificam a imposição da medida extrema. Precedentes. IV - Também enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa, no intuito de impedir a reiteração delitiva. Precedentes do STF e do STJ. V - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC n. 551.028/MS, rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), j. 11/02/2020)

Noutro ponto argumenta o impetrante que o paciente preenche os requisitos para ser atendido por um dos benefícios previstos na Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Pelo que se depreende dos autos, o paciente não é provento, **tem 33 anos de idade** (nascido em 19 de dezembro de 1987, natural de Sumé/PB, com endereço residencial na cidade de São Paulo/SP) e **não há menção da existência de doenças preexistentes**.

Caberia ao impetrante demonstrar o estado de saúde debilitado e que o estabelecimento prisional onde o paciente se encontra, além de não possuir equipe médica em seu quadro de funcionários, tenha deixado de encaminhá-la para atendimento específico ou negado medicamento. Ou melhor, deveria o impetrante demonstrar que o paciente se encontra em estado crítico de saúde, que o impede de continuar o tratamento médico dentro do estabelecimento prisional, na forma preconizada pelo artigo 318, II, do CPP.

Tal prova não ocorreu aos autos, pelo que se compreende que o paciente goza de perfeita saúde ou tem doença controlada, se porventura existente, circunstância não limitante de uma vida normal, e sequer o impediu de cometer o crime grave de que é acusado.

A precariedade do sistema prisional brasileiro por si só não se presta a fundamentar a substituição da prisão preventiva por domiciliar.

Ademais a manutenção da segregação cautelar do paciente não é manifestamente ilegal a ponto de justificar a concessão de *habeas corpus* porque “[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, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20/03/2020 – grifo inexistente no original).

Por fim, pede o Impetrante a realização de **distinção de precedentes** (*distinguishing*), com a comparação entre a hipótese da presente impetração e julgado da 5ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça (HC n. 5006449-11.2021.8.24.0000, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, julgado em 18 de março de 2021).

Seguindo o entendimento de que é permitida a aplicação no processo penal, por analogia, do disposto no art. 927 do CPC/2015, diante da regra prevista no art. 3º do CPP, tenho como inaplicável no presente caso.

Dispõe o art. 927 do CPC/2015:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

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

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no **art. 10 e no art. 489, § 1º**, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Ora, o julgamento referenciado assim como outros citados pelo impetrante são conceituados como precedentes persuasivos, proferidos por Órgãos Julgadores fracionários de Tribunais estaduais ou do Superior Tribunal de Justiça, e que, portanto, não possuem força vinculante.

Também, cediço que a via estreita deste tipo de ação constitucional não se presta para o exame valorativo do conjunto fático-probatório.

Para expor detalhadamente as distinções existentes entre o caso desta impetração e tais precedentes, a propósito de mensurar evidências de diferenciação, se faz necessária acurado estudo dos elementos probatórios, o que refoge aos limites cognitivos do *habeas corpus*.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal à liberdade do paciente e evidenciado o cabimento do decreto preventivo, a solução que melhor se conforma à hipótese dos autos é a denegação da ordem.

Voto no sentido de conhecer e denegar a ordem.

**Desembargador ARIIVALDO ROGÉRIO RIBEIRO DA SILVA**

**Relator**

# AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5001156-97.2021.8.24.0020/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO CIVINSKI

AGRAVANTE: ALEXANDRO DE OLIVEIRA DA CRUZ (AGRAVANTE)

ADVOGADO: LIZIANI DE SOUSA ILADI (OAB SC039926)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (MP)

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE AGRAVO (LEP, ART. 197). INSURGÊNCIA DA DEFESA. DECISÃO QUE HOMOLOGOU PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E RECONHECEU A PRÁTICA DE FALTA GRAVE, APLICANDO AS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS. PRELIMINAR. DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. OITIVA REALIZADA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). PRÁTICA DE FALTA GRAVE. ASSEGURADOS OS DIREITOS AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. APENADO QUE JÁ SE ENCONTRAVA NO REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO DE REGIME. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. MÉRITO. NECESSIDADE DE REFORMA DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA. PAD QUE NÃO ESTÁ INSTRUÍDO COM ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CARACTERIZAR A FALTA GRAVE. PRÁTICA DA FALTA QUE SE BASEOU TÃO SOMENTE NO TEOR DA COMUNICAÇÃO INTERNA. AUSÊNCIA DE PROVAS PRODUZIDAS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, SEJA NA FASE ADMINISTRATIVA, SEJA NA JUDICIAL. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. AFASTADO O RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE E AS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS DECORRENTES. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, NO ENTANTO, SUFICIENTE PARA CONFIGURAR FALTA MÉDIA (LC 512/2011, ART. 96, IV). DESCLASSIFICAÇÃO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso, afastar a preliminar, e dar-lhe parcial provimento para desclassificar a falta grave imputada ao apenado para falta média descrita no art. 96, IV, da LCE 512/2011, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 10 de junho de 2021.

**Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI**

**Relator**

## RELATÓRIO

**Pronunciamento judicial agravado:** a juíza de direito Debora Driwin Rieger Zanini, da Vara de Execuções Penais da comarca de Criciúma, homologou o Procedimento Administrativo

Disciplinar, instaurado pela Portaria 036/2020, em desfavor de Alexandre de Oliveira da Cruz, reconhecendo a prática de infração disciplinar consistente em novo crime (LEP, art. 52), revogou 1/6 dos dias remidos e alterou a data-base para futura progressão de regime, com base nos seguintes fundamentos:

*Trata-se de procedimento administrativo disciplinar instaurado pela unidade prisional em desfavor de ALEXANDRO DE OLIVEIRA DA CRUZ para apuração de suposta falta grave por si cometida.*

*Em face da conclusão do PAD, com a devida oportunização do contraditório e da autodefesa, foram instadas as partes para manifestação.*

*O Ministério Público postulou pela punição à infração, com perda dos dias remidos e alteração da data-base para interrupção do prazo para nova progressão.*

*A defesa, por sua vez, requereu a absolvição ou a desclassificação para falta leve ou média. É o breve escorço.*

*[...].*

## 2. DA INFRAÇÃO DISCIPLINAR

*Sabe-se que “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que ‘[...] no âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde a uma falta leve, média ou grave, é do diretor do presídio, em razão de ser o detentor do poder disciplinar [...]’ (REsp n. 1.378.557/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21/3/2014).” (STJ, HC 369.256/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 27/10/2016).*

*Portanto, exercendo o controle de legalidade que cabe ao Juízo de Execuções Penais, vejo que o presente Procedimento Administrativo Disciplinar atende aos requisitos legais, porquanto foi instaurado mediante Portaria e devidamente instruído com os elementos de convicção pertinentes e o interrogatório do recluso, este na presença da defesa técnica, tudo em estrita observância ao contraditório e à ampla defesa.*

*Deve, então, ser **homologado** o PAD.*

*Apreciadas as formalidades exigidas, passa-se a analisar a conduta e suas repercussões na execução da pena.*

*Dispõe o art. 118 da LEP que: “A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave”.*

*De seu turno, o art. 52 da LEP estabelece: “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasionar subversão da ordem ou disciplina internas, sujeitará o preso provisório, ou condenado, nacional ou estrangeiro, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado [...]” (grifei)*

*No caso, os documentos do Ev. 471, Doc. 565, p. 07/08, dão conta de que, no dia 25/4/2020, o apenado foi flagrado na posse indevida de 11 caixas de bombom, 3 barras de chocolate, 5 desodorantes e 3 barras de sabonetes.*

*A revista foi motivada após o Chefe de Segurança der ouvido de outros internos que o apenado se apossava indevidamente de itens que faziam parte das compras que adentram na casa da revista, vindas do mercado fornecedor, o que se comprovou com o flagrante em questão.*

*Interrogado ao Ev. 471, Doc. 565, p. 09, exerceu sua autodefesa alegando em suma:*



*Que a acusação imputada resulta de uma caixa de bombom que sobrou e lhe foi dada pela agente Yaskra e Luíza; que, entretanto, a agente Luíza informou que [o apenado] devia deixar a caixa na casa da revista para que fosse consumida ali mesmo; que a caixa de bombom foi colocada embaixo da cortina do escâner de alimentos; que sabe que tais doações das sobras feitas pelas agentes da casa da revista eram comuns; que eram sobras efetuadas no Mercado do Alemão; Que estavam o declarante e os presos: IVO, LEONARDO MOTA, CHARLES, JOELSON e outro cujo nome não se lembra; que o apenado JOELSON não aceitou se alimentar da referida caixa de bombom, que, conforme orientação da agente Luzia, deveria ser feita após o retorno das entregas que seriam efetuadas nas*

*Galerias, e quando chegou novamente na casa da revista, foi surpreendido pela falsa acusação feita pelo preso JOELSON, que afirmou que o declarante havia roubado a caixa de bombom e colocado justamente embaixo do escâner; que a agente Dona Cléria estava também de plantão e também se aproveitou da oportunidade para comer 2 bombons da caixa; que, após tal fato, em outro dia, foram revistados os apenados que auxiliam as agentes da casa da revista e o declarante também passou pela revista e nada foi encontrado; que o declarante informa que foi feita uma revista em sua cela e possuía 11 caixas de bombom que eram de sua propriedade, além de 3 barras de chocolate, 5 desodorantes e 30 sabonetes; que o apenado está preso há 9 anos, sendo regalia há mais de 7 anos, e durante todo esse tempo nunca teve nenhum incidente contra si; que sua família sempre lhe traz compras, bem como as faz diretamente no Mercado do Alemão; que sempre tem dinheiro em seu pecúlio; que é viciado em doce; que sempre realiza troca de chocolate, doces com os demais apenados em troca de produtos de higiene, de alimentação, material de cama (lençol, fronhas) e também por corte de cabelo; que, durante sua permanência na Penitenciária Sul, comprou umas 6 ou 7 máquinas de corte de cabelo; que os sabonetes que estavam acumulados eram de sua propriedade, isso porque os que compra do Alemão são somente para o banho, e os que são trazidos pela família “os que foram apreendidos” são mais cheirosos e os são utilizados para perfumar roupas e a cela; que sua função de regalia era na Copa e que nunca ajudou nas compras dos familiares, tendo ajudado poucas vezes na compra do Alemão, em razão de o regalia responsável ter se machucado; que as únicas vezes em que levou algo para sua cela (resto de bolo, frango, restos de comida da cozinha) foi com a devida autorização dos agentes; que não teria necessidade de fazer qualquer tipo de furto; que deseja que as filmagens sejam apresentadas para comprovação de sua inocência; que no mesmo mês comprara 4 dos 5 desodorantes encontrados em sua cela.*

*Foram também inquiridas testemunhas.*

*Assim declarou o apenado EMÍLIO ROSA DE FREITAS (Ev. 471, Doc. 566, p. 01):*

*Que estava na mesma cela de Alexandro; que o apenado Alexandro tinha o hábito de trocar chocolates por outros produtos; que inclusive já tinha feito trocas com ele; que soube que Alexandro tinha uma máquina de cortar cabelo; Que não lembra se Alexandro cobrava por corte de cabelo e que fazia para ajudar; Que tem conhecimento que a família de Alex sempre vinha lhe visitar e trazia consigo pertences, inclusive doces; que tem conhecimento de que Alex comprava produtos do Mercado do Alemão; que é comum acumular sabonetes para perfumar as roupas; que sabe que Alex era regalia na cozinha dos agentes; que a marca dos sabonetes que ingressam pelos familiares é diferente da marca dos que entram pelo Mercado do Alemão; que lembra que trocou uma caixa de bombom com Alex agora em abril por outros produtos; que tem conhecimento de que o apenado Alex efetuou trocas de produtos por caixas de bombons com outros apenados da mesma cela; que nunca conversou com a advogada de Alex, sendo suas declarações a verdade dos fatos.*

*E, também, JUCINEI JOAQUIM (p. 04 do mesmo documento):*

*Que estava na mesma cela de Alexandro; que o apenado Alexandro tinha o hábito de trocar chocolates por outros produtos; que, inclusive, já tinha feito trocas com ele; que tem conhecimento de que o apenado Alexandro tinha uma máquina de cortar cabelo; que não se lembra se o apenado Alexandro cobrava o corte de cabelo por troca de doces, mas que o próprio declarante havia comprado uma barra de chocolate e uma caixa de*

*bombons como forma de agradecimento pelos préstimos do colega de cela; que também lembra que trocava com o apenado incidentado prestobarbas e sabonetes por doces correspondentes ao mesmo valor; que tem conhecimento de que a família de Alex vinha lhe visitar sempre e trazia consigo pertences, inclusive doces; que tem conhecimento de que Alex comprava produtos no Mercado do Alemão; que é comum acumular sabonetes para perfumar as roupas e que inclusive tem esse hábito; que sabe que Alex era regalia na cozinha dos agentes; que a marca dos sabonetes que ingressam pelos familiares é diferente da marca dos que entram pelo Mercado do Alemão; que nunca conversou com a advogada de Alex, sendo suas declarações a verdade dos fatos.*

*Contudo, a justificativa trazida não tem o condão de modificar o que restou apurado até então, especialmente porque a comissão disciplinar foi clara ao destacar, em seu parecer conclusivo (p. 03/06 do Doc. 580 do Ev. 471) que a revista somente foi feita em virtude de reclamações de apenados da movimentação exagerada de produtos por parte de Alexandro.*

*Inclusive, atestou que somente é permitido aos apenados comprar uma caixa de bombons por ano, e somente quando há datas comemorativas, isto é, nos meses de abril (Páscoa) e dezembro (Natal) - e o apenado possuía 11 (onze) delas. Outrossim, deixou claro que é vedada qualquer comercialização entre presos.*

*No mais, restou claro que não poderia acumular tamanha quantidade de itens, o que revela estar se apossando de mercadorias que não lhe pertenciam de modo a influenciar negativamente o alojamento.*

*Acerca da prática de novo crime durante o cumprimento da pena, o Pretório Excelso destaca que “[...] mesmo que não haja sentença passada no processo a que responde, importa anotar que A Lei de Execução Penal não exige o trânsito em julgado de sentença condenatória para a regressão de regime, bastando, para tanto, que o condenado tenha ‘praticado’ fato definido como crime doloso (art. 118, I da LEP).” (HC nº 97.218, Relª. Minª. Ellen Gracie).*

*O STJ prescreve, em seu enunciado de Súmula nº 526: O reconhecimento de falta grave decorrente do cometimento de fato definido como crime doloso no cumprimento da pena prescinde do trânsito em julgado de sentença penal condenatória no processo penal instaurado para apuração do fato.*

*Ressalto que o julgamento das ADCs nº 43, 44 e 54 pelo Supremo Tribunal Federal em nada modifica a questão, haja vista que o provimento e a ratio decidendi dizem respeito única e exclusivamente à execução provisória da pena após julgamento condenatório colegiado do processo-crime sem decretação de prisão preventiva, sem abarcar, em momento algum, a possibilidade de reconhecimento de infração disciplinar em sede de execução penal.*

*Assim, o **RECONHECIMENTO** da falta grave é medida de se impõe, na forma do artigo 52 da LEP.*

*Uma vez apurada a falta grave, devem ser aplicadas as **sanções** dela decorrentes, consistentes na regressão de regime, perda de remição e modificação da data-base para nova progressão, nos termos da Lei de Execuções Penais:*

*Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade **ficará sujeita à forma regressiva**, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:*

*I - **praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;***

*II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).*

*§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.*

*§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.” [...]*

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar **até 1/3 (um terço) do tempo remido**, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

No caso, como já se encontrava no regime fechado, determinar-se-á a **interrupção** do prazo para nova progressão de regime em seu favor, ex vi do artigo 52, c/c artigo 118, I, ambos da Lei de Execuções Penais.

A prática de infração disciplinar inaugura novo marco na execução da pena do recluso, de modo que deve ocorrer a **fixação de data-base para nova progressão no dia da infração disciplinar**. Trata-se de decorrência lógica do sistema regressivo. Por isso, mesmo quando o reeducando está em regime fechado, como não há regime mais gravoso, opera-se apenas a interrupção acima referida. Veja-se:

[...] **FIXAÇÃO DA DATA-BASE PARA CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. ÚLTIMA PRISÃO. NÃO ACOLHIMENTO.** A data-base a ser considerada, para o cálculo de novos benefícios, na hipótese de falta grave, é a partir da data do cometimento desta, ou seja, **ao ser cometida falta grave no curso do cumprimento de pena privativa de liberdade, a partir da data de seu cometimento é que começa a nova contagem para a obtenção de novos benefícios.** RECURSO NÃO PROVIDO.” (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0016563-98.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 22-09-2016 – grifei).

Doutra parte, se praticada a infração de **fuga ou enquanto estava em regime aberto**, a interrupção no cumprimento da pena impõe que a data-base seja fixada **no dia do reingresso à prisão**.

A perda de remição, doutro rumo, exige deliberação acerca da fração a ser aplicada.

Com efeito, a partir da edição da Lei nº 12.433/2011, o art. 127 da LEP passou a vigorar com a redação acima descrita, determinando que a fração a ser perdida deve ser de “até 1/3 (um terço)”.

Logo, a norma passou a prever patamar máximo para a fração a ser revogada, sem estabelecer limite mínimo e tampouco critério para a fixação. Dessarte os critérios passam a ser aqueles elencados no art. 57, da LEP, em interpretação sistemática: “Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.”

Quanto à **natureza da infração disciplinar**, obtempero que se trata da circunstância que merece maior relevo para a sanção. Com efeito, se o jus puniendi deve se pautar precipuamente pelo Direito Penal do Fato, o mesmo deve se dar na seara administrativa da Execução Penal. Portanto, a título de exemplo, da mesma forma que um homicídio não pode ser punido com a mesma intensidade que um furto, a participação em uma rebelião não merece a mesma sanção de um simples desobedecimento de uma ordem.

Desta forma, ressalto que a prática de nova infração penal revela intensa rebeldia e insuficiência da sanção estatal no que tange à prevenção especial e ressocialização até o momento, pois, depois de sofrer parte da punição que lhe cabia, optou por tornar à vida do crime, razão pela qual a punição deve ser recrudescida.

Os **motivos** narrados em sua defesa não encontram respaldo probatório e, ainda assim, não justificam a conduta.

As **circunstâncias** são inerentes à espécie de falta grave tratada.

As **consequências** não extrapolaram a normalidade da conduta infracional.

Descabem maiores considerações acerca da **pessoa do apenado**.

Por fim, no que toca ao **tempo de pena**, está cumprindo pena há tempo considerável. Deste modo, deveria ter introjetado até o momento da infração valores mínimos de ressocialização, mas a presente falta grave demonstra o contrário.

Sopesando tais elementos, concluo que deve-se aplicar a fração de 1/6 (um sexto) para revogação dos dias remidos anteriormente à infração disciplinar.

Ante o exposto:

a) **DECLARO REMIDOS 22 (vinte e dois) dias** de pena.

b) Considerando que o último cálculo judicial elaborado no sistema eproc bem considerou os dados penais e acertadamente aplicou as frações acima, **HOMOLOGO-O** para todos os efeitos referentes à execução da pena de **ALEXANDRO DE OLIVEIRA DA CRUZ**.

c) **HOMOLOGO** o Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) instaurado pela Portaria nº 036/2020, em desfavor de **ALEXANDRO DE OLIVEIRA DA CRUZ**, por atendidas as exigências legais dos arts. 59 e ss. da Lei de Execuções Penais, reconhecendo a prática de infração disciplinar consistente em **novo crime na data de 25/4/2020**, nos termos do art. 52 da LEP.

d) **DETERMINO A INTERRUPÇÃO** do prazo para contagem dos novos benefícios, haja vista que já se encontrava em regime fechado, com fincas no art. 52 c/c art. 118, I, ambos da LEP.

e) **REVOGO** a fração de 1/6 (**um sexto**) da remição a que teria direito até o dia da infração disciplinar em apreço, conforme motivação insculpida no corpo da presente decisão, forte nos arts. 127 e 57 da LEP.

f) **FIXO** a data-base no dia 25/4/2020. [...] (evento 513 dos autos originários - em 23-11-2020).

**Recurso de Agravo de Execução Penal:** o apenado, por intermédio da sua Defensora constituída (evento 534 dos autos originários), interpôs recurso e argumentou:

a) a existência de cerceamento de defesa, diante da ausência de audiência de justificação, “uma vez que poderiam ser solicitadas provas que culminariam com a não homologação do PAD, bem como todos os demais esclarecimentos feitos diretamente ao apenado”;

b) a ausência de prova de materialidade da falta grave, pois, “em que pese a Comunicação Interna, conforme informado pela direção da Penitenciária Sul de Criciúma, não fora registrado boletim de ocorrência em desfavor do apenado, em relação aos fatos tratados no PAD, assim ausente a comprovação do suposto crime; tampouco há identificação do delito, em tese, praticado pelo apenado;

c) os produtos apreendidos na cela do agravante são de sua propriedade, não havendo falar de apropriação indevida de qualquer forma, inclusive a defesa solicitou a oitiva de outros apenados, a fim de comprovar o alegado, mas que foram limitados a 2 (dois);

d) a função de regalia do apenado dava-se na copa e não no recebimento de compras do Mercado Alemão, sendo que nesta função ajudou apenas duas vezes a pedido de algum servidor do estabelecimento prisional”.

Requeru o conhecimento e provimento do presente recurso a fim de reformar a decisão impugnada, convertendo-se o julgamento em diligência para que sejam verificadas as listas de compras dos demais detentos da cela em que se encontrava o apenado Alexandre. Subsidiariamente, para que seja declarada a nulidade da decisão ou não seja homologado o Procedimento Administrativo Disciplinar (evento 14, Eproc/PG - 26-4-2021).

**Contrarrazões:** o Ministério Público do Estado de Santa Catarina impugnou os argumentos apresentados sob o fundamento de que:

a) “considerando que, no curso do Procedimento Administrativo Disciplinar, o reeducando foi ouvido na presença de seu defensor constituído, entende-se desnecessária a sua oitiva mediante audiência de justificação”;

b) “com acerto laborou o Juízo a quo ao proferir a decisão do Ev. 513, uma vez que o reconhecimento da falta grave está plenamente justificado e amparado pela doutrina e pela jurisprudência. Da mesma forma, correta a fixação de nova data-base, pois se comprovou que o agravante frustrou os fins que norteiam a execução da pena”.

Postulou a manutenção da decisão objurgada (evento 17, Eproc/PG - 3-5-2021).

**Juízo de retratação:** a juíza de direito Debora Driwin Rieger Zanini manteve a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos (evento 19, Eproc/PG - 4-5-2021).

**Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:** o procurador de justiça Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (evento 12 - em 18-5-2021).

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.

### Da preliminar

A defesa alega a existência de cerceamento de defesa, diante da ausência de audiência de justificação.

Não se olvida que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que a falta de oitiva judicial do apenado deságua em nulidade quando se determine a regressão definitiva de regime prisional - diferentemente do presente caso, em que o reconhecimento da falta grave não resultou na alteração do regime prisional do apenado, mas, apenas, na perda dos dias remidos e alteração da data-base para a concessão de futuros benefícios, salvo para fins de livramento condicional, comutação de pena ou indulto.

Nesse sentido, colhe-se esclarecedor julgado:

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 118, § 2º, DA LEP. FALTA GRAVE COMETIDA EM REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO. AUDIÊNCIA*



DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE.

1. O entendimento manifestado pela Corte a quo está em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça **quanto ao caráter prescindível da audiência de justificação judicial nas hipóteses em que não há a regressão de regime do apenado.**

2. [...] **a audiência de justificação estabelecida no art. 118, § 2º, da Lei de Execução Penal somente é necessária para fins de regressão de regime, o que não ocorreu na espécie** (HC n. 394.392/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 21/8/2017). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1729038/RO, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 22-5-2018, v.u.). (grifou-se)

No entanto, esta Câmara Criminal firmou posicionamento no sentido de que, em razão da instauração do Procedimento Administrativo Disciplinar, no qual se observa a ampla defesa e o contraditório, a audiência de justificação torna-se ato dispensável para o reconhecimento da falta grave, inclusive em caso de regressão definitiva para regime mais gravoso. Veja-se:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A DECISÃO QUE RECONHECEU A FALTA GRAVE, DETERMINOU A REGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL, DECLAROU A PERDA DE 1/3 (UM TERÇO) DOS DIAS REMIDOS E ALTEROU A DATA-BASE PARA FUTUROS BENEFÍCIOS. PLEITO DE NULIDADE DO DECISUM ANTE A AUSÊNCIA DE OITIVA DO APENADO EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD) QUE RESPEITOU OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. OPORTUNIZADA A OITIVA DO APENADO NA ESFERA ADMINISTRATIVA EM ATO ACOMPANHADO POR DEFENSOR. PRESCINDIBILIDADE DE NOVA OITIVA EM JUÍZO. DECISÃO MANTIDA INCÓLUME. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Nos casos em que o reconhecimento da falta disciplinar tenha sido precedido do respectivo Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), instaurado pelo gerente do estabelecimento prisional, e a oitiva do apenado foi garantida administrativamente, inclusive assistido por defesa técnica, mostra-se prescindível a realização da audiência de justificação e, conseqüentemente, da nova oitiva do apenado, anteriormente à homologação da falta grave (Agravo de Execução Penal 0005331-66.2018.8.24.0008, de Blumenau, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 16-8-2018, v.u.).

Com base no voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, ao apreciar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.378.557/RS, não é possível concluir de forma diversa. Destacam-se excertos da decisão:

[...] constata-se que a Lei de Execução Penal não deixa dúvida ao estabelecer que todo o “processo” de apuração da falta disciplinar (investigação e subsunção), assim como a aplicação da respectiva punição, é realizado dentro da unidade penitenciária, cuja responsabilidade é do seu diretor, porquanto é quem detém o exercício do poder disciplinar.

Somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional.



[...] Com a oitiva do apenado, prevista no art. 118, inciso I e § 2º, da LEP, em Juízo, torna-se desnecessário o referido procedimento administrativo?

Para responder essa questão, mostra-se necessário analisar o referido preceito legal, que dispõe:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).

§ 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.

§ 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado.

Como visto, o dispositivo legal em comento determina que o apenado deverá ser ouvido previamente antes de ser regredido definitivamente de regime, visando dar cumprimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nas hipóteses em que: 1) praticar fato definido como crime doloso; 2) cometer falta grave; 3) sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena torne incabível o regime; e 4) se frustrar os fins da execução ou não pagar, quando possível, a multa cumulativamente imposta.

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

**Impende ressaltar, por oportuno, que, não obstante a decisão de regressão seja da competência do juiz da execução, o preceito normativo sequer determina que essa oitiva prévia seja pessoal, em audiência específica para tal finalidade.**

No Estado de São Paulo, por exemplo, por ocasião do 1ª Encontro de Execução Criminal e Administração Penitenciária, realizado na cidade de Mogi das Cruzes, em que participaram todas as autoridades responsáveis pela execução penal, ficou estabelecida a seguinte diretriz:

ENUNCIADO 7. A oitiva do sentenciado, a que se refere o artigo 118 da Lei de Execuções Penais, pode ser feita por escrito ou realizada pelo diretor da unidade prisional, na presença de advogado.

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

Somente após todo esse procedimento é que o diretor do estabelecimento prisional representará ao juiz da execução para que aplique as sanções disciplinares de sua competência, dentre elas, **quando for o caso, a regressão de regime, ocasião em que o apenado deverá ser previamente ouvido, por meio de sua defesa técnica** (REsp 1378557/RS, Terceira Seção, j. 23-10-2013, m.v.). (grifou-se)

Como se vê, a previsão legal objetiva conceder ao apenado a oportunidade de apresentar sua versão sobre a conduta faltosa (autodefesa), o que evidentemente é possível acontecer no procedimento administrativo. De todo modo, em Juízo, nada obsta que sua oitiva seja por meio de sua defesa técnica.

Além do mais, pode o juiz, de ofício, determinar a prévia oitiva pessoal do reeducando; assim como é possível que a Defesa e/ou o Ministério Público postulem fundamentadamente a realização do ato, isto é, com base em motivação concreta, cabendo ao magistrado à análise da sua (im) prescindibilidade na hipótese.

No caso, a advogada constituída do apenado não postulou a realização da oitiva judicial. O apenado, por sua vez, exerceu a autodefesa no bojo do procedimento administrativo e a defesa técnica apresentou alegações finais tanto na fase administrativa quanto na judicial, oportunidade em que pode pleitear a produção de outras provas.

Por isso que, em Juízo, não há necessidade de nova oitiva do reeducando em audiência de justificação, pois, quando os atos foram realizados na esfera administrativa, o contraditório e a ampla defesa foram devidamente assegurados.

Por essa razões, rechaça-se a prefacial aventada.

Por derradeiro, apesar de formulado pela defesa como pedido de conversão do julgamento em diligência, verifica-se que fundamentou no indeferimento da oitiva de todas as testemunhas arroladas, o que, em tese, configuraria cerceamento de defesa.

Na hipótese, dos sete testigos arrolados, foi deferida a oitiva de apenas dois deles. A autoridade administrativa, no entanto, não arrouzou sua decisão.

Por ocasião de suas alegações finais na etapa judicial, a defesa apresentou idêntico pedido ao que consta no recurso interposto, mas sobre ele especificamente o Juízo a quo permaneceu silente, tendo constado genericamente a ausência de nulidade no procedimento disciplinar.

Todavia, na lógica no art. 282, § 2º, do NCPC, “em se tratando de nulidade, cabe observar subsidiariamente o Código de Processo Civil. Podendo o órgão julgador decidir a matéria de fundo a favor da parte a quem aproveitaria a declaração de nulidade, deve fazê-lo deixando de implementar esta última.” (STF, HC 98664, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 23-2-2010).

Assim, em que pese o indeferimento desprovido de fundamentação configure nulidade, deixa-se de acolher o pedido defensivo, uma vez que, como se verá adiante, a decisão merece reforma, por ausência de prova acerca da materialidade da falta grave.

### **Do mérito**

É sabido que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, sob o rito de recurso repetitivo, do Recurso Especial 1.378.557/RS, decidiu que, “para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de

procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado» (REsp 1378557/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 23-10-2013, m.v.).

Ainda, de acordo com o referido entendimento sufragado no Superior Tribunal de Justiça, é incumbência do

*[...] diretor do estabelecimento prisional apurar a conduta do detento, identificá-la como falta leve, média ou grave, aplicar as medidas sancionatórias que lhe compete, no exercício de seu poder disciplinar, e, somente após esse procedimento, quando ficar constatada a prática de falta disciplinar de natureza grave, comunicar ao juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízo daquelas já aplicadas pela autoridade administrativa. [...] somente se for reconhecida a prática de falta disciplinar de natureza grave pelo diretor do estabelecimento prisional, é que será comunicado ao juiz da execução penal para que aplique determinadas sanções, que o legislador, excepcionando a regra, entendeu por bem conferir caráter jurisdicional. **Portanto, a competência do magistrado na execução da pena, em matéria disciplinar, revela-se limitada à aplicação de algumas sanções, podendo, ainda, quando provocado, efetuar apenas controle de legalidade dos atos e decisões proferidas pelo diretor do presídio, em conformidade com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF/1988, art. 5º, inciso XXXV) (REsp 1378557/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 23-10-2013, m.v.).***  
(grifou-se)

Em outras palavras, no âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, ou seja, verificar se a conduta corresponde à uma falta leve, média ou grave, é do diretor do presídio, em razão de ser o detentor do poder disciplinar. Ao Judiciário, portanto, cabe apenas aferir a legalidade do procedimento e, se for o caso, aplicar as sanções que exigem observância à cláusula de reserva de jurisdição.

O respectivo posicionamento foi, inclusive, sumulado por aquela Corte de Justiça, conforme o enunciado 533 da súmula de jurisprudência do STJ, segundo a qual, “*Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado*”.

Há muito este relator vem se posicionando no sentido de que, para o reconhecimento de falta grave cometida por reeducando que não se encontra submetido à autoridade prisional, é desnecessária a instauração de procedimento administrativo disciplinar, bastando a realização de audiência de justificação, solenidade que assegura o direito de defesa ao apenado. (vide: Agravo de Execução Penal 0000397-43.2019.8.24.0004, de Araranguá, de minha relatoria, Primeira Câmara Criminal, j. 21-3-2019, v.u.).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal foi além e no julgamento do Recurso Extraordinário 972.958/RS, em sede de repercussão geral (Tema 941), fixou a tese de que «*a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do*

*Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.” (RE 972.598/RS, Rel. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. em 4-5-2020, m.v.).*

Com isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem readequando-se ao entendimento vinculante proferido pela Suprema Corte:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL. ADEQUAÇÃO. REJULGAMENTO DO RECURSO.*

*1. Nos termos dos arts. 1.030, II, e 1.040, II, do CPC/2015, deve o órgão julgador reapreciar o recurso cuja conclusão divergiu da orientação do Supremo Tribunal Federal em repercussão geral.*

*2. Hipótese em que a Corte Constitucional, no julgamento do RE n. 972.598 RG/RS, sob a sistemática da repercussão geral, firmou o entendimento de que “a oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena” (Tema 941/STF).*

*3. Levando-se em conta que, no caso concreto, a falta grave foi aplicada mediante a realização de audiência de justificação, com oitiva do apenado na presença do Ministério Público e de defensor, não há que se falar em Processo Administrativo Disciplinar para a respectiva apuração.*

*4. Superada a orientação firmada no recurso representativo de controvérsia ( Resp 1.378.557/RS), bem como na Súmula 533 do STJ.*

*5. Agravo regimental provido, em juízo de retratação, para não conhecer do habeas corpus, mantendo, assim, o acórdão proferido pela Corte de origem, que reconheceu a falta grave praticada pelo apenado (fuga empreendida em 18/2/2017, com recaptura em 21/2/2017 na Comarca de Pitanga/PR). (AgRg no HC 442.560/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2021, v.u.) (grifou-se)*

*PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. HOMOLOGAÇÃO DE FALTA GRAVE. INEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. RE 972.598/RS. REPERCUSSÃO GERAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, ao apreciar o Tema n. 941 (RE n. 972.598/RS, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 4/5/2020, ata de julgamento publicada em 12/5/2020), fixou a tese de que, havendo a oitiva do apenado perante o Juízo da Execução, em audiência de justificação, com a presença do defensor e do Ministério Público, não se exige a realização de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar, o que supriria, inclusive, eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no referido PAD.*

*2. Desse modo, possuindo efeito vinculante, aplica-se o mencionado paradigma ao presente caso, uma vez que “a jurisprudência do STJ e do STF firmou entendimento no sentido de ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de recurso repetitivo ou de repercussão geral” (AgInt nos EDcl no REsp 1.146.036/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/8/2018, DJe 22/8/2018).*

*3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 592.270/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA*

*TURMA, julgado em 09/02/2021, v.u.) (grifou-se)*

*RECURSO EM HABEAS CORPUS. FALTA GRAVE. REGIME SEMIABERTO HARMONIZADO. REGRESSÃO DE REGIME. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DESNECESSIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 941. DECISÃO FUNDAMENTADA. RAZOABILIDADE. DESCUMPRIMENTO REITERADO DA REGRAS ESTABELECIDAS PARA O MONITORAMENTO ELETRÔNICO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. APRECIÇÃO DOS MOTIVOS DO DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS. RECURSO IMPROVIDO.*

*1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 972.598/RS (Tema 941 da repercussão geral), em sessão plenária virtual finalizada em 30/4/2020, fixou a seguinte tese: A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena.*

*2. Em conformidade com o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, não se verifica a ocorrência de manifesta ilegalidade se a audiência de justificação for realizada na presença do defensor e do Ministério Público, na qual tenha sido assegurado os preceitos constitucionais do devido processo legal e o regular exercício do direito do contraditório e da ampla defesa.*

*3. Não se verifica manifesta ilegalidade na regressão de regime prisional, devidamente fundamentada na prática de falta grave, nos termos do art. 50, VI, c/c o 39, V, e 146-C, todos da LEP, tendo em vista o descumprimento reiterado das regras estabelecidas para o monitoramento eletrônico, tendo o reeducando violado por 111 vezes o perímetro estabelecido.*

*4. Estando devidamente fundamentada, com base na prova dos autos, a aplicação da falta grave pela Corte de origem, a pretendida revisão do julgado, com a análise dos motivos do descumprimento das regras estabelecidas para o monitoramento eletrônico, demandaria o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.*

*5. Recurso em habeas corpus improvido.*

*(RHC 135.013/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, v.u.) (grifou-se)*

No caso, a falta grave imputada ao apenado, consistente na prática de fato previsto como crime doloso (LEP, art. 52), foi apurada por meio do Procedimento Administrativo Disciplinar 036/2020, isso porque, em 25-4-2020, durante inspeção interna no alojamento Enfermaria, foram encontrados nos seus pertences 11 caixas de bombom, 3 barras de chocolates, 5 desodorantes e 30 barras de sabonete.

Após a instrução do incidente disciplinar, o Conselho Disciplinar entendeu pela caracterização da falta disciplinar prevista no art. 50, I, da Lei de Execução Penal. Corroborando o referido parecer, o Diretor da Penitenciária Sul reconheceu a prática de falta grave em desfavor do agravante. Com a remessa do Procedimento Administrativo Disciplinar ao Juízo da Execução Penal responsável, este, após manifestação das partes, homologou o procedimento, reconhecendo a falta grave prevista no art. 52 da Lei de Execução Penal e aplicou as sanções decorrentes.



No entanto, com a devida venia, a decisão merece reforma, por ausência de prova acerca da materialidade da falta grave, porquanto não foram produzidos elementos suficientes, especialmente sob o crivo do contraditório, para fundamentar o reconhecimento da falta grave pelo recorrente.

Segundo consta na Comunicação Interna 526/2020, a revista, na qual foram encontrados nos pertences do apenado 11 caixas de bombom, 3 barras de chocolates, 5 desodorantes e 30 barras de sabonete, foi realizada após a oitiva dos demais internos alojados no mesmo alojamento do insurgente, que relataram que este estava se apropriando indevidamente de produtos vindos do mercado fornecedor.

Considerando que a defesa e a acusação não se insurgem quanto à reprodução da prova oral pelo Juízo de origem na decisão, para evitar tautologia, integra-se ao presente acórdão, mormente porque em harmonia com a verdade processual (EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 5.2.2013, v.u.):

*Interrogado ao Ev. 471, Doc. 565, p. 09, exerceu sua autodefesa alegando em suma:*

*Que a acusação imputada resulta de uma caixa de bombom que sobrou e lhe foi dada pela agente Yaskra e Luíza; que, entretanto, a agente Luíza informou que [o apenado] devia deixar a caixa na casa da revista para que fosse consumida ali mesmo; que a caixa de bombom foi colocada embaixo da cortina do escâner de alimentos; que sabe que tais doações das sobras feitas pelas agentes da casa da revista eram comuns; que eram sobras efetuadas no Mercado do Alemão; Que estavam o declarante e os presos: IVO, LEONARDO MOTA, CHARLES, JOELSON e outro cujo nome não se lembra; que o apenado JOELSON não aceitou se alimentar da referida caixa de bombom, que, conforme orientação da agente Luzia, deveria ser feita após o retorno das entregas que seriam efetuadas nas Galerias, e quando chegou novamente na casa da revista, foi surpreendido pela falsa acusação feita pelo preso JOELSON, que afirmou que o declarante havia roubado a caixa de bombom e colocado justamente embaixo do escâner; que a agente Dona Cléria estava também de plantão e também se aproveitou da oportunidade para comer 2 bombons da caixa; que, após tal fato, em outro dia, foram revistados os apenados que auxiliam as agentes da casa da revista e o declarante também passou pela revista e nada foi encontrado; que o declarante informa que foi feita uma revista em sua cela e possuía 11 caixas de bombom que eram de sua propriedade, além de 3 barras de chocolate, 5 desodorantes e 30 sabonetes; que o apenado está preso há 9 anos, sendo regalia há mais de 7 anos, e durante todo esse tempo nunca teve nenhum incidente contra si; que sua família sempre lhe traz compras, bem como as faz diretamente no Mercado do Alemão; que sempre tem dinheiro em seu pecúlio; que é viciado em doce; que sempre realiza troca de chocolate, doces com os demais apenados em troca de produtos de higiene, de alimentação, material de cama (lençol, fronhas) e também por corte de cabelo; que, durante sua permanência na Penitenciária Sul, comprou umas 6 ou 7 máquinas de corte de cabelo; que os sabonetes que estavam acumulados eram de sua propriedade, isso porque os que compra do Alemão são somente para o banho, e os que são trazidos pela família “os que foram apreendidos” são mais cheirosos e os são utilizados para perfumar roupas e a cela; que sua função de regalia era na Copa e que nunca ajudou nas compras dos familiares, tendo ajudado poucas vezes na compra do Alemão, em razão de o regalia responsável ter se machucado; que as únicas vezes em que levou algo para sua cela (resto de bolo, frango, restos de comida da cozinha) foi com a devida autorização dos agentes; que não teria necessidade de fazer qualquer tipo de furto; que deseja que as filmagens sejam apresentadas para comprovação de sua inocência; que no mesmo mês comprara 4 dos 5 desodorantes encontrados em sua cela.*

*Foram também inquiridas testemunhas.*



*Assim declarou o apenado EMÍLIO ROSA DE FREITAS (Ev. 471, Doc. 566, p. 01):*

*Que estava na mesma cela de Alexandro; que o apenado Alexandro tinha o hábito de trocar chocolates por outros produtos; que inclusive já tinha feito trocas com ele; que soube que Alexandro tinha uma máquina de cortar cabelo; Que não lembra se Alexandro cobrava por corte de cabelo e que fazia para ajudar; Que tem conhecimento que a família de Alex sempre vinha lhe visitar e trazia consigo pertences, inclusive doces; que tem conhecimento de que Alex comprava produtos do Mercado do Alemão; que é comum acumular sabonetes para perfumar as roupas; que sabe que Alex era regalia na cozinha dos agentes; que a marca dos sabonetes que ingressam pelos familiares é diferente da marca dos que entram pelo Mercado do Alemão; que lembra que trocou uma caixa de bombom com Alex agora em abril por outros produtos; que tem conhecimento de que o apenado Alex efetuou trocas de produtos por caixas de bombons com outros apenados da mesma cela; que nunca conversou com a advogada de Alex, sendo suas declarações a verdade dos fatos.*

*E, também, JUCINEI JOAQUIM (p. 04 do mesmo documento):*

*Que estava na mesma cela de Alexandro; que o apenado Alexandro tinha o hábito de trocar chocolates por outros produtos; que, inclusive, já tinha feito trocas com ele; que tem conhecimento de que o apenado Alexandro tinha uma máquina de cortar cabelo; que não se lembra se o apenado Alexandro cobrava o corte de cabelo por troca de doces, mas que o próprio declarante havia comprado uma barra de chocolate e uma caixa de bombons como forma de agradecimento pelos préstimos do colega de cela; que também lembra que trocava com o apenado incidentado prestobarbas e sabonetes por doces correspondentes ao mesmo valor; que tem conhecimento de que a família de Alex vinha lhe visitar sempre e trazia consigo pertences, inclusive doces; que tem conhecimento de que Alex comprava produtos no Mercado do Alemão; que é comum acumular sabonetes para perfumar as roupas e que inclusive tem esse hábito; que sabe que Alex era regalia na cozinha dos agentes; que a marca dos sabonetes que ingressam pelos familiares é diferente da marca dos que entram pelo Mercado do Alemão; que nunca conversou com a advogada de Alex, sendo suas declarações a verdade dos fatos.*

O apenado apresentou justificativa individualizada acerca dos produtos que foram encontrados na sua posse, e no mesmo rumo foram os depoimentos de dois internos que dividiam a mesma cela com ele, que comprovam que realizavam a troca de produtos entre eles - escambo.

Ademais, infere-se da lista de compras do setor de pecúlio que no mês de abril de 2020 o apenado comprou no mercado fornecedor 5 sabonetes e 4 desodorantes, sendo que, das listas de mercadorias entregues pelos familiares, também há a entrega dos referidos produtos de higiene quase que semanalmente.

Observa-se que o apenado relatou que os sabonetes adquiridos no ergástulo são utilizados para banho, quanto aos demais (os mais cheirosos, trazidos por seus parentes) para perfumar as roupas e a cela – sendo plausível, portanto, o acúmulo de quantidade considerável desse produto.

Embora os itens que adentram a penitenciária pelo mercado fornecedor não sejam os mesmos que são entregues pelos familiares, não houve qualquer especificação no incidente disciplinar sobre os bens apreendidos.

Os documentos acostados pela administração prisional, da mesma forma, comprovam que as barras de chocolate eram adquiridas mensalmente pelo apenado na quantidade máxima, inclusive.

As caixas de bombons, por sua vez, só adentram na unidade prisional por meio do mercado fornecedor em algumas épocas festivas do ano (natal e páscoa). A lista de compras do setor de pecúlio demonstra que o apenado comprou uma caixa - máximo permitido. No entanto, consoante prova oral anteriormente transcrita, o recorrente efetuou a troca de outros itens que possuía com os demais companheiros de cela, a fim de conseguir mais unidades da guloseima.

Por fim, a fortalecer a versão do apenado, verifica-se que sua função de regalia se dava na copa e não no recebimento de compras do mercado, sendo que nesta função, segundo declarou, ajudou duas vezes a pedido de algum servidor do estabelecimento prisional. Assim, a título argumentativo, não é crível que, acaso houvesse se apropriado dessa grande quantidade de produtos - tendo apenas duas oportunidades para fazê-lo -, a conduta teria passado despercebida pelos agentes prisionais.

Na hipótese, nota-se que o teor da comunicação interna não foi corroborado por nenhum elemento de prova, seja no procedimento administrativo disciplinar, seja em Juízo, de modo que não há elementos suficientes para reconhecer a materialidade da conduta indisciplinada imputada ao apenado - prevista no art. 52 da Lei de Execução Penal, tampouco aquela descrita no art. 50, I, do mesmo diploma legal.

Em sentido semelhante, mas mudando o que deve ser mudado, colhe-se desta Corte de Justiça:

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE HOMOLOGOU O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR E RECONHECEU A PRÁTICA DE FALTA GRAVE, DETERMINANDO A REGRESSÃO CAUTELAR AO REGIME FECHADO (EMBORA A SANÇÃO JÁ ESTIVESSE SENDO RESGATADA NO REGIME MAIS RIGOROSO), DECLAROU A PERDA DE 1/8 (UM OITAVO) DOS DIAS REMIDOS E ALTEROU A DATA PARA CONCESSÃO DE FUTUROS BENEFÍCIOS. RECURSO DA DEFESA. PRETENSÃO REFORMA DA DECISÃO JUDICIAL, AO ARGUMENTO DA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA QUANTO À PRÁTICA DA FALTA. CABIMENTO. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL QUE EXERCE O CONTROLE JUDICIAL E NÃO ESTÁ VINCULADO À CONCLUSÃO DA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. SUPOSTO COMETIMENTO DE AGRESSÃO CONTRA COLEGA DE CELA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE DO FATO, ASSIM COMO DA AUTORIA. DECLARAÇÕES DO APENADO EM PLENA HARMONIA COM AS DA SUPOSTA VÍTIMA. AGENTE PENITENCIÁRIO QUE ATENDEU A OCORRÊNCIA NÃO OUVIDO, NEM NO PROCEDIMENTO PRELIMINAR, NEM SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. POR SUA VEZ, COLEGA, INQUIRIDO QUE APENAS REPRODUZIU A FALA DO PRIMEIRO. DEMAIS TESTEMUNHA PRESENCIAIS (DETENTOS DE CELA) QUE NÃO PRESTARAM DEPOIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO ANÊMICO. AUSÊNCIA DE PROVA ESCORREITA ACERCA DOS FATOS. MEROS INDÍCIOS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA EMBASAR A HOMOLOGAÇÃO DO PAD. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO APLICADO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Agravo de Execução Penal 0000770-95.2020.8.24.0018, de Chapecó, rel. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 27-10-2020).**

Por outro lado, o conjunto fático-probatório é suficiente para comprovar a prática da falta média descrita no art. 96, IV, da Lei Complementar Estadual 512/2011, consistente em “praticar

compra ou venda não autorizada em relação a outro preso”. Isso porque, por meio de escambo, o apenado realizava a transação de produtos com outros internos.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso, afastar a preliminar, e dar-lhe parcial provimento para desclassificar a falta grave imputada ao apenado para falta média descrita no art. 96, IV, da LCE 512/2011.

**Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI**

**Relator**

## SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

### **HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 5045804-62.2020.8.24.0000/SC**

RELATORA: DESEMBARGADORA SALETE SILVA SOMMARIVA

PACIENTE/IMPETRANTE: JOSIMAR ANSELMO JORGE (PACIENTE DO H.C)

REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE/IMPETRANTE: ANTONIO FREDERICO PRUNER VON VOIGT SALFER (IMPETRANTE DO H.C)

IMPETRADO: JUÍZO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE FORQUILHINHA

*HABEAS CORPUS*. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA MAJORADA E COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 2º, §§ 2º E 4º, INCISOS I E IV, DA LEI N. 12.850/13, E ART. 17, § ÚNICO, DA LEI N. 10.826/03). ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE SEGREGADO HÁ APROXIMADAMENTE UM ANO. COMPLEXIDADE DO FEITO EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE RÉUS (VINTE E SEIS) E DA GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS APURADOS. AUSÊNCIA DE ATRASOS ANORMAIS. OUTROSSIM, EFEITOS DECORRENTES DA GRAVE CRISE SANITÁRIA, CASADA PELA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS, QUE DEVEM SER LEVADOS EM CONTA. AINDA, ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PREVISTO PARA DATA PRÓXIMA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE OBSERVADAS, NO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do writ e denegar a ordem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 12 de janeiro de 2021.

**Desembargador NORIVAL ACACIO ENGEL**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Josimar Anselmo Jorge, contra ato, em tese, ilegal, praticado pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de

Forquilha, consubstanciado no excesso de prazo para formação da culpa.

Aduz o Impetrante, em síntese, a existência de manifesta ilegalidade, tendo em vista que o Paciente se encontra segregado desde a data de 21/01/2020, sem que até o momento se tenha iniciado a instrução criminal.

Nesse interim, sustenta que o prazo previsto no art. 22, § único, da Lei n. 12.850/2013, já se encontra, em muito, ultrapassado, não havendo qualquer motivo justificável para a demora.

Argumenta, assim, que “*o Paciente não pode suportar o ônus decorrente da ineficiência do Estado em encerrar a instrução processual em tempo razoável, sobretudo pela inexistência de fato procrastinatório atribuível ao réu*”.

Pugna, deste modo, pela concessão do pleito liminar e, posteriormente, da ordem em definitivo, para fazer cessar o contrangimento ilegal que entende sofrer o Paciente, revogando-se a segregação cautelar, com ou sem a fixação de medidas diversas.

Indeferido o pleito liminar, dispensou-se a apresentação de informações pela Autoridade dita coatora.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Exmo. Sr. Dr. Rogério A. da Luz Bertoni, manifestou-se pelo conhecimento do *writ* e denegação da ordem.

Este é o relatório.

## VOTO

A ordem deve ser conhecida e denegada.

Pugna a defesa, em síntese, pela revogação da segregação cautelar imposta ao Paciente, em razão do excesso de prazo para o início da instrução criminal.

Razão, entretanto, não lhe assiste.

Destaca-se, desde já, que “*Os prazos processuais previstos na legislação pátria devem ser computados de maneira global e o reconhecimento do excesso deve-se pautar sempre pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LXXVIII, da CF), considerando cada caso e suas particularidades*” (STJ, HC 609.165/GO, rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

*In casu*, observa-se que, após representação da Autoridade Policial, a Magistrada de origem decretou a prisão temporária do Paciente, em razão da suposta participação do mesmo na organização criminosa PGC.

O mandado de prisão foi cumprido na data de 21/01/2020 (Evento 1, Inquérito 16, dos autos de n. 5000148-69.2020.8.24.0166).

Em 23/01/2020, o Ministério Público ofereceu Denúncia contra o Paciente e outras 25 (vinte e cinco) pessoas, dando Josimar como incurso nas sanções do art. 2º, §§ 2º e 4º, incisos I e IV, da Lei n. 12.850/13, e art. 17, § único, da Lei n. 10.826/03 (Evento 1, Denúncia 1, dos autos de n. 5000159-98.2020.8.24.0166).

Na data de 14/02/2020, o Juízo a quo recebeu a Exordial e converteu em preventiva a prisão temporária, entre outros, do Paciente Josimar Anselmo Jorge (Evento 71, dos autos de n. 5000159-98.2020.8.24.0166).

Devidamente citado em 21/02/2020 (Evento 162, Certidão 2, dos autos de n. 5000159-98.2020.8.24.0166), o Paciente apresentou Resposta à Acusação em 11/05/2020 (Evento 441, dos autos de n. 5000159-98.2020.8.24.0166).

Aguardou-se a apresentação da peça defensiva pelos demais Corréus, tendo sido a última delas protocolizada em 04/11/2020 (Evento 858, dos autos de n. 5000159-98.2020.8.24.0166).

Em 16/12/2020, a Magistrada de origem designou as datas de realização das audiências de instrução (Evento 945, dos autos de n. 5000159-98.2020.8.24.0166), as quais foram divididas, em razão do grande número de testemunhas e acusados a serem ouvidos, da seguinte forma:

- I) Dia 25/01/2021, às 13h, para a oitiva das testemunhas de acusação (evento 1);
- II) Dia 29/01/2021, às 13h, para a oitiva das testemunhas de defesa arroladas pelos acusados Elizandro (evento 555), Emanuel (evento 180), Gustavo (evento 256), Josimar (evento 441), Luan (evento 440), Marcelo (evento 353) e Marcos Borges (evento 225);
- III) Dia 18/02/2021, às 13h, para a oitiva das testemunhas de defesa arroladas pelos réus Lucas (evento 443), Maicon (evento 442), Marilza (evento 377), Samuel (evento 233), Simone (evento 787) e Willian (evento 231);
- IV) Dia 19/02/2021, às 13h, para o interrogatório dos acusados Carlos, Elizandro, Emanuel, Felipe, Guilherme, Gustavo, Jeison, Josiel, Josimar, Leandro, Luan, Lucas e Maicon; e
- V) Dia 22/02/2021, às 13h, para o interrogatório dos acusados Everton, Jeferson, Marcelo, Marcos Borges, Marcos Paulo, Marilza, Mateus, Paulo, Ronaldo, Samuel, Simone e Willian.

Analisando a tramitação do feito, verifica-se que não há como reconhecer o alegado excesso de prazo, notadamente porque se trata de processo no qual se apura conduta delituosa grave, mais especificamente, a participação na organização criminosa denominada Primeiro Grupo Catarinense (PGC), e envolve, além do Paciente, outros 25 (vinte e cinco) réus.

Nota-se, inclusive, que o atraso para designação das audiências de instrução se deu, em grande parte, pela demora na apresentação da Resposta à Acusação por todos os denunciados, devendo-se ressaltar que o próprio Paciente apresentou tal peça quase três meses após a sua citação.

Além disso, consta dos autos que foi necessária a expedição de cartas prcatórias para citação



de alguns corréus, bem como de citação editalícia de outros, além da apresentação de diversos pedidos de revogação da segregação cautelar, e a interposição de um Recurso em Sentido Estrito, fatos estes que, embora comuns, acabam por retardar, de maneira inevitável, o andamento do feito.

Entende-se, deste modo, que o feito vem tramitando de forma razoável, especialmente diante da elevada quantidade de réus, não se verificando qualquer paralisação injustificada, apta a configurar o alegado excesso de prazo.

*Mutatis mutandis*, colhe-se desta Câmara o Habeas Corpus de n. 4028188-28.2019.8.24.0000, da Capital, de relatoria do Desembargador Volnei Celso Tomazini, julgado em 08/10/2019:

HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E COM PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTES (ARTIGO 2º, § 2º, § 3º E § 4º, INCISO I, DA LEI N. 12.850/2013. PRISÃO PREVENTIVA. [...] ALEGADO EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. AUTOS QUE TRAMITAM REGULARMENTE, TENDO EM VISTA A COMPLEXIDADE DA CAUSA, QUANTIDADE DE RÉUS E NÚMERO DE TESTEMUNHAS A SEREM INQUIRIDAS. **Inexiste excesso de prazo na formação da culpa quando o processo criminal envolve inúmeros acusados e, durante o período de segregação cautelar, os autos estão tramitando regularmente, sem paralisação injustificada.** [...] ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. (grifou-se)

E, também, o Habeas Corpus de n. 5023939-80.2020.8.24.0000, da Capital, de relatoria do Desembargador Sérgio Rizelo, julgado em 11/08/2020:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA CIRCUNSTANCIADA. COMPLEXIDADE DO FEITO. DURAÇÃO DA PRISÃO.

**Em processo no qual se apura a responsabilidade criminal de 27 réus pela prática de associação criminosa, o fato de a prisão estender-se por pouco quase 1 ano e 8 meses não configura, por si só, excesso de prazo** se a instrução deve chegar ao fim em data próxima (no dia seguinte ao julgamento do habeas corpus). ORDEM DENEGADA. (grifou-se)

Outrossim, deve-se ter em mente o atual cenário de crise gerado pela Pandemia da COVID-19, o qual demandou a adoção de inúmeras medidas, tanto no setor privado quanto no público, visando controlar a sua disseminação.

Tal situação, registra-se, ocasionou diversos transtornos, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, e conseqüentemente resultou em pequenos atrasos nas pautas de julgamento, os quais, além de toleráveis, não podem ser atribuídos ao Estado.

Verifica-se, portanto, que inexistente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado, uma vez que o processo vem tramitando de forma regular, a despeito do breve retardo, originado, também, por motivo de força maior, qual seja, a necessidade de tomar medidas para controle da pandemia do

Novo Coronavírus.

Nesse sentido, destaca-se que *“a crise sanitária estabelecida pela pandemia do coronavírus Sars- CoV-2 afetou largamente o andamento processual de todos os feitos, não estando configurada a desídia do aparelho judiciário na condução do feito, o que não permite a conclusão, ao menos por ora, da configuração de constrangimento ilegal passível de ser sanado pela presente via”* (STJ, AgRg no RHC 133.680/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 22/09/2020).

Ademais, tem-se que, consoante já se tratou no presente Acórdão, há previsão de encerramento da instrução criminal em data próxima, qual seja, 22/02/2021, ocasião em que se realizará a última audiência designada, o que impede o reconhecimento do alegado excesso de prazo.

Deste modo, por entender como inexistente qualquer atraso injustificável, decorrente de desídia do Estado, mostra-se inviável o acolhimento do pleito defensivo.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do writ e denegar a ordem.

**Desembargador NORIVAL ACACIO ENGEL**

**Relator**

# **AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5045106-39.2020.8.24.0038/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR SÉRGIO RIZELO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVANTE)

AGRAVADO: SILNEI RODRIGO MOREIRA (AGRAVADO)

ADVOGADO: INDIARA MESQUITA MARQUES (OAB SC053769)

RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE NÃO RECONHECE FALTA GRAVE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. DECISÃO DO DIRETOR DA UNIDADE PRISIONAL. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. CONTROLE JUDICIAL. 2. FATO DEFINIDO COMO CRIME DOLOSO (LEP, ART. 52, CAPUT). DROGA PARA CONSUMO PESSOAL (LEI 11.343/06, ART. 28). REGRESSÃO. 3. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. QUANTIDADE DE DROGA.

1. O controle judicial na execução penal sobre a decisão que encerra procedimento administrativo disciplinar compreende a possibilidade de o magistrado, mediante análise da integralidade dos elementos probatórios, reconhecer ou afastar a falta grave e reclassificar a conduta, mesmo em contrariedade à decisão administrativa, à qual não está subordinado.

2. O fato de o crime do art. 28 da Lei 11.343/06 não ser sancionado com pena privativa de liberdade não impede que, acaso tal conduta seja praticada por reeducando durante a execução da pena, seja imposta a regressão do regime prisional.

3. A pequena quantidade de drogas é inerente ao crime de trazer consigo entorpecente para consumo pessoal, de modo que é inaplicável o princípio da insignificância sob este viés, especialmente se a conduta é praticada por apenado durante o cumprimento de pena.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para homologar o PAD 267/2019, reconhecer a falta grave prevista no art. 52, caput, da Lei de Execução Penal e revogar 1/4 dos dias remidos, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2021.

**Desembargador SÉRGIO RIZELO**

**Relator**

## RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo de execução penal intentado pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, não conformado com o teor da decisão proferida no Evento 790 do PEP 0039116-70.2011.8.24.0038, por meio da qual o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville não reconheceu falta grave supostamente praticada por Silnei Rodrigo Moreira.

Sustenta o Agravante que, conforme apurado no PAD 267/2019 e confirmado em Juízo, o Agravado praticou falta grave no dia 13.8.19, quando, “durante procedimento de ronda, encontrou-se no lado de fora da cela n. 9 da galeria ‘D’ um invólucro contendo substância análoga à maconha, com o nome do apenado escrito em um pedaço de papel”, fato que se amolda ao tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/06 e configura a infração disciplinar do art. 52, *caput*, da Lei de Execução Penal.

Pondera que o Agravado “não apresentou qualquer argumento apto a afastar a falta grave cometida, tampouco arguiu máculas no incidente disciplinar que pudessem indicar a sua nulidade”, limitando-se a “alegar que a droga foi encontrada fora de sua cela e que certamente alguém pôs seu nome dentro do invólucro para prejudicá-lo”.

Aponta que o Juízo afastou a falta grave sob os fundamentos de que “não era caso de regressão do regime prisional, porque o delito em questão não prevê pena privativa de liberdade”, e que, “embora houvesse laudo pericial comprovando a ilicitude da substância, a diminuta quantidade apreendida possibilitava a aplicação do princípio da insignificância”.

Alega que a regressão de regime “não requer, no caso da prática de falta grave pelo cometimento de novo crime, que o tipo penal preveja pena privativa de liberdade”, e que “não deve prosperar a aplicação do princípio da insignificância” porque, “além de tal medida extrapolar a competência da execução penal, [...] no ambiente intramuros a questão deve ser tratada com maior rigor”.

Afirma que, “quando a falta grave é apurada no âmbito administrativo, em procedimento regular no qual resguardado o exercício do contraditório e da ampla defesa, o reconhecimento ou não da infração é medida que compete ao diretor do estabelecimento prisional”, ao passo que, “em Juízo, nesses casos, é permitido apenas analisar a legalidade de tal procedimento”.

Sob tais argumentos, requer a reforma da decisão resistida para que seja homologado o PAD “e, assim, reconhecer a falta grave [...] nos termos do artigo 52, *caput*, da Lei de Execução Penal, [...] com a conseqüente manutenção do regime fechado, alteração da data-base (13-8-2019) e a perda dos dias remidos na fração de 1/4” (Evento 1 do agravo na origem).

Silnei Rodrigo Moreira ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovemento do reclamo (Evento 4 do agravo na origem).

O Doutor Juiz de Direito manteve a decisão resistida (Evento 6 do agravo na origem).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de

Justiça Gilberto Callado de Oliveira, posicionou-se pelo conhecimento e provimento do agravo (Evento 10).

## VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

1. Contra o Agravado Silnei Rodrigo Moreira foi instaurado o PAD 267/2019 da Penitenciária Industrial de Joinville porque, no dia 13.8.19, foi encontrada uma porção de maconha juntamente a um papel que continha seu nome.

Durante o trâmite do PAD o Agravante foi ouvido na presença de Excelentíssima Advogada constituída, que apresentou defesa escrita, após o que o Conselho Disciplinar lavrou parecer pelo reconhecimento de infração disciplinar de natureza grave prevista no art. 52, caput, da Lei de Execução Penal, sobrevivendo decisão do Diretor do estabelecimento prisional no mesmo sentido (Evento 704 do PEP).

Na etapa judicial, após audiência de justificação (Evento 785 do PEP) e manifestação escrita das Partes (Eventos 770 e 785 do PEP), o Juízo da Execução Penal não reconheceu a infração, sob os seguintes fundamentos:

*De início, registre-se não haver justa causa para a regressão, haja vista que o próprio tipo penal que teria em tese se configurado, de posse de droga para uso próprio, art. 28, da Lei n. 11.343/2006, não prevê pena privativa de liberdade, além do que é considerado de menor potencial ofensivo o que enseja em transação penal, bem como suspensão condicional do processo.*

*Nesse sentido, inclusive, o Ministério Público já se manifestou diversas vezes pelo não reconhecimento da posse de maconha como falta grave.*

*Finalmente, ainda que tenha o parquet acostado laudo pericial indicando que a substância encontrada de fato era cannabis sativa (evento 771), vulgarmente conhecida como maconha, imperioso reconhecer que diante da diminuta quantidade apreendida (5,0g), em última análise deve ser aplicado o princípio da insignificância e afastada a falta imputada (Evento 790 do PEP).*

O Superior Tribunal de Justiça assentou que a apuração e o reconhecimento de falta grave são de competência da Autoridade Prisional, que deve fazê-lo mediante a instauração de PAD em que se observe ampla defesa e contraditório. O tema é alvo da Súmula 533 daquela Corte: “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado”.

Na etapa judicial, cabe ao Magistrado o controle judicial de legalidade do PAD e a imposição das sanções que contam com cláusula de jurisdição, segundo positivado no parágrafo único do art. 48 da Lei de Execução Penal (“Nas faltas graves, a autoridade representará ao Juiz da execução para os fins dos artigos 118, inciso I, 125, 127, 181, §§ 1º, letra d, e 2º desta Lei”).

Ao especificar os limites do controle de legalidade a que o Poder Judiciário deve submeter a decisão administrativa, o Tribunal da Cidadania deliberou que é permitido ao Juízo da Execução Penal discordar da conclusão do PAD, seja para reconhecer a prática da infração de natureza grave, para absolver o reeducando ou para reclassificar a conduta.

Segundo a Corte Superior, “o condicionamento da atuação do Juízo da Execução à decisão da Comissão Disciplinar implica inaceitável subordinação do Judiciário à Autoridade Administrativa”, sendo “certo que a Lei de Execução Penal atribui ao diretor do estabelecimento prisional o poder de apurar e aplicar sanções disciplinares”, mas “há faltas que, quando praticadas no curso da execução da pena, geram consequências que extravasam a esfera administrativa da disciplina prisional”, como no caso “da determinação da regressão do regime (art. 118, I, da LEP), da perda dos dias remidos (art. 127, da LEP), e da suspensão do benefício de livramento condicional (art. 145, da LEP)”, as quais “são medidas concernentes ao controle jurisdicional do cumprimento da pena e que não podem ficar jungidas à discricionária atuação da autoridade administrativa”, de modo que “não se pode aceitar a submissão do Judiciário à esfera administrativa, sendo, em todo caso, inafastável o direito constitucional de acesso à jurisdição” (HC 562.478, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 20.2.20).

Na mesma linha:

*O acórdão impugnado está em consonância com a Jurisprudência desta Corte que, considerando a independência das esferas administrativa e judicial e, sobretudo, o controle judicial que deve ser exercido sobre as decisões administrativas, permite o reconhecimento da prática de falta grave, independentemente de anterior absolvição no âmbito administrativo. Assim, idônea a decisão da Corte estadual que determinou que fosse designada a audiência de justificação (HC 560.146, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 30.3.20).*

Veja-se, ainda: AREsp 1.635.775, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26.3.20; REsp 1.789.422, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Laurita Vaz, j. 26.11.19; AgRg no REsp 1.813.064, Rel. Min. Félix Fischer, j. 25.6.19; HC 418.569, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 26.6.18; e HC 365.431, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Maria Thereza Assis de Moura, j. 18.10.16.

A liberdade conferida ao Juízo da Execução Penal para avaliar a ocorrência ou não da falta grave encontra amparo na tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação do tema 941 da repercussão geral:

*A oitiva do condenado pelo Juízo da Execução Penal, em audiência de justificação realizada na presença do defensor e do Ministério Público, afasta a necessidade de prévio Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), assim como supre eventual ausência ou insuficiência de defesa técnica no PAD instaurado para apurar a prática de falta grave durante o cumprimento da pena (RE 972.598, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 4.5.20).*



Ainda que a premissa fundamental da tese seja a inexistência de nulidade quando, ausente o PAD, ocorre audiência de justificação em Juízo, ela indiretamente revela a não obrigatoriedade do procedimento, a inexistência de competência exclusiva da Autoridade Administrativa para reconhecimento da infração disciplinar e que não há limitação à atuação jurisdicional.

Isso porque, se o Supremo Tribunal Federal admite a inexistência de eiva na apuração da falta grave quando realizada solenidade judicial, mesmo que inexistente prévio PAD, hipótese em que nem sequer há decisão administrativa a ser submetida a controle judicial, significa que o Magistrado está livre para, de acordo com seu convencimento, reconhecer ou não a infração disciplinar, bem como classificar a conduta, ainda que em divergência com a conclusão do PAD quando ele ocorrer.

O sistema não teria lógica se não existisse a possibilidade de reformar o mérito administrativo quando realizado PAD e, ao mesmo tempo, fosse viável reconhecer a prática de falta grave antecedida somente da oitiva judicial do apenado, sem prévio PAD.

Assim, é viável que o Juízo da Execução Penal divirja da decisão da Autoridade Administrativa.

2. No caso, contudo, o reconhecimento administrativo da falta grave foi acertado e deve ser mantido.

Na decisão resistida não se tratou diretamente da materialidade e da autoria do fato, mas não há dúvida quanto a tais pontos.

O laudo pericial atestou que a substância encontrada tratava-se de 5g de maconha (Evento 771 do PEP).

Ao ser inquirido no PAD, Silnei Rodrigo Moreira manteve-se em silêncio (Evento 704, doc100) e, em Juízo, afirmou que “a droga não era dele, que não foi encontrada com ele e que não é usuário de droga; que o papel junto à droga não era sua letra, e que pode ser fruto de abuso de autoridade, pois seria fácil pegar um papel e uma caneta e colocar seu nome, mas que, a princípio, não tem desavença com nenhum agente e é respeitado por todos, e naquela época também não tinha desavença” (Evento 773 do PEP).

No entanto, o Agente Laércio Sarturi Pilger narrou “Que durante rondas na ala do regime fechado, encontrou um invólucro com substância semelhante a maconha. Que o pacote estava no lado de fora da cela 09 da galeria D, com o nome do interno Rodrigo Moreira” (Evento 704 do PEP, doc100).

O relato do Servidor é corroborado pelo relatório de infração do i-PEN, pela comunicação interna e pelo boletim de ocorrência (Evento 704 do PEP, doc100), documentos que contém fotografias do material apreendido, nas quais se vê claramente que junto à porção de maconha havia um papel com a anotação “Silnei”.

O Superior Tribunal de Justiça já deliberou que “a palavra dos agentes penitenciários na apuração de falta grave constitui prova idônea e suficiente para o convencimento do magistrado, haja vista tratem-se de agentes públicos, cujos atos e declarações gozam de presunção de legitimidade” (AgRg no HC 550.514, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 20.2.20).

Ainda:

*Registre-se entendimento deste Tribunal no sentido de que a prova oral produzida, consistente em declarações coesas dos agentes de segurança penitenciária se mostraram suficientes para a caracterização da falta como grave [...]. A Jurisprudência é pacífica no sentido de inexistir fundamento o questionamento, a priori, das declarações de servidores públicos, uma vez que suas palavras se revestem, até prova em contrário, de presunção de veracidade e de legitimidade, que é inerente aos atos administrativos em geral. (HC n. 391.170, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 1º/8/2017, publicado em 7/8/2017). Na mesma linha de entendimento: HC n. 334.732, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 17/12/2015, publicado em 1º/2/2016 (AgRg no HC 562.216, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 26.5.20).*

Com isso, não tendo sido apontada e não se percebendo nenhum indício de parcialidade nas palavras do Agente Penitenciário, uma vez que o próprio Agravado indicou não existir animosidade, tem-se como demonstradas a materialidade e a autoria.

Quanto aos fundamentos da decisão resistida, o fato de o preceito secundário do crime do art. 28, *caput*, da Lei 11.343/06 não referir, como sanção, pena privativa de liberdade, não impede que, se o crime é cometido durante o cumprimento de pena, se regrida o regime prisional.

Orienta o Superior Tribunal de Justiça:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. CONFIGURAÇÃO DE FALTA GRAVE. CONECTIVOS LEGAIS APLICÁVEIS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Em relação à posse de droga para uso próprio, esta Corte fixou entendimento no sentido de que, embora o art. 28 da Lei 11.343/06 não mais preveja a pena privativa de liberdade para esse delito, o fato continua sendo classificado como crime, ensejando o reconhecimento de falta grave quando cometido durante a execução. 2. Diante disso, é de se registrar que a prática de falta disciplinar de natureza grave acarreta a regressão de regime, a alteração da data-base para a obtenção de novos benefícios na execução da pena - à exceção do livramento condicional, do indulto e da comutação da pena -, e a perda de até 1/3 dos dias remidos, nos exatos termos do entendimento da Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial n. 1.364.192/RS, sob o rito de recurso repetitivo (CPC, art. 543-C), consolidado nas Súmulas 441, 535 e 534 do STJ. 3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 525.107, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 1º.10.19).*

3. Além disso, “de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida, por ser característica própria do crime descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não afasta a tipicidade material da conduta” (AgRg no HC 442.072, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 21.6.18).

Também do Superior Tribunal de Justiça:

*1. Esta Corte possui o entendimento de que “a pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/06), não afasta a tipicidade da conduta” (HC n. 158.955/RS, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe*

30/5/2011). 2. A posse de drogas para uso próprio, no estabelecimento prisional, configura falta grave, nos termos do art. 52 da Lei de Execução Penal, haja vista a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, reconhecida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento de questão de ordem suscitada nos autos do RE n. 430.105 QO/RJ (HC 171.655, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 18.10.11).

Diante disso, entende-se que está comprovada a prática da falta grave prevista no art. 52, *caput*, da Lei de Execução Penal, razão pela qual o PAD 267/2019 deve ser homologado.

Por força do art. 118 da Lei de Execução Penal, uma vez que o Agravado, ao tempo da infração, cumpria pena em regime semiaberto (Evento 561 do PEP) (estava preso preventivamente por nova ação penal, Eventos 628 e 627 do PEP), deve ser imposta a regressão de regime (posteriormente a regressão para o regime mais grave foi aplicada por falta posterior e em razão da soma de penas, Eventos 711 e 756 do PEP).

Além disso, “o cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente” (LEP, art. 112, § 6º) (essa consequência, hoje legalmente prevista, há muito é consolidada na jurisprudência, sendo alvo da Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça). Tal sanção, no entanto, tendo em vista as modificações posteriores da data-base, é irrelevante no caso.

Por fim, dispõe o art. 127 da Lei da Execução Penal que, “em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar”

O art. 57 da Lei de Execução Penal prevê que, “na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”.

No caso, levando em conta a gravidade da falta (prática de novo delito), o tempo de segregação e o histórico de outras cinco faltas graves durante o curso da execução penal (Eventos 354, 384 - duas faltas -, 437 e 711), seria possível a revogação de 1/3 dos dias remidos, mas, como o Agravante limita-se a pedir o decote de 1/4, adota-se este patamar.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para homologar o PAD 267/2019, reconhecer a falta grave prevista no art. 52, *caput*, da Lei de Execução Penal e revogar 1/4 dos dias remidos.

**Desembargador SÉRGIO RIZELO**

**Relator**

## **AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5003924-84.2021.8.24.0023/SC**

RELATORA: DESEMBARGADORA HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (INTERESSADO)

AGRAVADO: MARCIO FRANCISCO DA SILVA (AGRAVADO)

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE DETERMINOU A EXTINÇÃO DA PENA CORPORAL PELO SEU INTEGRAL CUMPRIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 109 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, E O ARQUIVAMENTO DO PEC. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALMEJADA A CASSAÇÃO DA DECISÃO, COM FUNDAMENTO NA ADI N. 3150/DF DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A TESE NÃO PROSPERA. IN CASU, EXTINÇÃO APENAS DA SANÇÃO CORPORAL. PENA DE MULTA QUE DEVE SER EXECUTADA EM PROCEDIMENTO AUTÔNOMO A SER AJUIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, POR MEIO DO SISTEMA EPROC. ORIENTAÇÃO N. 13 DE 29 DE ABRIL DE 2020 DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. DECISÃO ACERTADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 11 de maio de 2021.

**Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO**

**Relatora**

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, inconformado com a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da comarca da Capital, que extinguiu a pena corporal e determinou o arquivamento do respectivo processo de execução penal sem o pagamento da pena de multa imposta ao apenado Marcio Francisco da Silva.

Alegou o Ministério Público que a multa aplicada possui caráter de sanção penal, tanto quanto à pena privativa de liberdade, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3.150/DF.

Assim, requereu a cassação da decisão, para determinar a intimação do recorrido para pagamento da pena de multa imposta (evento n. 7).

A Defesa apresentou contrarrazões pela manutenção da decisão em seus exatos termos (evento n. 10).

O Magistrado de origem manteve a decisão (evento n. 12).

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira, manifestando-se pelo conhecimento e provimento do apelo (evento n. 10 - segundo grau).

Este é o relatório.

## VOTO

O recurso preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e, portanto, deve ser conhecido.

Cuida-se de Recurso de Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, inconformado com a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais da comarca da Capital, que extinguiu a pena corporal e determinou o arquivamento do respectivo processo de execução penal sem o pagamento da pena de multa imposta ao apenado Marcio Francisco da Silva.

Em suas razões, o agravante alega que a multa aplicada possui caráter de sanção penal, tanto quanto à pena privativa de liberdade, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 3.150/DF, assim, almeja a cassação do *decisum*, a fim de determinar a intimação do recorrido para pagamento da pena de multa imposta.

A insurgência não prospera.

Inicialmente, urge esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI n. 3.150/DF, sufragou o entendimento no sentido de que, conquanto a Lei n. 9.268/1996 estabeleça a multa penal como dívida de valor, “não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, inciso XLVI, alínea c, da Constituição da República”, cabendo ao Ministério Público a legitimidade para executá-la e, subsidiariamente, à Fazenda Pública, in verbis:

*“Execução penal. Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Pena de multa. Legitimidade prioritária do Ministério Público. Necessidade de interpretação conforme. Procedência parcial do pedido. 1. A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal. 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição, não exclui a legitimação prioritária do Ministério Público para a*

cobrança da multa na Vara de Execução Penal. Fixação das seguintes teses: (i) O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal; (ii) Caso o titular da ação penal, devidamente intimado, não proponha a execução da multa no prazo de 90 (noventa) dias, o Juiz da execução criminal dará ciência do feito ao órgão competente da Fazenda Pública (Federal ou Estadual, conforme o caso) para a respectiva cobrança na própria Vara de Execução Fiscal, com a observância do rito da Lei 6.830/1980.” (ADI n. 3.150, rel. Min. Marco Aurélio de Mello, relator p/ acórdão Min. Luiz Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe de 6/8/2019). Sem Grifos no original.

Sobre o assunto, denota-se que a Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime) alterou a redação do art. 51 do Código Penal e estabeleceu, de forma expressa, a competência do juízo da execução penal para efetivar a execução da pena pecuniária, in verbis: *“Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”*.

A Corte da Cidadina, recentemente, alterou o posicionamento adotado pela Terceira Seção no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.519.777/SP, de relatoria do Min. Rogerio Schietti Cruz - Tema 931 -, e acolheu a tese no sentido de que, *“na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade”*.

Constata-se:

*RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. REVISÃO DE TESE. TEMA 931. CUMPRIMENTO DA SANÇÃO CORPORAL. PENDÊNCIA DA PENA DE MULTA. CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE OU DE RESTRITIVA DE DIREITOS SUBSTITUTIVA. INADIMPLENTO DA PENA DE MULTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. COMPREENSÃO FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADI N. 3.150/DF. MANUTENÇÃO DO CARÁTER DE SANÇÃO CRIMINAL DA PENA DE MULTA. PRIMAZIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXECUÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO ART. 51 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO NÃO PROVIDO.1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia n. 1.519.777/SP (REsp n. 1.519.777/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti, 3ª S., DJe 10/9/2015), assentou a tese de que “[n]os casos em que haja condenação a pena privativa de liberdade e multa, cumprida a primeira (ou a restritiva de direitos que eventualmente a tenha substituído), o inadimplemento da sanção pecuniária não obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade”.2. Entretanto, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.150 (Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-170 divulg. 5/8/2019 public. 6/8/2019), o Pretório Excelso firmou o entendimento de que a alteração do art. 51 do Código Penal, promovida Lei n. 9.268/1996, não retirou o caráter de sanção criminal da pena de multa, de modo que a primazia para sua execução incumbe ao Ministério Público e o seu inadimplemento obsta a extinção da punibilidade do apenado. Tal compreensão foi posteriormente sintetizada em nova alteração do referido dispositivo legal, levada a cabo pela Lei n. 13.964/2019.3. Recurso especial não provido para manter os efeitos do acórdão que reconheceu a necessidade do integral pagamento da pena de multa para fins de reconhecimento da extinção da punibilidade, e acolher a tese segundo a qual, na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta*



*o reconhecimento da extinção da punibilidade (ProAfR no REsp n. 1.785.383/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, j. em 20/10/2020, DJe de 2/12/2020). Sem grifos no original.*

Ou seja, atentando-se para o caráter de sanção criminal da pena pecuniária, o atual posicionamento adotado pelas Cortes Superiores é de que se mostra incabível a extinção da punibilidade sem o devido pagamento do valor fixado a título de multa.

Nesse tocante, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina editou a Orientação n. 13 de e 29 de abril de 2020, a fim de dirimir inúmeras dúvidas a respeito do assunto, bem como para estabelecer um procedimento uniforme para tramitação das execuções de multa penal no Estado de Santa Catarina. Destaca-se:

*Considerando: a) a alteração da redação do art. 51 do Código Penal, trazida pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que fixou a competência para execução da multa penal perante o juízo de execução penal; b) o julgamento da ADI n. 3150 no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a legitimidade prioritária do Ministério Público para execução da multa penal; c) a recente alteração na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que adotou o entendimento de que a extinção da punibilidade depende tanto do cumprimento/ extinção da pena privativa de liberdade, quanto da pena de multa; d) a expressiva quantidade de dúvidas, sugestões e questionamentos acerca do tema que têm aportado nesta Corregedoria-Geral da Justiça; e, e) a necessidade de se estabelecer um procedimento uniforme para tramitação das execuções de multa penal no Estado de Santa Catarina, orienta o que segue.*

#### LINHAS GERAIS

*1. Ministério Público detém a legitimidade prioritária para execução da pena de multa pelo seu viés penal. Nesse caso, a multa será executada perante juízo com competência para execução penal, conforme detalhamento dos itens n. 5, n. 7.1 e n. 8. Se a multa não for executada pelo Ministério Público, a Fazenda Pública poderá executar o crédito e, nesse caso, a tramitação seguirá o rito fiscal (itens 7.2, 7.3, 7.4 e 7.5). Em nenhuma dessas hipóteses a multa deverá ser executada de ofício pelo cartório judicial.*

*2. **A execução da multa penal ajuizada pelo Ministério Público tramitará no sistema Eproc, em autos apartados.** A multa penal não poderá ser executada dentro do processo de execução penal. Esse se destinará à fiscalização das penas privativas de liberdade e restritivas de direito. Os passos a serem executados pelo Ministério Público são detalhados no item n. 6, e os procedimentos iniciais do cartório no item n. 8.*

*3. **Em virtude da alteração na jurisprudência dominante, para extinção da punibilidade e regularização dos direitos políticos a multa também precisará ser paga, razão pela qual não basta a extinção da pena do PEC.***

*Na prática, a nova sistemática exige a verificação de cumprimento tanto das penas privativas de liberdade e restritivas de direito, como das penas de multa. Os procedimentos específicos estão discriminados nos itens n. 8.6, n. 8.7, n. 8.8, n. 9 e n. 10.*

*4. Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o juízo da condenação intimará o apenado para pagamento da multa penal, no prazo de 10 (dez) dias.*

*A diretriz advém do julgamento da ADI n. 3150, no qual ficou sacramentado que, diante da inconstitucionalidade da redação do antigo art. 51 do Código Penal, não há que se falar em revogação dos arts. 164 e subsequentes da Lei de Execução Penal, conforme se colaciona:*

*“O Ministério Público é o órgão legitimado para promover a execução da pena de multa, perante a Vara de Execução Criminal, observado o procedimento descrito pelos artigos 164 e seguintes da Lei de Execução Penal”.*

*Em verdade, esse item meramente reproduz a disciplina já prevista no art. 381 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, o qual dispõe: “Art. 381. Após o trânsito em julgado da decisão da sentença impositiva da pena de multa, realizado o cálculo, o juízo da condenação intimará o condenado para pagá-la em 10 (dez) dias”.*

*5. Não realizado o pagamento no prazo do item precedente, o Ministério Público será intimado para ajuizamento da execução da multa penal perante o juízo competente em um prazo inicial de 90 (noventa) dias.*

*5.1 O prazo de 90 (noventa) dias é fruto de construção jurisprudencial e foi fixado no julgamento da ADI n. 3150 e poderá ser renovado, caso haja requerimento ministerial nesse sentido.*

*5.2 Durante o lapso temporal aludido no subitem precedente o processo criminal poderá permanecer suspenso.*

*5.3 Para os fins do subitem anterior, se o processo tramitar no Eproc, poderá ser utilizado o evento “Suspensão/ Sobrestamento - Aguardando Execução da Multa”, com prazo de 90 (noventa) dias.*

*5.4 Os processos paralisados por até 90 (noventa) dias, na situação prevista neste item, ficarão dispensados da necessidade de ajuste por ausência de movimentação para fins de inspeção correicional.*

*6. Independentemente do sistema em que se processou a ação de conhecimento, ou que está tramitando o processo de execução penal, as execuções de multa penal serão procedimentos autônomos e deverão ser ajuizadas no Eproc.*

*6.1 Conforme regula o art. 164 da Lei de Execução Penal, a execução da multa penal ocorrerá em autos apartados. Assim, as multas não deverão ser executadas dentro dos processos de execução penal, porquanto esses feitos serão utilizados para cumprimento das penas privativas de liberdade e/ou restritivas de direito.*

*6.2 O Ministério Público com atuação junto à vara com competência em execução penal poderá ajuizar a execução de multa através do menu petição inicial do Eproc, selecionando a competência execução penal e a classe “Petição Criminal”, conforme figura abaixo [...]. Sem grifos no original.*

À vista disso, assim tem decidido esta Corte de Justiça:

*“AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE EXTINGUIU A PUNIBILIDADE SEM O PAGAMENTO DA MULTA. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. JULGAMENTO DA ADI N. 3.150/DF PELO STF QUE ENTENDEU QUE A LEI N. 9.268/1996, AO PRESCREVER A MULTA PENAL COMO DÍVIDA DE VALOR NÃO RETIROU SEU CARÁTER DE SANÇÃO CRIMINAL. CONTUDO, NO CASO EM TELA, EXTINÇÃO DA PENA CORPORAL QUE NÃO SIGNIFICA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. EXECUÇÃO QUE DEVE SER PROMOVIDA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL EM AUTOS APARTADOS, DIRETAMENTE NO SISTEMA EPROC. ORIENTAÇÃO 13/2020 DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DESTE TRIBUNAL. PRECEDENTES DESTA CÂMARA CRIMINAL E DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. PLEITO ADUZIDO EM CONTRARRAZÕES PARA CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA E SUSPENSÃO DA PENA DE MULTA QUE NÃO MERECE CONHECIMENTO. PEDIDO QUE DEVE SER FEITO NO PRIMEIRO GRAU SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0002112-29.2020.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 11-02-2021).*

*AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE DECLAROU EXTINTA A PENA CORPORAL IMPOSTA À REEDUCANDA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE CASSAÇÃO*

*DO DECISUM E DETERMINAÇÃO DA INTIMAÇÃO DA AGRAVADA PARA ADIMPLIR A PENA DE MULTA. NECESSIDADE DE PAGAMENTO DO VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE MULTA. CARÁTER DE SANÇÃO CRIMINAL DA PENA PECUNIÁRIA. TESE FIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADI N. 3.150/DF E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AO REVISAR O TEMA 931. ALTERAÇÃO DO ART. 51 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE O JUÍZO EXECUTOR DETERMINAR A EXTINÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL E O ARQUIVAMENTO DO FEITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NÃO RECONHECIDA. PENA DE MULTA QUE DEVE SER EXECUTADA EM PROCEDIMENTO AUTÔNOMO A SER AJUIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, POR MEIO DO SISTEMA EPROC. ORIENTAÇÃO N. 13 DE 29 DE ABRIL DE 2020 DA CGJSC. “Na hipótese de condenação concomitante a pena privativa de liberdade e multa, o inadimplemento da sanção pecuniária obsta o reconhecimento da extinção da punibilidade” (STJ, ProAfR no REsp n. 1.785.383/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 20/10/2020 - Tema 931). RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0002060-33.2020.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 11-02-2021).*

Também este Órgão Fracionário:

*“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO QUE EXTINGUIU PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELO CUMPRIMENTO INTEGRAL. ALMEJADA A REFORMA DA DECISÃO, COM FUNDAMENTO NO INADIMPLEMENTO DA REPRIMENDA DE MULTA E NO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO JULGAMENTO DA ADI N. 3.150/DF PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIDADE JUDICIÁRIA QUE NÃO DECLAROU A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (ART. 66, II, DA LEP), MAS TÃO SOMENTE O RESGATE INTEGRAL DA PENA CORPORAL (ART. 109, DA LEP). INSTITUTOS QUE NÃO SE CONFUNDEM. ADEMAIS, REPRIMENDA PECUNIÁRIA QUE É EXECUTADA EM PROCESSO AUTÔNOMO, OU SEJA, EM AUTOS APARTADOS AOS DA EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, NOS MOLDES DA ORIENTAÇÃO N. 13/2020 DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DESTE TRIBUNAL E ART. 164 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. INEXISTÊNCIA, PORTANTO, DE ÔBICE AO ARQUIVAMENTO DO PEP. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.” (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 5080240-75.2020.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Norival Acácio Engel, Segunda Câmara Criminal, j. 09-02-2021).*

Portanto, conclui-se que a decisão recorrida não merece reparos, vez que o Magistrado a quo, apenas declarou cumprida a pena corporal de MARCIO FRANCISCO DA SILVA em relação aos fatos delitivos em relação aos quais sofreu condenação na ação penal autuada sob o n.º 0015161-16.2015.8.24.0023, com fulcro no art. 109 da Lei n.º 7.210/84, bem como julgou extinto o processo (PEC n. 0024366-35.2016.8.24.0023 SEEU - sequência n. 1.198)

Ressalta-se, por fim, que somente após o cumprimento da sanção pecuniária poderá ser declarada extinta a punibilidade do agravado pelo Juízo Executor, a teor do art. 66, II, da Lei de Execução Penal.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

**Desembargadora HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO**

**Relatora**

## **Apelação Criminal Nº 0009953-46.2018.8.24.0023/SC**

RELATOR: Desembargador SÉRGIO RIZELO

APELANTE: LUAN RIBEIRO ANGELO (RÉU)

ADVOGADO: THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

APELAÇÃO CRIMINAL. COLABORAÇÃO, COMO INFORMANTE, PARA O TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/06, ART. 37, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO.

1. JUSTIÇA GRATUITA. INTERESSE RECURSAL (CPP, ART. 577, PARÁGRAFO ÚNICO).  
2. COLABORAÇÃO, COMO INFORMANTE, PARA O TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/06, ART. 37). FUNÇÃO DE “OLHEIRO”. DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS.

1. Carece de interesse recursal o pedido de concessão da gratuidade da justiça se a pretensão foi assegurada na sentença resistida.

2. As declarações dos agentes públicos, no sentido de que, ao efetuarem patrulhamento em região dominada por organização criminosa, flagraram o acusado com rádio comunicador e dinheiro e foram recebidos com fogos de artifício, constituem prova suficiente do crime previsto no art. 37, caput, da Lei 11.343/06.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 21 de setembro de 2021.

**Desembargador SÉRGIO RIZELO**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Na Comarca da Capital, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Luan Ribeiro Angelo, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 37, caput, da Lei 11.343/06, nos seguintes termos:

É fato público e notório que o Morro do Mocotó é um dos maiores redutos de tráfico de entorpecentes da

Capital, havendo uma forte organização criminosa comandando a distribuição de substâncias proibidas. No dia 17 de maio de 2018, por volta meio-dia, no ponto conhecido por “Cabeça de Santo”, o denunciado Luan Ribeiro Angelo, na qualidade de “olheiro”, colaborava com traficantes desconhecidos, que efetuavam venda de substâncias ilícitas nas proximidades, passando informações, via rádio comunicador, acerca dos usuários de drogas que para lá se dirigiam, bem como verificava a chegada da força pública.

Concluída a instrução, o Doutor Juiz de Direito Rafael Brüning julgou procedente a exordial acusatória e condenou Luan Ribeiro Angelo à pena de 2 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, e 10 dias-multa, substituída a privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária de valor equivalente ao do salário mínimo, pelo cometimento do delito previsto no art. 37, caput, da Lei 11.343/06 (Evento 129).

Insatisfeito, Luan Ribeiro Angelo deflagrou recurso de apelação.

Em suas razões, busca a proclamação da sua absolvição, por entender que não há prova suficiente para a condenação.

De forma sucessiva, requer a concessão da gratuidade da justiça (Evento 153).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovemento do reclamo (Evento 158).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Jorge Orofino da Luz Fontes, manifestou-se pelo conhecimento parcial do apelo, não devendo ser conhecido o pedido de concessão de gratuidade, e pelo seu desprovemento (Evento 7).

## VOTO

1. O Recurso deve ser conhecido apenas em parte.

O pedido de concessão da gratuidade da justiça já foi deferido na sentença resistida (Evento 129). Logo, o pleito de sua concessão carece de interesse (CPP, art. 577, parágrafo único).

O pedido de proclamação da absolvição formulado no apelo preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

2. O anseio da decretação da absolvição do Apelante é inviável de acolhimento.

A materialidade é demonstrada por meio do conteúdo do boletim de ocorrência (Evento 1, docs3-4); do auto de exibição e apreensão (Evento 1, doc6); do relatório policial (Evento 1, docs14-15) e dos demais elementos informativos colhidos na fase administrativa, que comprovam a apreensão de um rádio comunicador e certa quantia de dinheiro com Luan Ribeiro Angelo.

A autoria delitiva, da mesma forma, está bem delineada no feito.

Os Policiais Militares Giovani Gedro Vianna Minichiello e Eduardo Mendes de Mattos declararam, em seus depoimentos prestados na fase administrativa, em resumo, que realizavam patrulhas na região da “Cabeça de Santo”, nesta Capital, conhecida pelo tráfico de drogas; foram alvo de disparo de fogos, momento em que decidiram dirigir-se ao local, percebendo que havia sido montada uma barreira; conseguiram identificar e surpreender os agentes por suas retaguardas (pelas costas) e, no momento em que se aproximaram, houve fuga; foi encontrado com o maior de idade o rádio comunicador, dinheiro e celular, e com o Adolescente o foguete (Evento 6, docs2-3, transcrição parcial da Sentença, Evento 129).

Ao ser ouvido em Juízo, o Militar Giovani Gedro Vianna Minichiello apresentou a mesma versão, minudenciando, em síntese, que os Policiais realizavam ronda ostensiva numa região chamada de “Cabeça de Santo”, localizada no morro do Mocotó, nesta Capital, que é conhecida pelo tráfico de drogas; no dia dos fatos houve fuga e um Adolescente disparou um foguete na sua direção e não para cima, como era costume, momento em que a guarnição optou por se afastar; logo em seguida retornaram e destruíram uma barricada que havia sido feita; aguardaram o retorno dos agentes dentro do mato existente nas proximidades e algum tempo depois começaram a escutar barulho dos dois agentes remontando a barreira destruída. Aclarou que encontraram o Adolescente com o foguete e, com o adulto, o Recorrente Luan Ribeiro Angelo, o rádio comunicador e dinheiro. Ao ser questionado pelo Ministério Público sobre a alegação da Defesa, de que o Apelante estaria indo comprar droga e o Adolescente vendendo, asseverou que o rádio comunicador foi encontrado com Luan Ribeiro Angelo e que nenhuma droga foi localizada no local (Evento 126, doc1, transcrição parcial da Sentença, Evento 129).

O Recorrente Luan Ribeiro Angelo, ao ser interrogado na fase administrativa (Evento 6, doc4), negou a prática do crime e, na judicial, foi declarado ausente, por isso não foi ouvido.

O Adolescente P. M. de M. admitiu, inquirido na fase administrativa, que era olheiro do tráfico e que Luan Ribeiro Angelo não tinha envolvimento com essa atividade (Evento 6, doc5).

Também não é crível a alegação de que *“os policiais não presenciaram o uso do rádio comunicador, não captaram nenhuma mensagem repassada, comprovação de que o réu estava por tempos nesta função, como campanas ou imagens de câmera, portanto, sendo apenas presumido os fatos diante da suposta posse”*.

Isso porque, conforme fora esclarecido pelos Policiais Militares atuantes no feito, a localidade conhecida como “cabeça do santo” é comandada por organização criminosa com ampla atuação no Estado de Santa Catarina, e quem milita na seara criminal bem sabe que não é razoável supor que quem atua na região age sem o respaldo de outras pessoas.

Não se está a afirmar que o Apelante era olheiro habitual daquela localidade, pois, se assim fosse, responderia pela prática do delito previsto no art. 35, caput, da Lei 11.343/06, e não pelo pormenorizado no seu art. 37.



Contudo, o acervo probatório coligido ao feito autoriza concluir que o Recorrente, ao menos na oportunidade narrada na denúncia, colaborou, como informante, com organização criminosa atuante naquela localidade, ao prestar informações sobre a aproximação policial, tanto que os Policiais que atuaram na sua prisão perceberam que suas chegadas foram comunicadas aos membros do grupo criminoso.

Renato Brasileiro de Lima esclarece:

Colaborar significa cooperar, prestar auxílio. No entanto, o art. 37 deixa claro que esta colaboração não pode se dar de qualquer forma. Na verdade, a tipificação do art. 37 está condicionada à colaboração como informante, o que significa dizer que este auxílio do agente deve estar restrito ao fornecimento de informações que, de alguma forma, contribuam para a prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei de Drogas. É o que ocorre, por exemplo, com o chamado “fogueteiro do tráfico”, responsável por avisar os traficantes acerca de eventual ação policial em determinada comunidade por eles dominada.

[...]

O crime do art. 37 da Lei de Drogas funciona como verdadeiro tipo penal subsidiário (soldado de reserva) em relação à associação para fins de tráfico (art. 35). Em outras palavras, para que o agente responda pelo crime do art. 37 da Lei de Drogas, sua colaboração deve ser obrigatoriamente eventual. Ou seja, apesar de não estar associado de maneira estável ou permanente a determinado grupo, organização ou associação, o agente colabora eventualmente com tais indivíduos, geralmente com o objetivo de receber determinada remuneração pelos serviços por ele ocasionalmente prestados (Legislação criminal especial comentada. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 782 e 784).

O Superior Tribunal de Justiça consoa: “não se admite a capitulação jurídica nos termos do art. 37 da Lei de Drogas, à conduta de ‘olheiro’, praticada mediante contribuição estável e permanente aos destinatários das informações que possibilitarão a prática do tráfico de drogas, já que a referida figura típica pressupõe o vínculo esporádico e eventual” (AgRg no HC 589.320, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j.14.9.20).

Também não é demais lembrar que, embora o tipo penal do art. 37 da Lei 11.343/06 faça expressa referência a grupo, organização ou associação, a doutrina recomenda, por meio da analogia in bonam partem, que a figura contemple, também, o informante que colabore eventualmente com um único traficante, pois, caso contrário, ele deveria responder como partícipe do crime de tráfico de drogas (CP, art. 29).

Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho aclaram:

não é tipificada neste artigo a conduta do agente que presta informações para um único traficante, que não esteja praticando o delito em concurso com outros agentes. Apesar de a regra ser a união dos agentes para a prática delitiva, nada impede a existência de um traficante solitário, que não pratique o crime em grupo, organização ou associação. Como a nova Lei de Drogas restringiu a conduta típica aos que contribuem com grupo, organização e associação, o informante não se enquadra no presente artigo. Neste caso, como responderia o informante de um traficante solitário? Sua conduta não será atípica, pois em razão do

disposto no art. 29 do CP, praticado como partícipe. Se, por exemplo, presta informações para um traficante solitário sobre o melhor local para a venda de drogas ou para aquisição de drogas, responderá pelo crime de tráfico posteriormente executado. Porém, tal solução fere de morte o princípio da isonomia, pois neste caso receberá pena de 5 a 15 anos, enquanto se tivesse contribuído para um grupo de traficantes receberia pena de dois a seis anos. Não há razão para distinguir, principalmente porque a situação de quem contribuiu com apenas uma traficante é menos grave do que aquela de quem contribuiu com um grupo de traficantes. A solução, justamente por isto, é a aplicação da analogia in bonam partem, de forma a ser alcançado pelo presente tipo penal também aquele que contribuiu com apenas um traficante, em razão da lacuna da lei (Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. 3. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 153-154).

Possuir “rádio comunicador”, conforme aclarado pelos informes orais coligidos aos autos, confere vantagem ao delinquente e prejudica a repressão ao crime que ele comete, pois lhe permite vigiar a movimentação dos agentes estatais, comprometendo o fator surpresa com que costumam atuar, facilita a fuga de suspeitos e a ocultação de drogas que seriam comercializadas e de armas que eventualmente conferem proteção ao contexto delitivo.

Assim, é mantida a condenação de Luan Ribeiro Angelo pelo cometimento do delito positivado no art. 37 da Lei 11.343/06, sem margem a acolher a tese absolutória formulada (CPP, art. 386, VII).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

**Desembargador SÉRGIO RIZELO**

**Relator**

## **Apelação Criminal Nº 0001674-61.2012.8.24.0062/SC**

RELATOR: Desembargador SÉRGIO RIZELO

APELANTE: JOSUE MARCOS DE JESUS DA SILVA (ACUSADO)

ADVOGADO: MARCOS JOSE CAMPOS CATTANI (OAB SC014773)

APELANTE: EZEQUIEL MARCOS DE JESUS SILVA (ACUSADO)

ADVOGADO: MARCOS JOSE CAMPOS CATTANI (OAB SC014773)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE (CP, ART. 129, § 3º). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DOS ACUSADOS. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. LEGÍTIMA DEFESA (CP, ART. 23, II E 25). INJUSTA AGRESSÃO. PROVA. DECLARAÇÕES DE INFORMANTES. ALEGAÇÃO DOS RÉUS. ÔNUS DA PROVA (CPP, ART. 156).

Os depoimentos de quatro pessoas que presenciaram os fatos, no sentido de que foram os acusados que investiram contra a Vítima e a lesionaram, sem que ela tivesse empreendido alguma ação agressiva contra eles, são suficientes para demonstrar que os agentes não agiram para repelir agressão injusta, atual ou iminente, não bastando a alegação deles, desprovida de elemento corroborante, de que foram xingados e ameaçados com uma faca, hipótese em que não é possível, nesse contexto, o reconhecimento da legítima defesa, dada a ausência de seus requisitos configuradores.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 14 de setembro de 2021.

**Desembargador SÉRGIO RIZELO**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Na Comarca de São João Batista, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I, do Código Penal, nos seguintes termos:

No dia 22 de outubro de 2011, por volta das 16 horas, no estabelecimento conhecido como “Bar do Sagarú”, localizado na SC-408, km 33, na localidade de Nega Chica, no município de Major Gercino, os denunciados Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva, com manifesta intenção de matar, agrediram violentamente a vítima José Tavares Filho, inclusive com o uso de um “socador”, causando-lhe as lesões descritas no laudo pericial de fls. 30-34.

Em virtude da gravidade das lesões, a vítima ficou internada no Hospital Regional de São José por mais de 30 dias, tendo lá adquirido uma infecção hospitalar.

A superveniência desta causa, contudo, não exclui a responsabilidade dos denunciados pelo resultado morte, porquanto o óbito da vítima também teve como causa o politraumatismo gerado pela ação contundente dos agressores.

O denunciado Josué Marcos de Jesus da Silva era quem portava o “socador” utilizado para agredir a vítima, ao passo que Ezequiel Marcos de Jesus da Silva portava uma arma de fogo, que somente não foi acionada porque o proprietário do bar, Celso José Albanaes, interviu na contenda, segurando um facão na mão e gritando ao segundo: “não atira porque eu te parto no meio”.

Após a intervenção da referida pessoa e depois de já terem desferidos vários golpes contra o ofendido, os denunciados empreenderam fuga.

Os denunciados agiram por motivo torpe, uma vez que estavam imbuídos do mesquinho sentimento de vingança, em razão de seu genitor, no dia anterior aos fatos, ter se envolvido em uma discussão de somenos importância com a vítima a respeito de lixos que em tese estariam sendo depositados por Marcos Santana da Silva na propriedade de José Tavares Filho (Evento 170).

Concluída a instrução preliminar, a Doutora Juíza de Direito Maria Augusta Tridapalli julgou admissível a acusação e pronunciou Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva pelo cometimento, em tese, do delito previsto no art. 121, § 2º, I, do Código Penal (Evento 248).

Insatisfeitos, Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva deflagraram recurso em sentido estrito (Evento 252).

O reclamo foi apreciado por esta Segunda Câmara Criminal em 4.6.19, que decidiu desprovê-lo. Participaram do julgamento, além deste relator, os Excelentíssimos Desembargadores Volnei Celso Tomazini e Norival Acácio Engel (Evento 264).

Submetidos a julgamento popular, o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri decidiu que Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva não agiram com a intenção de matar a vítima, sendo acolhida a tese de desclassificação da conduta para a configuradora do delito de lesão corporal (Evento 810).

Na sequência, o Doutor Juiz de Direito Alexandre Schramm julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva à pena

de 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, pelo cometimento do crime previsto no art. 129, § 3º, do Código Penal (Evento 809).

Insatisfeitos, Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva interpuseram conjuntamente recurso de apelação (Evento 825).

Sustentam que “há consonância” nos “boletins de ocorrência e depoimentos de testemunhas nos autos, que confirmaram que a Vítima estava munida com um facão no momento dos fatos”, de modo que eles, “em situação de iminente agressão, usaram dos meios físicos necessários para conter e repelir a investida da vítima”.

Ponderam que “teria a suposta vítima investido” contra eles “com uma faca em mãos, proferindo ofensas e estando visivelmente alterado em decorrência de uma discussão que teria tido com seu desafeto, pai dos réus”, razão pela qual “as lesões corporais causadas contra a vítima se deram em legítima defesa”.

Apontam que “foi necessária uma reação rápida, momento em que um dos irmãos se utilizou de um pedaço de madeira para se defender, vindo a repelir a injusta agressão provocada pela vítima, logrando êxito em desarmá-la”, quando “a vítima entrou em luta corporal com um dos apelantes e só veio a se desvencilhar quando seu irmão separou a briga”.

Sob tais argumentos, requerem as decretações das suas absolvições (eproc2G, Evento 15, doc2).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovemento do reclamo (eproc2G, Evento 20).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil, manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do apelo (eproc2G, Evento 23).

## VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Não há debate quanto à materialidade e à autoria do fato especificado na denúncia. Não há dúvida de que José Tavares Filho, Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva envolveram-se em contenda física que ocasionou a morte do primeiro. O recurso dos Apelantes limita-se à tese de que agiram em legítima defesa.

Conforme relatado, o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri desclassificou a conduta classificada na denúncia como homicídio qualificado para a configuradora do crime de lesão corporal seguida de morte, por entender que os Recorrentes não agiram como *animus necandi*.

O Doutor Juiz de Direito, então, analisou a tese de legítima defesa:

O e. Conselho de Sentença, com esteio no art. 5º, XXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em veredicto soberano, apreciando a espécie focada nos autos, reconheceu o 1º quesito, afirmando materialidade do evento praticado.

Reconheceu a autoria implicada no evento.

Entendeu pela desclassificação para crime de lesão corporal, de modo a acolher a tese defensiva.

Prejudicado o quesito geral de defesa.

Prejudicada a qualificadora de motivo torpe.

Restou ao Juízo, apenas, a tese defensiva correspondente à legítima defesa, porquanto as demais foram analisadas pelos jurados.

Nesse sentido, ao que se apanha do caderno processual, aliado aos depoimentos colhidos na data de hoje, somente os réus indicaram ter a vítima investido contra eles e, assim, essas versões restaram isoladas nos autos.

Nesse sentido, não havendo qualquer elemento que confirme a versão dos réus, a afastar as demais provas, especialmente colhidas em Juízo, que demonstram que os acusados, juntos, investiram contra a vítima, reputo não integrados os adminículos legais da excludente.

Incurso, pois, nas sanções do artigo 129, § 3º, do Código Penal (Evento 809).

O art. 25 do Código Penal estabelece que se entende “*em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem*”.

Os Apelantes, ao serem interrogados na Sessão do Tribunal do Júri, reiteraram as versões declinadas na fase extrajudicial (Evento 171, doc11-15) e na instrução preliminar (mídias do Evento 273, doc1.063-1.064), no sentido de que José Tavares Filho, inesperadamente, investiu contra eles, munido de uma faca, por conta de desavença que teve com o pai deles.

O Recorrente Josué Marcos de Jesus da Silva respondeu:

Estávamos voltando de Major Gercino onde tínhamos ido ver um serviço, o meu irmão é pintor e eu trabalho nos fins de semana com ele; o carro começou a dar problema, a temperatura começou a subir e a gente resolveu parar para pedir água para pôr no carro; paramos no que antigamente era a casa do Seu Pedro, um rapaz que não conhecemos atendeu e deu uma garrafa pet de água, colocamos no carro e devolvemos; quando meu irmã estava no carro vendo a temperatura e eu na frente do capô, veio a Vítima com uma faca, dizendo “você são os filhos do Lageaninho, vieram jogar lixo aqui”; eu saí correndo pro bar e ele veio atrás de mim, quando cheguei no fundo do bar eu peguei uma madeira que tinha numa pilha lá e joguei para trás nele, acertei a faca, que caiu no chão; ficamos brigando, grudados, um tentando derrubar o outro, sem troca de soco, até que meu irmão veio e deu um soco ou um empurrão nele e derrubou nós dois, ele caiu por cima de mim; nisso veio o dono do bar com um facão na mão, a gente foi indo pro carro, e



vieram o cara que tinha dado a água pra gente e a mulher da vítima, que tentou segurar a vítima; meu irmão pegou uma arma de brinquedo que tinha no carro, do filho dele, e ameaçou que ia atirar, para eles saírem dali; tudo isso deu uns dois minutos; não teve troca de socos, quando a gente foi pro carro eles vieram atrás; não tinha soqueira; eu não sabia da briga do meu pai com ele, eu não estava entendendo porque ele veio pra cima da gente falando de lixo; não falo com meu pai há anos, ele é um cara difícil; não fiquei lesionado e não registrei ocorrência; conversei com a minha mãe toda semana; pedimos água na casa e não no bar porque achava que era Seu Pedro que morava ali, que era quem morava quando eu era adolescente, depois eu fui pra São João Batista; quando eles vieram atrás depois, eu não vi mais faca, não sei o que deu da faca, eu chutei ela pra trás, mas não peguei; ele queria mais briga, a mulher dele segurou; não conhecia nenhum deles (mídia do Evento 823, doc3-4).

### O Apelante Ezequiel Marcos de Jesus da Silva declarou:

A gente foi ver um trabalho em Major e estávamos voltando, o carro deu problema e paramos para pedir água; eu coloquei, levei o litro de volta, e nisso veio um Senhor xingando com uma faca, apontada assim, dizendo “filho do Lageaninho”, e eu falei pro meu irmão que ele estava vindo xingando; eu estava no carro e meu irmão fora, meu irmão correu pro bar e ele foi atrás; ele não chegou a atacar, só veio apontando a faca; meu irmão juntou um pau e deu nele, a faca caiu e eles se grudaram; eu cheguei e dei um empurrão, e o dono do bar veio com um facão dizendo que ia partir nós no meio; fui no carro e falei que ia atirar; tudo deu cinco minutos; não sei da desavença do pai e dele; eu não me dou e não falo com meu pai (mídia do Evento 823, doc5).

As narrativas dos Recorrentes, contudo, estão isoladas nos autos, pois todas as demais pessoas que presenciaram os fatos confirmaram que foram Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva que iniciaram as agressões. Os relatos aclararam, inclusive, que eles arrumaram um artifício para atrair a Vítima José Tavares Filho para perto de onde estavam, a fim de que pudessem agredi-la.

### Lígia Silveira Tavares, viúva da Vítima, contou, na Sessão do Tribunal do Júri:

a gente estava em casa mais o meus primos, o Carlos e a Janice; eles foram pedir água, e o Carlos deu; depois eles vieram e falaram que tinha gado fora do terreno e meu marido foi ver; ele foi por dentro, que dá no bar, que é vizinho; eles se criaram por ali, depois se mudaram, eu tinha conhecimento com os pais deles, o Marcos e a Maria, mas eu não conhecia os dois; eles levaram o litro e avisaram que tinha gado fora; quando eu vi o meu marido já tava caído, eu vi eles correndo, os dois atrás dele, mas não consegui ver a agressão, porque foi atrás do bar; eu depois vi ele levantando, ele voltou todo sujo, roxo, machucado, eu peguei ele na estrada; eles vieram para o carro e falei que iria chamar a polícia, um deles mostrou uma arma e disse que eles voltariam; na hora, não deu pra ver ferimento muito grave, mas quebrou costela e perfurou o baço (mídia do Evento 823, doc1).

O relato é semelhante ao que ela ofereceu durante a fase da instrução preliminar:

apontou Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva e José Tavares Filho como os

autores das agressões impostas ao marido, frisando que este discutira com o genitor dos Recorrentes na sexta-feira; no sábado, os Recorrentes estiveram na sua residência, pediram água para colocar no radiador do carro, pois estava superaquecendo; o marido de sua prima estava fazendo uma visita e entregou a água aos Recorrentes, que saíram e depois retornaram para devolver o recipiente vazio, quando disseram que o gado da Vítima estava solto. Narrou que a Vítima saiu para ver os bovinos e, quando se aproximou do bar, os Recorrentes a abordaram, um deles portando um pedaço de madeira, passando a agredir José Tavares Filho; tentou ir onde seu esposo era agredido, mas não teve tempo; após espancarem o Ofendido, os Recorrentes entraram no carro e apontaram uma arma, dizendo que voltariam caso a Polícia fosse acionada. Asseverou que a Vítima ficou bastante lesionada, mas achou que não era grave; chegaram a ir ao hospital, mas o médico, dizendo que nada viu no raio-x, solicitou outro, porém o Ofendido não quis fazê-lo naquele momento; uma semana depois a Vítima estava muito mal, teve que vir às pressas para esta Capital, pois estava com hemorragia, e permaneceu na UTI, onde contraiu uma infecção e faleceu. Ao fim, disse que as agressões foram motivadas pelo desentendimento entre a Vítima e o pai dos Recorrentes (mídia do Evento 273, doc1.061, transcrição no acórdão do RESE, Evento 264, doc757).

#### Carlos Alberto Alves declarou na etapa judicial:

no dia dos fatos, estava visitando seu amigo José Tavares Filho, de alcunha “Zeca”, quando lá chegou um dos Acusados, estava pedindo água para colocar no radiador do carro; foi-lhe entregue a água; logo depois o rapaz voltou e devolveu o recipiente vazio, avisou que os animais da Vítima estavam soltos e saiu; a Vítima deixou sua casa para conferir se seus bovinos estavam livres; nesse instante os Recorrentes Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva, este armado de um pedaço de pau, aproximaram-se da Vítima que, ao perceber que seria agredida, começou a correr para longe; passado algum tempo a Vítima voltou lesionada. Pontuou que, após a agressão, o Recorrente Ezequiel apanhou uma arma em seu veículo, a qual só não utilizou porque o dono do bar saiu e seguiu Marcos; depois disseram que iriam embora e voltariam em outra oportunidade. Asseverou que as agressões foram motivadas porque o pai dos Recorrentes jogava lixo no terreno do Ofendido, em razão disso ambos sempre discutiam (mídia do Evento 273, doc1.057, transcrição no acórdão do RESE, Evento 264, doc755).

#### A esposa dele, Janice Tavares Alves, corroborou:

estava na casa da Vítima José Tavares Filho, juntamente com ela, a esposa dela e seu marido, quando os Recorrentes pediram água para colocar no radiador do carro e seu marido entregou-a; os Recorrentes saíram com o recipiente e depois voltaram para devolvê-lo; na oportunidade disseram ao “Zeca” que os bovinos estavam soltos e foram embora. Asseverou que a Vítima foi ao pasto e os Recorrentes pararam o carro próximo a ele, muniram-se de um pedaço de madeira ou enxada, e foram atrás de José Tavares Filho; passado algum tempo a Vítima apareceu lesionada e cheia de sangue; ao deixarem o local, os Recorrentes ainda ostentaram um revólver, colocando-o para fora do carro e, aos berros, prometeram que voltariam; a Vítima ficou internada de 30 a 40 dias e depois faleceu (mídia do Evento 273, doc1.057, transcrição no acórdão do RESE, Evento 264, doc755-756).

É importante destacar que Carlos Alberto Alves afirmou que, segundo sua ótica, os Recorrentes armaram uma “toacaia” para a Vítima quando afirmaram que havia animais fora do terreno, pois não havia gado algum perdido, ao passo que Janice Tavares Alves narrou que os Apelantes é que correram atrás de José Tavares Filho, que voltou machucado nas costelas e na cabeça, e que Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva avisaram que iriam voltar para terminar o que tinham começado.

Celso José Albanaes, proprietário do bar localizado nas proximidades da casa da Vítima, afirmou, sob o crivo do contraditório, que os Recorrentes foram os agressores iniciais:

Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva lesionaram gravemente José Tavares Filho. Historiou que «Zeca» vivia dizendo que o pai dos Recorrentes jogava lixo em seu terreno e que pedia para ele não fazê-lo; inclusive, um dia se encontraram na frente de seu bar e ouviu a Vítima pedir para o pai dos Recorrentes não descartar lixo na sua propriedade, isso deu início a uma discussão entre eles. Elucidou que, no dia seguinte, os Recorrentes foram à casa da Vítima pedir água para colocar no radiador do automotor, depois disseram à Vítima que seus animais estavam soltos, saíram, esconderam o automóvel e passaram a observar o que José Tavares Filho faria; quando a Vítima chegou perto do bar os Recorrentes investiram na sua direção, Ezequiel Marcos de Jesus da Silva, inclusive, munido de um pedaço de madeira. Mencionou que, ao vê-los perseguindo a Vítima, apanhou um facão e partiu no encaço dos Recorrentes; quando se aproximou eles espancavam a Vítima; pediu que parassem e um deles sacou uma arma de fogo; avisou que desferiria um golpe de facão caso efetuasse disparo contra a Vítima, então eles a largaram e foram embora; chamou a polícia e a Vítima permaneceu em casa após as agressões porque não quis ir ao hospital, sendo conduzida ao hospital quando estava muito mal (mídia do Evento 273, doc1.062, transcrição no acórdão do RESE, Evento 264, doc756).

Então, daqueles que presenciaram a cena, além dos Apelantes, ninguém mais afirmou que a Vítima investiu contra aqueles portando uma faca. Pelo contrário, aclararam que foram os Recorrentes que iniciaram a agressão, desembarcando do veículo automotor, com um pedaço de madeira, partindo ao encaço da fugitiva Vítima.

As Testemunhas Pedro Júlio dos Santos e Renato Padilha vieram aos autos somente para abonar a conduta social dos Apelantes e desqualificar o comportamento da Vítima, sem nada esclarecer sobre o fato descrito na denúncia (mídias do Evento 273, doc1.058 e 1.059).

Os pais de Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva, Marcos Santana da Silva e Maria de Souza da Silva, confirmaram que os filhos não tem bom relacionamento com o pai, e que a Vítima, por diversas vezes, reclamou acusando-os de colocarem lixo no terreno dela, a última vez, inclusive, no dia anterior ao evento fatídico e munido de facão. Relataram que não houve contenda física e que os filhos nem sequer sabiam das desavenças (mídias do Evento 273, doc1.055 e 1.060).

No entanto, quando foi interrogado na Delegacia de Polícia, Josué Marcos de Jesus da Silva afirmou “*que houve um desentendimento entre o Sr. José Tavares e seu pai Marcos Santana da Silva*”

(*vulgo Lageaninho*), no dia anterior, que o Sr. José Tavares alegava que Marcos havia jogado lixo em sua propriedade” (Evento 171, doc12).

Portanto, a prova oral revela que José Tavares Filho tinha uma desavença com Marcos Santana da Silva, pai dos Recorrentes, porque, segundo a Vítima, o genitor depositava lixo na propriedade dela. Inclusive, no dia anterior aos fatos em exame, a Vítima, de facão em punho, teria cobrado Marcos Santana da Silva quanto a essa situação, o que ocasionou o acontecimento trágico.

Não foi, então, por mera aleatoriedade que Josué Marcos de Jesus da Silva e Ezequiel Marcos de Jesus da Silva pararam o automóvel em frente à casa de José Tavares Filho. Ademais, quando não foram por este atendidos, formularam o artifício de dizer que um animal pertencente à Vítima estava na estrada, a fim de atraí-la para perto deles.

Nada há nos autos, fora as alegações dos Apelantes, no sentido de que tenham sido atacados pela Vítima, ao passo que a tal faca não foi apreendida.

Esta Corte de Justiça orienta que, “*De acordo com o artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo que, no sistema acusatório, cabe ao órgão do Ministério Público provar a materialidade e autoria delitiva, e, por outro lado, incumbe ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do poder punitivo estatal*” (Ap. Crim. 2014.017056-8, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 31.7.14). Assim, “*Nos termos do art. 156 do CPP, compete à defesa demonstrar a existência de hipótese de legítima defesa, de modo que, inexistente prova nesse sentido, impossível se falar em reconhecimento da causa excludente de ilicitude*” (Ap. Crim. 0000862-91.2017.8.24.0046, Rel. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 4.6.20).

As meras alegações dos Recorrentes, desprovidas de sustentáculo e contrariadas por todo o restante do arcabouço probatório, não são suficientes a comprovar que agiram para repelir injusta agressão, atual ou iminente e, por consequência, não está configurada, nem mesmo por dúvida razoável, a excludente de ilicitude da legítima defesa.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

**Desembargador SÉRGIO RIZELO**

**Relator**

## **Agravo de Execução Penal Nº 5014693-63.2021.8.24.0020/SC**

RELATOR: Desembargador SÉRGIO RIZELO

AGRAVANTE: PEDRO SILVERIO DE BORBA (AGRAVANTE)

ADVOGADO: THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS (DPE)

AGRAVADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVADO)

RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE DEFERE A PROGRESSÃO DE REGIME. RECURSO DO APENADO.

DATA-BASE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. MÉRITO. BOM COMPORTAMENTO. EXAME CRIMINOLÓGICO. COMPROVAÇÃO ANTERIOR.

A data-base para a progressão de regime, se inexistente outro evento modificador, deve ser aquela em que o apenado preencheu o último requisito, objetivo ou subjetivo, para ter direito à progressão anterior e, existindo nos autos manifesta comprovação pretérita de boa conduta carcerária, não se deve considerar a data de conclusão do exame criminológico como marco, pois indúvidas, nessa hipótese, a implementação antecedente do requisito subjetivo e a natureza declaratória do estudo técnico, especialmente quando este foi realizado de ofício pela autoridade prisional sem que houvesse determinação judicial.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para fixar a data-base em 10.5.21. Comunique-se imediatamente o Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Criciúma, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 21 de setembro de 2021.

**Desembargador SÉRGIO RIZELO**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Trata-se de recurso de agravo de execução penal intentado por Pedro Silvério de Borba, não conformado com o teor da decisão do Sequencial 31 do PEP 0004712-95.2019.8.24.0075 (SEEU), por meio da qual o Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Criciúma deferiu progressão do regime fechado ao semiaberto e fixou a data-base no dia da conclusão do exame criminológico.

Sustenta o Agravante que “a natureza da prestação jurisdicional, tratando-se de processos de

*execução penal, tem cunho declaratório, bastando que o magistrado reconheça o direito e alcance ao jurisdicionado”, e que é “incompatível com o sistema progressivo de cumprimento de pena atribuir acepção diversa na medida que tal implicaria transferir ao sentenciado o ônus da procrastinação da análise de seus direitos subjetivos”.*

Aponta que “*não foi outra a orientação que o Supremo Tribunal Federal apregoou no julgamento do leading case que ensejou uma guinada jurisprudencial sobre o tema*”.

Pondera que “*a melhor exegese a ser conferida é aquela pertinente à contemporaneidade do atingimento dos requisitos legais, isto é, uma vez preenchidos, basta que o ato judicial declare a progressão*”.

Sob tais argumentos, requer o provimento do recurso, “*para reconhecer a aplicação do novo entendimento do Supremo Tribunal Federal, determinando que o magistrado aplique*”, como data-base, o dia 29.12.20, e não 16.5.21 (eproc1G, Evento 1, doc1).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (eproc1G, Evento 9).

A Doutora Juíza de Direito manteve a decisão resistida (eproc1G, Evento 11).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Gilberto Callado de Oliveira, manifestou-se pelo desprovimento do agravo (eproc2G, Evento 7).

## VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

O Agravante Pedro Silvério de Borba cumpria pena em regime fechado na Comarca de Tubarão e foi transferido para a Penitenciária Sul, na Comarca de Criciúma (SEEU, Sequencial 6).

Por conta da “*proximidade da data de alcance do requisito objetivo para o benefício*” da progressão de regime - que, na verdade, já havia ocorrido cerca de seis meses antes -, o Servidor Público do Cartório da Vara de Execuções Penais da Comarca de Criciúma instaurou incidente de progressão e solicitou à unidade prisional o “*relatório de vida carcerária ou boletim penal informativo atualizado*” e o “*atestado de comportamento carcerário atualizado*” (SEEU, Sequencial 18).

Em ofício, a Gerente de Execuções Penais da Penitenciária Sul informou que já estava agendada a realização de exame criminológico e juntou o boletim penal (SEEU, Sequencial 21).

Com o aporte do exame aos autos (SEEU, Sequencial 24), após manifestação do Ministério Público (SEEU, Sequencial 28), a Magistrada de Primeiro Grau concedeu a progressão de regime



(decisão ora resistida), nos seguintes termos:

Conclui-se, nesta senda, que está satisfeito o requisito objetivo desde 29/12/2020.

No que tange ao requisito subjetivo, verifico que apresenta bom comportamento carcerário. Doutra parte, no exame criminológico realizado em 16/6/2021 a comissão técnica de classificação emitiu parecer favorável à unanimidade à concessão da benesse (seq. 24).

Logo, o pleito comporta deferimento.

[...]

Ante o exposto, defiro o pedido de progressão de Pedro Silverio de Borba, para o regime semiaberto.

Fixo o dia 16/6/2021 como data-base para progressão ao regime aberto, pois foi quando restaram satisfeitos os requisitos objetivo e subjetivo para a presente progressão, conforme exame criminológico acima mencionado (STJ, AgRg no HC 540250/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 5/3/2020) (SEEU, Sequencial 31).

O Superior Tribunal de Justiça era unânime em deliberar que “*o termo a quo para obtenção da progressão de regime é a data do efetivo ingresso do Apenado ao regime anterior, não podendo a decisão judicial considerar tempo ficto ou retroagir à data do preenchimento dos requisitos [...]*” (AgRg no HC n. 218.262/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Regina Helena Costa, Dje de 28/5/2014)” (AgRg no REsp 1.556.922, Rel. Min. Félix Fischer, j. 28.6.16).

A orientação era seguida pacificamente por este Tribunal de Justiça: Recursos de Agravo de Execução Penal 0900041-72.2016.8.24.0054, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 22.11.16; 0001619-03.2016.8.24.0020, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 19.5.16; 2015.043708-3, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 18.8.15; 2015.001458-6, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 17.3.15; 2013.089432-8, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 1º.4.14; e 2013.023204-7, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 27.6.13.

No entanto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar o tema, deliberou:

4. Na execução da pena, o marco para a progressão de regime será a data em que o apenado preencher os requisitos legais (art. 112, LEP), e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior. 5. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória, e não constitutiva. 6. Deve ser aplicada a mesma lógica utilizada para a regressão de regime em faltas graves (art. 118, LEP), em que a data-base é a da prática do fato, e não da decisão posterior que reconhece a falta. 7. Constrangimento ilegal reconhecido, ordem concedida (HC 115.254, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.12.15).

Do corpo do voto extrai-se:

considerar a data-base para benefícios futuros somente como o dia da decisão de deferimento proferida pelo magistrado, seria fazer vista grossa à mora judiciária em detrimento do apenado cumpridor de suas obrigações.

[...]

Ao meu sentir, o maior problema, em situações como a dos autos, é a omissão, e não o indeferimento dos pedidos, como se pode pensar. É obrigação do Poder Judiciário, como Estado, examinar os requerimentos, quaisquer que sejam, em um prazo razoável, ainda que os indefira, fundamentadamente. Tal é ainda mais certo quando a inércia estatal gera prejuízo à liberdade do requerente. É essencial que se atenda ao princípio constitucional da duração razoável do processo, não podendo exigir que o reeducando, pessoalmente, arque com as deficiências do aparato judicial. Todos têm direito a uma resposta, mesmo que contra suas pretensões. É exatamente isso que devemos assegurar.

Dessa forma, o marco para a progressão será a data que efetivamente corresponda ao preenchimento dos requisitos legais, e não a do início do cumprimento da reprimenda no regime anterior, sob pena de constrangimento ilegal. Essa é a melhor leitura da regra explicitada pelo artigo 112 da Lei de Execução Penal, entendendo a decisão judicial como declaratória do direito do apenado, com base no mesmo raciocínio aplicado à penalidades disciplinares decorrentes de falta grave, conforme previsão do artigo 118 do mesmo diploma legal. Dessa forma, faz-se um sistema lógico e justo.

A Suprema Corte concluiu, então, que o apenado não pode ser prejudicado pela demora do Poder Judiciário em garantir os direitos da execução penal, e que o tempo em excesso no regime indevido deve ser contabilizado como pena cumprida para o preenchimento do requisito objetivo da próxima progressão.

Em razão disso, o Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas, promoveu overruling da sua jurisprudência (HC 358.566, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. 4.10.16; e HC 369.774, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 22.11.16).

Não significa, no entanto, que a data-base será sempre no dia do cumprimento do requisito objetivo, conforme pretende o Agravante.

Isso porque o alcance da progressão de regime não decorre da mera passagem do tempo, mas da sua necessária combinação com mérito comportamental.

Pode ser que o apenado, no dia em que cumprido o aspecto objetivo, não tenha demonstrado comportamento capaz de levá-lo ao próximo degrau da execução, razão pela qual somente quando isso vier a acontecer é que estarão presentes todos os requisitos necessários à progressão e, por consequência, este será o marco para direito futuro. E se para a aferição do requisito subjetivo faz-se necessária a realização de exame criminológico, é o exame que serve de data-base.

Esta é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. DATA-BASE PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. REQUISITO SUBJETIVO IMPLEMENTADO EM MOMENTO ULTERIOR À VERIFICAÇÃO DO REQUISITO OBJETIVO. PREVALÊNCIA DO MOMENTO DE PREENCHIMENTO DO ÚLTIMO REQUISITO. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS DA IMPETRAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE O WRIT. 1. O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos (AgRg no RHC n. 110.812/PR, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Quinta Turma, DJe 10/12/2019). 2. No caso, o Tribunal de origem decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que embora preenchido anteriormente o requisito objetivo pelo agravante, a data-base a ser considerada para fins de nova promoção carcerária é o momento em que foi implementado o último requisito legal, qual seja, o requisito subjetivo, atestado por meio do relatório conjunto de avaliação do exame criminológico. Precedente. 3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 655.303, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 1º.6.21).

E:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DATA-BASE. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. PREENCHIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não se verifica a existência de constrangimento ilegal apto a ensejar a concessão da ordem, uma vez que o entendimento a que chegou o Tribunal de origem, no que se refere ao marco inicial para concessão de progressão de regime, está em consonância com o entendimento desta Corte Superior, segundo o qual “a data-base para verificação da implementação dos requisitos objetivo e subjetivo, previstos no art. 112, da Lei n. 7.210/84, deverá ser definida de forma casuística, fixando-se como termo inicial o momento em que preenchido o último requisito pendente, seja ele o objetivo ou o subjetivo” (HC n. 358.566/RS, relator o Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 21/10/2016). 2. “Em razão da determinação de realização de exame criminológico, reputa-se preenchido o requisito subjetivo no momento em que houve parecer técnico favorável, sendo esta a data-base a ser considerada para nova progressão, não obstante o requisito objetivo haver sido preenchido em momento anterior” (AgRg no HC n. 634.186/SP, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe 30/3/2021). 3. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 662.270, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 25.5.21).

Esta segunda Câmara também delibera que “a data-base para a progressão ao regime aberto, se inexistente outro evento modificador, deve ser aquela em que o apenado preencheu o último requisito, objetivo ou subjetivo, para ter direito à progressão ao regime semiaberto, e não a data em que efetivamente ingressou no sistema intermediário” (Rec. de Ag. 0001872-20.2019.8.24.0041, deste relator, j. 26.5.20). Não destoam os demais Órgãos Fracionários, vide Recursos de Agravo 5006227-80.2021.8.24.0020, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 26.8.21; 5014117-70.2021.8.24.0020, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 24.8.21; 5008755-87.2021.8.24.0020, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, j. 8.7.21; e 5020721-81.2020.8.24.0020, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, j. 18.2.21.

Não pode ser assim, contudo, no presente caso.

Primeiramente porque o exame criminológico era desnecessário.

O art. 112, caput, da Lei de Execução Penal elencava, como requisito subjetivo para a progressão de regime, “*ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento*”. A nova redação acerca do requisito, dada pela Lei 13.964/19 e levada para o § 1º, não é muito diferente, aludindo que, “*em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão*”.

Segundo Renato Marcão, “*bom comportamento carcerário é o comportamento daquele que se põe de forma ajustada os regramentos de disciplina do estabelecimento prisional*” (Curso de execução penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 163).

Com o advento da Lei 10.792/03, a qual alterou a redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, não mais é exigida a realização de exame criminológico para a concessão da progressão de regime, podendo o comportamento do apenado ser apontado pela Autoridade Prisional. A conclusão é a mesma após a Lei 13.964/19.

Os Tribunais Superiores firmaram entendimento no sentido de que a realização do referido exame, mesmo sem ser obrigatório para fins de análise do requisito subjetivo, não está vedada no ordenamento jurídico, podendo ser determinado, em decisão fundamentada, caso haja necessidade.

Nada impede que o Juízo da Vara de Execuções Penais, com base no princípio do livre convencimento e de acordo com a peculiaridade do caso analisado, determine a submissão do apenado à perícia criminológica, visando aferir, sobretudo, o seu grau de periculosidade.

Entender de modo contrário poderia reduzir a Autoridade Judiciária à função de meramente cancelar deliberações administrativas, retirando-lhe seus poderes instrutórios e inerentes ao exercício da jurisdição, ferindo gravemente o princípio da jurisdicionalização da pena.

Outrossim, e como o art. 33, § 2º, do Código Penal positiva que as penas privativas de liberdade deverão ser executadas “segundo o mérito do condenado”, não se pode afastar do Magistrado a possibilidade de livremente formar o seu convencimento.

A possibilidade da realização do exame criminológico, inclusive, foi objeto de Súmula Vinculante editada pela Suprema Corte, bem como de Enunciado do Superior Tribunal de Justiça, as quais dispõem:

Súmula Vinculante 26 do STF: Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Súmula 439 do STJ: Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada.

Está claro, portanto, que a realização do exame criminológico, embora não mais obrigatória, é possível, tratando-se de hipótese inserida na esfera de discricionariedade do Magistrado, o qual deve analisar caso a caso a necessidade do estudo técnico, e solicitá-lo, por meio de decisão fundamentada, quando convier.

No caso, nem sequer houve determinação judicial de realização do exame.

O procedimento foi instaurado de ofício pela Autoridade Prisional em razão da chegada do Apenado na Penitenciária Sul, com lastro no art. 6º da Lei de Execução Penal (SEEU, Sequenciais 21 e 24). Tal comando legal, ao complementar o artigo antecedente (“Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”), estabelece que “a classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório”, ao passo que, o art. 8º, especificamente, prevê que “o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução”. Não tem ligação necessária, portanto, com a progressão de regime.

Em síntese, a realização do exame criminológico nem sequer decorreu de decisão judicial, de modo que, por óbvio, não há a devida fundamentação para que ocorresse.

Além disso, o boletim penal atesta que, ao menos desde 10.5.21, o comportamento do Agravante é classificado como “bom” pela Autoridade Prisional (SEEU, Sequencial 21), o que é suficiente à aferição do requisito subjetivo nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, porque não há no PEP nenhum elemento informativo desabonador da conduta de Pedro Silvério de Borba que indique a necessidade do exame criminológico ou de divergir-se da classificação administrativa.

Assim, é forçoso convir que, mesmo antes do desnecessário exame criminológico, o aspecto comportamental estava preenchido.

Em casos tais, no qual o requisito subjetivo está evidentemente preenchido antes do exame criminológico, que somente vem a corroborar essa conclusão, não se pode ter a data do estudo como marco para direito vindouro, conforme orienta o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. DATA-BASE PARA FUTURAS PROGRESSÕES. DATA NA QUAL EFETIVAMENTE IMPLEMENTADOS OS REQUISITOS DA LEI 7.210/1984 (ART. 112). AGRAVO IMPROVIDO. 1. A partir da edição da Lei 10.792/03, a realização de exame criminológico deixou de constar do rol dos requisitos legais para a progressão de regime, não podendo a data-base para a concessão do benefício ficar atrelada à emissão de laudo pericial favorável ao reeducando, sob pena de se criar uma exigência não prevista em lei, em manifesta afronta ao princípio da reserva legal. 2. Possuindo o reeducando bom comportamento

carcerário, deve-se considerar como data-base para a progressão de regime o dia em que efetivamente preenchido o requisito objetivo e não a data de conclusão do exame criminológico favorável, uma vez que antes mesmo da elaboração do laudo técnico, o requisito subjetivo do bom comportamento, já havia se implementado. A decisão que defere a progressão de regime tem natureza declaratória (não constitutiva). 3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 622.616, Rel. Min. Olindo Menezes, j. 3.8.21).

Diante disso, deve a data-base ser fixada em 10.5.21, que é o dia mais antigo comprovado nos autos quanto ao preenchimento dos requisitos objetivo (29.12.20) e subjetivo (10.5.21). A classificação anterior, de 11.11.18, era de comportamento regular (SEEU, Sequencial 21). Nada impede que, comprovado pela Defesa que o comportamento era bom ainda antes 10.5.21, seja modificada novamente a data-base.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para fixar a data-base em 10.5.21. Comunique-se imediatamente o Juízo da Vara de Execuções Penais da Comarca de Criciúma.

**Desembargador SÉRGIO RIZELO**  
**Relator**



## TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

### AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001257-79.2019.8.24.0057/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR VOLNEI CELSO TOMAZINI

AGRAVANTE: NILTON ANTONIO DA SILVA (RÉU)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO, NA FORMA DO ART. 1.030, INCISO I, ALÍNEA “A”, DO CPC. TEMA 182 DO STF. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO ARE 742.460/RJ PARA DISCUTIR MATÉRIA RELACIONADA À QUESTÃO DE VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, NA FUNDAMENTAÇÃO DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE PELO JUÍZO SENTENCIANTE. ANÁLISE DA ALEGAÇÃO QUE DEPENDE DO PRÉVIO EXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 182). TESE PARADIGMA ADEQUADAMENTE APLICADA AO CASO CONCRETO.

*“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 742.460/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 28-8-2009).

TEMA 660/STF: PRETENSA DISSOCIAÇÃO DO PARADIGMA EM RELAÇÃO À HIPÓTESE VERTIDA NOS AUTOS. DISTINÇÃO INOCORRENTE. VIOLAÇÃO DIRETA DO TEXTO CONSTITUCIONAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO ARE 748.371/MT, PARA DISCUSSÃO DE MATÉRIA RELACIONADA À OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LIV E LV, DA CF), PRECISAMENTE QUANDO A ANÁLISE DA ALEGAÇÃO DEPENDER DE PRÉVIO EXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. JUÍZO DE SUBSUNÇÃO, NO PONTO, IRRETOCÁVEL.

O Supremo Tribunal Federal, sob regime de repercussão geral, firmou orientação no sentido de que, em se tratando de “[...] tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal”, quando o “julgamento da causa depende de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais”, ausente está a repercussão geral. (STF, ARE n. 748.371/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 6-6-2013).

RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia Câmara de Recursos Delegados do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do agravo interno e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e

notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 30 de junho de 2021.

**Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Nilton Antônio da Silva, 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 (AI 742.460/RJ – Tema 182/STF; ARE n. 748.371/MT – Tema 660/STF), negou seguimento a recurso extraordinário (Evento 43).

De acordo com o agravante, em suma, os paradigmas foram inadequadamente aplicados à espécie. Relativamente ao Tema 660/STF, considera que o entendimento versado no ARE n. 748.371/MT “*impede que o cidadão leve ao conhecimento da Suprema Corte questões que afrontam direitos e garantias fundamentais*”, de sorte a vulnerar o acesso à justiça (Evento 66, fl. 8).

Quanto ao mais, sustenta que “*não há falar na aplicação do Tema 182/STF*”, na medida em que, segundo aduz, “*o pleito defensivo não pretende a redução da pena basilar, que é estabelecida de acordo com o art. 59 do Código Penal*” (Evento 66, fl. 11).

Nesses termos, entre outras considerações formuladas, requer “*seja o presente agravo conhecido e provido, determinando-se a remessa do Recurso Extraordinário [...] ao Supremo Tribunal Federal*”, a fim de que “*seja devidamente processado, conhecido e provido*” (Evento 66, fl. 12).

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina “*propõe o conhecimento do agravo interno interposto, mas, no mérito, requer que lhe seja negado provimento para manter-se íntegra a decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário*” (Evento 73).

Mais adiante, o provimento agravado resistiu ao juízo de retratação, após o que os autos foram encaminhados à Secretaria desta Câmara de Recursos Delegados para inclusão em pauta, nos termos do artigo 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

É o relatório.

## **VOTO**

Cuida-se de agravo interno mediante o qual a parte insurgente pretende a reforma de juízo negativo de admissibilidade exarado pela 2ª Vice-Presidência deste Tribunal, com consequente

ascensão de recurso extraordinário à Corte de destino, ao fundamento de que o acórdão impugnado pela via extrema infringiu preceitos de ordem constitucional, mais especialmente o art. 5º, incisos XLVI, LIV e LV, da Constituição Federal.

Anote-se, desde logo, que o reclamo sob enfoque supera o juízo de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido. No mérito, entretanto, as teses articuladas não prosperam.

### **Tema 660/STF**

Depreende-se dos autos que a negativa de seguimento à rebeldia constitucional adotou, como um dos fundamentos, decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Agravo em Recurso Extraordinário n. 748.371-RG/MT, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, que negou a existência de repercussão geral, nos seguintes termos:

*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 748.371 RG/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 06/06/2013, DJe 01/08/2013).*

Do corpo do acórdão, extrai-se:

*[...] Devido ao potencial multiplicador da demanda, submeto o tema à análise de repercussão geral.*

*Inicialmente, verifico que o recurso extraordinário fundou-se em suposta violação ao princípio da ampla defesa, em virtude da ausência de intimação para manifestação acerca de cálculos referentes à purgação da mora que fora requerida.*

*Sobre o tema, relembro que a ampla defesa possui densidade constitucional, portanto admite, em situações excepcionais de manifesto esvaziamento do princípio, o acesso à jurisdição desta Suprema Corte, por meio de recurso extraordinário.*

*A propósito, assinalou a Corte Constitucional alemã: “Na interpretação do direito ordinário, especialmente dos conceitos gerais indeterminados (Generalklausel), devem os tribunais levar em conta os parâmetros fixados na Lei Fundamental. Se o tribunal não observa esses parâmetros, então ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde).*

*Não há dúvida, por outro lado, de que essa orientação prepara algumas dificuldades, podendo converter a Corte Constitucional em autêntico Tribunal de revisão.*

*É que, se a lei deve ser aferida em face de toda a Constituição, as decisões não de ter a sua legitimidade verificada em face da Constituição e de toda a ordem jurídica. Se se admitisse que toda decisão contrária ao direito ordinário é uma decisão inconstitucional, ter-se-ia de acolher, igualmente, todo e qualquer recurso constitucional interposto contra decisão judicial ilegal.*

*Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de*

que, na interpretação e aplicação do direito, o Juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial. Não raras vezes, observa a Corte Constitucional que determinada decisão judicial afigura-se insustentável, porque assente numa interpretação objetivamente arbitrária da norma legal (*Sie beruht vielmehr auf schlechthin unhaltbarer und damit objektiv willkürlicher Auslegung der angewendeten Norm*).

Embora o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo Bundesverfassungsgericht revele especificidades em relação ao modelo brasileiro, é certo que a ideia de que a não-observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional tem aplicação também entre nós.

Ressalte-se, ainda, que, no Brasil, os possíveis abusos cometidos na aplicação da lei como o afastamento completo de sua incidência podem configurar ofensa direta ao art. 97 da Constituição e à Súmula Vinculante 10 desta Corte, ensejando até mesmo a propositura de reclamação constitucional.

Não obstante todas essas premissas, verifico que a controvérsia no caso sob exame limita-se à suposta má aplicação da legislação infraconstitucional, sobretudo do Código de Processo Civil.

Registro que o Supremo Tribunal Federal tem, reiteradamente, negado seguimento monocraticamente a casos como este. Nesse sentido, confirmam-se, os seguintes julgados monocráticos: RE 704.143, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 1º.10.2012; AI 720.556, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 4.3.2010; ARE 734.631, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 15.5.2013; ARE 659.794, de minha relatoria, DJe 14.5.2013; ARE 645.591, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 9.5.2013; ARE 743.209, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 743.209; ARE 743.742, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 6.5.2013; RE 594.459, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 14.5.2013; AI 760.304, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 21.11.2012; e ARE 737.256, Rel. Min. Marco Aurélio.

Ocorre que a repercussão geral, como sistemática de racionalização do julgamento de recursos extraordinários por meio da seleção de processos paradigmas de controvérsias, possibilita à Corte fixar diretriz sobre os temas controvertidos, para que o entendimento seja replicado nos processos repetitivos, pelos tribunais de origem.

Portanto, é preciso que o Supremo Tribunal Federal transponha a dificuldade de julgamentos monocráticos individualizados de processos repetitivos, cuja consequência é sempre a não admissibilidade, para racionalizar o julgamento dessas demandas natimortas.

Verifico, ainda, que o mesmo raciocínio acima apresentado se aplica às questões em que se invocam violações aos princípios do contraditório, e do devido processo legal, bem como aos limites da coisa julgada.

A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a suposta afronta a tais postulados, se dependente de prévia violação de normas infraconstitucionais, configura ofensa meramente reflexa ao texto constitucional.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados de ambas as Turmas desta Corte: AI-AgR 798.725, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19.2.2013; AI-AgR 739.449, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 14.8.2012; AI-AgR 816.034, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 22.2.2011; AI-AgR 243.406, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 24.11.2000; RE-AgR 418.544, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 22.4.2005; AI-AgR 322.082, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 10.8.2001; AI-AgR 272.191, Rel. Min. Néri Da Silveira, Segunda Turma, DJ 23.2.2001; AI-AgR 237.138, Rel. Min. Celso De Mello, Segunda Turma, DJ 08.9.2000; ARE-AgR 731.030, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10.5.2013; AI-AgR 669.411, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25.9.2009; AI-AgR-AgR 628.219, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 23.11.2007.

O mesmo entendimento já foi ratificado pelo Plenário, nos seguintes precedentes: RE 583.747, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 30.4.2009; RE-RG 637.135, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 5.9.2011; ARE-RG 639.228, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 31.8.2011, este último com a seguinte ementa:

*Agravo convertido em Extraordinário. Inadmissibilidade deste. Produção de provas. Processo judicial. Indeferimento. Contraditório e ampla defesa. Tema infraconstitucional. Precedentes. Ausência de repercussão geral. Recurso extraordinário não conhecido. Não apresenta repercussão geral recurso extraordinário que, tendo por objeto a obrigatoriedade de observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial, versa sobre tema infraconstitucional.*

*Ante o exposto, manifesto-me pela rejeição da repercussão geral do tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais.*

Inconformado, o agravante considera que o entendimento versado no Tema 660/STF não se coaduna com a hipótese em apreço, por força, fundamentalmente, do seguinte raciocínio (Evento 66, fls. 8-9):

*[...] o entendimento de que a ofensa reflexa ou indireta à CF/1988 não autoriza a interposição de Recurso Extraordinário impede que o cidadão leve ao conhecimento da Suprema Corte questões que afrontam direitos e garantias fundamentais, inviabilizando o acesso à justiça, outro direito garantido pelo art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.*

*Assim, ao contrário do que foi registrado no acórdão da Terceira Câmara Criminal decidiu, a mutatio libelli só pode ser realizada na hipótese do art. 384, caput, do CPP, desde que exista novo elemento ou circunstância não descrita na denúncia, oriunda da instrução probatória realizada em juízo. [...].*

*Não foi o caso dos autos, pois o Parquet, ao oferecer a denúncia originária, já tinha conhecimento de todos os fatos, de modo que não poderia ter aditado a peça acusatória naquele momento, especialmente porque a denúncia inicial já havia sido recebida e porque a situação não se enquadrava na regra do art. 384, caput, do CPP.*

Considera, assim, que, relativamente ao paradigma em cotejo, o caso dos autos preenche os requisitos que autorizam a ascensão do apelo extremo.

Porém, sem razão.

Embora a tese exhiba como referência, entre outros, o art. 5º, incisos LIV e LV, do Texto Magno, a matéria suscitada demanda a verificação, concreta e circunstancialmente, de eventual transgressão ao artigo 384, *caput*, do Código de Processo Penal, mencionado pelo próprio insurgente, sem o que não será possível aquilatar se o aditamento da exordial acusatória, na hipótese dos autos, implicou prejuízo aos consectários constitucionais invocados, mesmo porque, a teor do artigo 563, também do CPP, “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”.

Com efeito, de todo evidente, então, que o texto constitucional, pura e simplesmente, não se afigura suficiente ao deslinde da tese apresentada.

Irretocável, assim, o raciocínio adotado pela decisão recorrida.

A propósito do assunto, colhe-se da jurisprudência da Câmara de Recursos Delegados:

*AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA FORMA DO ART. 1.030, INCISO I, ALÍNEA A, DO CPC/2015. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO ARE 748.371-RG/MT, PARA DISCUTIR MATÉRIA RELACIONADA À OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LIV E LV, DA CF) QUANDO A ANÁLISE DA ALEGAÇÃO DEPENDER DO PRÉVIO EXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 660). TESE PARADIGMA ADEQUADAMENTE APLICADA AO CASO CONCRETO. RECLAMO NÃO PROVIDO.*

*“O Supremo Tribunal Federal sedimentou inexistir repercussão geral quando alegada ‘suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal’ e o julgamento da causa for “dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais” [...] (STF, ARE 748.371 RG/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 06/06/2013). (TJSC, Agravo Interno n. 0008163-31.2010.8.24.0080, de Xanxerê, rel. Des. 2º Vice-Presidente, Câmara de Recursos Delegados, j. 02-08-2019).*

Logo, uma vez mais, oportuno consignar que se mostra absolutamente acertado o juízo de adequação levado a efeito pela 2ª Vice-Presidência, haja vista inexistir divergência entre a compreensão firmada no paradigma e o que foi decidido por este Tribunal de Justiça, razão pela qual o agravo interno deve ser desprovido no ponto.

### **Tema 182/STF**

Relativamente ao paradigma em tela, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso representativo da controvérsia (AI n. 742.460/RJ), sob a relatoria do Min. Cezar Peluso, reconheceu a ausência de repercussão geral da questão atinente à valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na fundamentação da fixação da pena-base pelo juízo sentenciante, por não se tratar de matéria constitucional.

A propósito, cita-se a ementa do julgado:

*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 (AI 742460 RG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 28/08/2009, DJe 25/09/2009).*

No caso dos autos, o recorrente considera equivocada a incidência do respectivo paradigma.

Sob essa premissa, afirma que, por ocasião do apelo extremo, “a defesa pugnou pela redução da



*pena na segunda fase da dosimetria, em razão da violação ao art. 5º, XLVI, da CF/1988 (ocorrência de bis in idem)”.*

Assim, considera que “*não há falar na aplicação do Tema 182/STF*”, pois alegadamente “*o pleito defensivo não pretende a redução da pena basilar, que é estabelecida de acordo com o art. 59 do Código Penal*” (Evento 66, fl. 11).

Novamente, sem razão.

Isso porque, não obstante a defesa pretenda a redução da reprimenda na segunda fase da dosimetria apenatória, a verificação da tese explorada em sede de recurso extraordinário perpassa, necessariamente, pelo exame das circunstâncias judiciais subjacentes ao artigo 59 do Código Penal, na medida em que a hipótese supostamente ensejadora do afirmado bis in idem “*foi utilizada na primeira fase para elevar a pena-base e, também, para majorar a reprimenda na etapa intermediária a título de reincidência*” (Evento 28, fl. 15).

Desse modo, a tese aventada acha-se indissociavelmente atrelada às etapas inicial e intermediária de aplicação da pena, a demonstrar que, ao contrário do que sugere o agravante, a hipótese dos autos se mostra plenamente alinhada à *ratio decidendi* estabelecida no AI n. 742.460/RJ, representativo que deu origem ao Tema 182/STF.

Logo, frente a essas considerações, a pretensão recursal não encontra arrimo.

Em tempo, registre-se que, em casos como o vertente, assim já decidiu a Câmara de Recursos Delegados:

*AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA FORMA DO ART. 1.030, INCISO I, ALÍNEA “A”, DO CPC/2015. [...] AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO ARE 742.460/RJ PARA DISCUTIR MATÉRIA RELACIONADA À QUESTÃO DE VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, NA FUNDAMENTAÇÃO DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE PELO JUÍZO SENTENCIANTE. ANÁLISE DA ALEGAÇÃO QUE DEPENDE DO PRÉVIO EXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 182). TESE PARADIGMA ADEQUADAMENTE APLICADA AO CASO CONCRETO. RECLAMO DESPROVIDO.*

*“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” (AI 742460 RG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 28/08/2009, DJe 25/09/2009). (TJSC, Agravo Interno n. 0006085-39.2015.8.24.0064, de São José, rel. Des. 2º Vice-Presidente, Câmara de Recursos Delegados, j. 27-03-2019).*

Na mesma direção:

*AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO NA FORMA DO ART. 1.030, INCISO I, ALÍNEA “A”, DO CPC/2015. [...] AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO ARE 742.460/RJ PARA DISCUTIR MATÉRIA RELACIONADA À QUESTÃO DE VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS*

PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, NA FUNDAMENTAÇÃO DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE PELO JUÍZO SENTENCIANTE. ANÁLISE DA ALEGAÇÃO QUE DEPENDE DO PRÉVIO EXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 182). TESE PARADIGMA ADEQUADAMENTE APLICADA AO CASO CONCRETO. RECLAMO DESPROVIDO.

*“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” (AI 742460 RG, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 28/08/2009, DJe 25/09/2009). (TJSC, Agravo Interno n. 0007060-19.2017.8.24.0023, da Capital, rel. Des. 2º Vice-Presidente, Câmara de Recursos Delegados, j. 07-11-2018).*

Dessa feita, reitera-se: o juízo de subsunção lançado pela 2ª Vice-Presidência, também nesse quesito, não comporta qualquer reparo, porquanto revela absoluta interação com a ratio decidendi estabelecida pelo Pretório Excelso.

### **Conclusão**

Ante o exposto, voto por conhecer do agravo interno e, no mérito, negar-lhe provimento.

**Desembargador VOLNEI CELSO TOMAZINI**

**Relator**

## **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0900079-33.2019.8.24.0037/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

APELANTE: PEDRO HUMENHUK FILHO (ACUSADO)

APELADO: OS MESMOS

APELAÇÕES CRIMINAIS. RÉU SOLTO. CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL (ARTS. 312 E 313-A C/C ART. 327,

§ 2º, NA FORMA DOS ARTS. 29 E 30, TODOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA RECONHECENDO O CRIME DE PECULATO MAJORADO (POR 147 VEZES) EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 312, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, NA FORMA DO ART. 71, TODOS DO CP). IRRESIGNAÇÃO DAS PARTES QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA, À DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DE IMÓVEL E À PERDA DO CARGO PÚBLICO. RECURSOS CONHECIDOS, RECURSO DA ACUSAÇÃO PROVIDO EM PARTE E DESPROVIDO O DA DEFESA.

1. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. VETOR CULPABILIDADE. O TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 312 DO CP COM INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 327, § 2º, DA MESMA LEI EXIGE APENAS A CONDIÇÃO GENÉRICA DE O AGENTE SER SERVIDOR PÚBLICO COM CARGO EM COMISSÃO E O COMETIMENTO DO DELITO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL. IN CASU, AS PARTICULARIDADES DO CASO EVIDENTEMENTE TRANSBORDAM EM MUITO OS ELEMENTOS INERENTES AO TIPO E TÊM NÍTIDA APTIDÃO PARA INDICAR GRAVIDADE DISTINTA DAQUELA TÍPICA AO CRIME EM COMENTO, ALÉM DE FALAREM MUITO SOBRE UMA MAIOR REPROVAÇÃO PESSOAL AO AUTOR DO INJUSTO. PECULATO-FURTO PRATICADO POR SUJEITO QUE SE UTILIZOU DA CONDIÇÃO DE ESCRIVÃO JUDICIAL, CHEFE DE CARTÓRIO DE UMA UNIDADE JUDICIAL DO PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA, POSIÇÃO QUE OCUPOU POR MUITOS ANOS. NESSE CONTEXTO, EM UM INTERVALO DE POUCO MENOS DE 5 ANOS, POR 147 VEZES, REALIZOU DESVIOS DE DINHEIRO EM PROVEITO PRÓPRIO, VALENDO-SE DO FATO DE SER O ÚNICO SERVIDOR COM SENHA DE ACESSO AO SIDEJUD, SISTEMA DE DEPÓSITOS JUDICIAIS E APLICAÇÕES FINANCEIRAS DO PODER JUDICIÁRIO DE SANTA CATARINA. RECURSO PROVIDO. NO PONTO PARA NEGATIVAR O VETOR CULPABILIDADE

2. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. IRRETOCÁVEL A VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR, CONSIDERANDO O ELEVADÍSSIMO MONTANTE SUBTRAÍDO PELO AUTOR, DE VALORES QUE ESTAVAM SOB A TUTELA DO PODER JUDICIÁRIO, COM SÉRIO COMPROMETIMENTO DA PRÓPRIA CREDIBILIDADE DA INSTITUIÇÃO. RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO NO PONTO.

3. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AFASTADO PLEITO INFUNDADO DE VALORAÇÃO POSITIVA DO VETOR. A TODA EVIDÊNCIA, A «FACILIDADE» EXPERIMENTADA PELO ACUSADO PARA PRATICAR OS 147 FATOS CRIMINOSOS DEVE-SE UNICAMENTE À CONFIANÇA NELE DEPOSITADA PELO PODER JUDICIÁRIO CATARINENSE EM RAZÃO DO CARGO QUE OCUPAVA, CIRCUNSTÂNCIA QUE É DESFAVORÁVEL AO AGENTE, E NÃO O CONTRÁRIO. RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO NO PONTO.

4. PENA BASE. PRETENSA MAJORAÇÃO DA FRAÇÃO APLICADA PELO MAGISTRADO PARA

AS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME (PARA PATAMAR SUPERIOR A 1/6), COM A APLICAÇÃO DE IGUAL MONTANTE À CULPABILIDADE, RECONHECIDA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO PRESENTE RECURSO. PROPORÇÃO ADOTADA PELO JUÍZO A QUO (1/6) COMUMENTE UTILIZADA POR ESTA CORTE E QUE, IN CASU, REVELA-SE SUFICIENTE À REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO DELITO. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO NESSA PARTE. RELATOR VENCIDO NO PONTO.

5. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO.

PLEITO ACUSATÓRIO DE AFASTAMENTO SOB A ALEGAÇÃO DE QUE ESTA NÃO FOI ESPONTÂNEA, TAMPOUCO IMPRESCINDÍVEL AO DESLINDE DO FEITO. TESE HÁ MUITO SUPERADA PELA JURISPRUDÊNCIA (SÚMULA 545 DO STJ). IN CASU, O RÉU CONFESSOU O CRIME EM TODAS AS DIVERSAS OCASIÕES EM QUE FOI OUVIDO, CONTEXTO FÁTICO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS DE QUE AS DECLARAÇÕES DO ACUSADO DEVEM SER CONSIDERADAS COMO CIRCUNSTÂNCIA DE ATENUAÇÃO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO NO PONTO.

6. DOSIMETRIA DA PENA DE MULTA. DE OFÍCIO, APLICADO O SISTEMA TRIFÁSICO, CONSOANTE ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NA SEÇÃO CRIMINAL DESTA TRIBUNAL E NAS CORTES SUPERIORES. CONFIRMADA A SENTENÇA NO PONTO EM QUE INDIVIDUALIZOU A PENA DE MULTA FAZENDO INCIDIR AS FRAÇÕES DE AUMENTO SOBRE O MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO PARA ESSA REPRIMENDA. AFASTADO PLEITO MINISTERIAL DE ADOÇÃO DE CÁLCULO SEGUINDO PROPORÇÃO MATEMÁTICA, QUE CONSIDERA O TANTO QUE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE AFASTOU-SE DO MÍNIMO ABSTRATO, CONSIDERANDO TAMBÉM O MÁXIMO COMINADO, PARA ENTÃO REALIZAR SEMELHANTE OPERAÇÃO TENDO EM CONTA O MÍNIMO DE 10 DIAS-MULTA E O MÁXIMO DE 360 PREVISTO PELO LEGISLADOR. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO NO PONTO.

7. CONCURSO DE CRIMES. CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO MINISTERIAL DE RECONHECIMENTO DO CONCURSO MATERIAL ENTRE 9 CADEIAS DE CRIMES CONTINUADOS, SEPARADAS POR INTERVALOS SUPERIORES A 30 DIAS. PARCIAL PROVIMENTO DO PEDIDO. 147 FATOS, COMETIDOS AO LONGO DE 4 ANOS E MEIO. SIGNIFICATIVO INTERVALO DE TEMPO ENTRE ALGUNS (APROXIMADOS 6 E 10 MESES). CONDUTAS PRATICAMENTE IDÊNTICAS. CONTUDO, LAPSO TEMPORAL ENTRE DETERMINADAS AÇÕES QUE IMPEDEM O RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TODOS OS DELITOS, CONFORME REMANSOSA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. HABITUALIDADE EVIDENCIADA. INCIDÊNCIA DO CÚMULO MATERIAL DE CRIMES ENTRE 3 SÉRIES DE CONDUTAS, COM A APLICAÇÃO ENTRE ELAS DAS FRAÇÕES DE 1/3 (5 FATOS), 1/4 (4 FATOS), E 2/3 (138 FATOS), CONFORME REGRA DO ART. 71 DO CP. PARCIAL PROVIMENTO DO PLEITO MINISTERIAL NO PONTO. RELATOR VENCIDO.

8. EFEITO DA CONDENAÇÃO. PERDIMENTO DO BEM IMÓVEL. CONSOANTE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL (ART. 3º, INC. VI, DA LEI N.º 8.009/1990), CUJA CONSTITUCIONALIDADE E INCIDÊNCIA NO CASO SÃO CONFIRMADAS AMPLAMENTE PELAS CORTES SUPERIORES, NÃO É POSSÍVEL OPOR NA SEARA PENAL, DIANTE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, A PROTEÇÃO CONFERIDA AO BEM DE FAMÍLIA. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO NO PONTO.

9. EFEITO DA CONDENAÇÃO. DECRETAÇÃO DE PERDA DO CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA. EFEITO SECUNDÁRIO PREVISTO PARA A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA EM GERAL, DESDE QUE PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS (PREVISTOS NO ART. 92 DO CP) E EXPOSTA FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E ESPECÍFICA, QUE DEMONSTRE A INCOMPATIBILIDADE DO

ATO CRIMINOSO COMO CARGO OCUPADO PELO ACUSADO. IN CASU, O RÉU NÃO SÓ PRATICOU ATO INCOMPATÍVEL COM O CARGO POR ELE OCUPADO, COMO TAMBÉM COMETEU CRIME DE EXTREMA GRAVIDADE VALENDO-SE DESTES, O QUE, PER SE, É FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA A DECRETAÇÃO DO EFEITO EXTRAPENAL DE PERDA DO CARGO PÚBLICO. CONDUTA DO ACUSADO QUE SE REVESTIU DE EXTREMA E EXTRAORDINÁRIA GRAVIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DA DEFESA DESPROVIDO NO PONTO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos, negar provimento ao da defesa e dar parcial provimento ao do Ministério Público e, de ofício, adequar a individualização da pena de multa (aplicando o método trifásico). Vencido o Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO no ponto em que aplicava apenas uma continuidade delitiva, afastando a incidência do concurso material de crimes, e também quanto à exasperação, para fração de 1/4, dos vetores negativados na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 20 de abril de 2021.

**Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO**

**Relator**

## **VOTO**

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos pelo Ministério Público e pela defesa de Pedro Humenhuk Filho contra sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou este, por cento e quarenta e sete vezes (CP, art. 71), pelo cometimento do delito descrito no art. 312, § 1º, c/c art. 327, § 2º, ambos do Código Penal.

A acusação, ao recorrer, postula a modificação da sentença para: *“(a) valorar negativamente a circunstância judicial da culpabilidade na primeira fase de individualização da pena do acusado Pedro Humenhuk Filho, aumentando a pena na primeira fase em mais que um sexto sobre a pena mínima, tanto pela circunstância relacionada às consequências do crime como pela culpabilidade do réu; (b) não aplicar a atenuante de confissão espontânea na segunda fase de individualização da pena do acusado Pedro Humenhuk Filho; (c) reconhecer que o crime pelo qual Pedro Humenhuk Filho foi condenado foi praticado em concurso formal, por 9 (nove) vezes (crimes 1-5, 6, 7-9, 10-49, 50-53, 54-86, 87-108, 109-142 e 143-147), admitindo-se a continuidade delitiva apenas entre os delitos praticados dentro de cada grupo, nos termos da fundamentação exposta no tópico IV destas razões; (d) aplicar a pena de multa de forma proporcional à pena privativa de liberdade, após reforma desta pelo Egrégio Tribunal de Justiça Catarinense, utilizando-se do método descrito no tópico VI destas razões”* (evento 163 dos autos da origem).

Por sua vez, a defesa, em seu apelo, requer: “I – Seja fixada a pena base no mínimo legal para evitar o *bis in idem* (item 4.1); II – Determinar a retirada da restrição do imóvel (item 4.2); III – A devolução do *status quo ante*, como funcionário público, em caractere especial, no tempo suficiente e necessário para requerer sua aposentadoria, por questão de direito adquirido e ser medida de JUSTIÇA (item 5.1).” (evento 171 dos autos da origem).

Primeiramente, não obstante a ausência de pleitos recursais relativos ao juízo de condenação e à tipificação da conduta, para esclarecer os contornos do caso e subsidiar o melhor exame das insurgências das partes, reputo oportuna a transcrição de parte da sentença, da lavra do Magistrado Márcio Umberto Bragaglia, relativa às conclusões deste após a exposição do conteúdo da prova colhida (ev. 122 dos autos da origem):

[...]

*Em relação à tipicidade, o Código Penal assim descreve o crime em comento:*

*Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena - reclusão, de dois a doze anos, e multa. § 1º - Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário. [...]*

*Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. [...] § 2º - 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.*

*Pois bem, o crime de peculato pode ocorrer em três modalidades, (I) peculato apropriação (art. 312, caput, 1ª parte), quando o funcionário público se apropria (inversão do título da posse) de bens dos quais tenha a posse direta ou indireta, o que faz em razão do cargo, caracterizando uma modalidade específica de apropriação indébita; (II) peculato desvio (art. 312, caput, 2ª parte), quanto o agente dá destinação diversa (sem inversão do título de posse) aos bens que detém a posse em razão do cargo público; e (III) peculato furto (art. 312, § 1º), modalidade na qual o agente subtrai bens ou valores dos quais não tenha a posse, valendo-se de facilidades que o cargo público que ocupa lhe proporcionam.*

*Conforme Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019):*

*Análise do núcleo do tipo: a conduta, nesta hipótese, é subtrair (tirar de quem tem a posse ou a propriedade), não se exigindo, portanto, que o funcionário tenha o bem sob sua guarda, o que é necessário para a figura do caput. Por isso, a doutrina classifica o § 1.º como peculato-furto. Note-se, ainda, que o tipo penal prevê outra hipótese, que é concorrer para que seja subtraído, dando mostra que considera conduta principal o fato de o funcionário colaborar para que outrem subtraia bem da Administração Pública. [...] Elemento normativo do tipo: valer-se de facilidade proporcionada pela qualidade de funcionário é fundamental para a configuração do*



peculato-furto. Assim, não basta que haja a subtração, sendo indispensável que ela se concretize em razão da facilidade encontrada pelo funcionário para tanto. Se o agente, ainda que funcionário, não se vale do cargo, nem de qualquer facilidade por ele proporcionada, para subtrair bem da Administração Pública, comete furto, e não peculato (Grifei).

**No caso em apreço, é evidente que se trata do crime descrito no § 1º, do art. 312, do Código Penal, tendo em vista que o réu Pedro Humenhuk Filho não detinha a posse dos valores (os quais estavam depositados na conta única do SIDEJUD, portanto, sob a posse do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e além disso sob a custódia do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível desta Comarca de Joaçaba), e, em razão das facilidades que o cargo de Chefe de Cartório lhe proporcionava (pois apenas o Chefe de Cartório possui acesso ao sistema do SIDEJUD e além disso, o réu monopolizava a emissão de alvarás, restringindo que outros funcionários da Unidade realizassem essa tarefa) efetuou a subtração dos valores descritos na exordial (R\$ 1.304.340,91).**

Nesse mesmo sentido é a conduta descrita pelo Ministério Público e também o teor das alegações finais (denúncia p. 2 e 6, primeiro parágrafo, e alegações finais p. 529-531). Assim sendo, em que pese a denúncia contenha a capitulação “art. 312”, narra especificamente o verbo nuclear “subtrair”, conforme vê-se às p. 2 e 6, de modo que a aplicação da emendatio libelli, a teor do disposto no art. 383, do CPP, é medida necessária ao caso. Ressalto que ao proceder à nova capitulação da imputação inicial (emendatio libelli) não se atenta contra o princípio da ampla defesa, uma vez que os fatos imputados ao acusado foram retratados na peça acusatória, e que o réu se defende dos fatos e não da capitulação contida na exordial. Ademais, deve-se registrar que a classificação do delito na denúncia não tem, necessariamente, que ser exata, uma vez que o perfeito enquadramento do tipo penal é tarefa do Magistrado.

**Dito isso, verifico que o réu Pedro Humenhuk Filho, valendo-se da condição de Chefe de Cartório da 1ª Vara Cível desta Comarca, subtraiu em proveito próprio o total de R\$ 1.304.340,91 (um milhão, trezentos e quatro mil, trezentos e quarenta reais e noventa e um centavos) em 147 oportunidades diversas entre os dias 29/10/2014 e 15/4/2019, conforme tabela de p. 3-5, à qual me reporto.**

O fato restou comprovado diante dos Relatórios de Saques, emitidos pela Diretoria de Orçamento e Finanças do TJSC, constantes às p. 87-91, os quais detalham todas as 147 subtrações de valores de processos judiciais distintos em trâmite na 1ª Vara Cível desta Comarca, bem como os titulares dos valores subtraídos, dentre os quais o Estado de Santa Catarina, o Instituto Nacional do Seguro Social, o Município de Joaçaba e o próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Além disso, os relatórios encaminhados pelo Tribunal de Justiça, contendo todas as movimentações individualizadas das subcontas judiciais em que houve emissão de alvarás em favor da ré Viviani Cristina Baruffi, demonstram o usuário do sistema “Pedro Humenhuk Filho” como responsável pelas movimentações (p. 205-352).

**O modus operandi do acusado, conforme farto e detalhado relato testemunhal, de modo especial, da Chefe de Cartório Substituta Mirian Inez Schneider, responsável pela descoberta dos desvios, consistia em: selecionar um processo judicial, emitir alvará para levantamento do valor em nome de sua enteada Viviani Cristina Baruffi, CPF 052.803.759-50, conta poupança n. 104440-5, agência n. 00418-9, Banco 104, Caixa Econômica Federal, por meio do Sistema de Depósitos Judiciais (SIDEJUD), e, após a liberação dos valores pelo setor responsável pela conta única vinculada ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, autorizar o depósito dos valores, o que era feito pelo site do TJSC, em ferramenta de acesso restrito. Tanto o acesso ao SIDEJUD como à área restrita do site do TJSC só eram possíveis ao denunciado Pedro Humenhuk Filho em razão de sua função de Chefe de Cartório.**

Todas as etapas ocorriam sem a ciência de qualquer outro servidor e tampouco do Magistrado atuante naquela Unidade, Dr. Alexandre Dittrich Buhr, pois nos processos mencionados sequer houve determinação judicial

*para levantamento de valores. Além do mais, o réu não realizava a juntada do alvará emitido e da autorização para pagamento (documento enviado para o Chefe de Cartório via e-mail pelo setor responsável) nos autos dos processos, físicos ou eletrônicos (sistema SAJ).*

*Tal procedimento, inclusive, foi confirmado pelo réu Pedro Humenhuk Filho, que confessou integralmente os fatos:*

*Afirma que alguns anos atrás, não lembra ao certo quando, falsificou um alvará no sistema SIDJUD e encaminhou eletronicamente para pagamento. O pagamento é liberado pelo setor SIDJUD em Florianópolis, diretamente para uma conta que é informada no alvará. Não há assinatura do juiz e nem do escrivão. Deveria ser necessário um despacho do juiz determinando a expedição do alvará, mas ninguém confere isso e assim fica facilitado o desvio. Na primeira vez apenas fez um teste, pois estava numa situação financeira ruim, tendo muitas contas, cartão de crédito estourado, empréstimos, etc. Pretendia devolver logo após, mas a coisa toda desandou e então continuou fazendo. O depoente fazia constar nos alvarás o nome, o CPF e a conta bancária de sua enteada, Viviani Cristina Baruffi. Viviani não imaginava que o dinheiro depositado na conta dela saía da conta judicial. [...] Os processos judiciais utilizados para saque são físicos e eletrônicos. No entanto, a forma de apropriação dos valores foi sempre a mesma, ou seja, mediante depósitos determinados mediante sistema SIDJUD. Não há outras pessoas em nome de quem o depoente tenha emitido alvarás, além de Viviani Cristina Baruffi. Após realizado o depósito, o depoente sacava os valores no caixa eletrônico e algumas vezes através de transferência bancária, esta então realizada por Viviani. O depoente sempre inventava uma desculpa para Viviani, a fim de que ela pensasse que a transferência tinha um objetivo legítimo, como o pagamento de alguma despesa da casa [...] (p. 99-101) (Grifei).*

*As provas angariadas aos autos, desse modo, comprovam que restou perfectibilizada a conduta típica descrita no art. 312, § 1º, do CPP, enquadrando-se todas as 147 ações do denunciado ao preceito incriminador. É dizer, a conduta é típica.*

*É de se acrescentar, ainda, que é cabível nesse caso a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do Código Penal, pois o réu Pedro Humenhuk Filho exercia cargo em comissão (Chefe de Cartório), conforme se infere do Termo de Posse constante à p. 176. - Grifei*

Esclarecidos os contornos dos crimes praticados, em prosseguimento, passo ao exame da matéria devolvida a conhecimento desta Câmara.

## **1. Da Pena Aplicada**

Oportuna a transcrição do processo de individualização realizado pelo Juízo a quo:

*IV - Dosimetria das penas.*

*Considerando que se tratam de 147 crimes idênticos, que pelas circunstâncias do artigo 59 do CP implicarão na mesma sanção, entendo ser prolixa a dosimetria da pena para cada delito, razão pela qual aplico a reprimenda abaixo a todos:*

*Atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que a culpabilidade do réu é elevada, pois valeu-se da condição de Escrivão Judicial, Chefe de Cartório da 1ª Vara Cível desta Comarca, cargo de confiança e de extrema responsabilidade no que diz respeito aos trâmites burocráticos do cotidiano forense. Entretanto, tal circunstância não será valorada negativamente nesta etapa, tendo em vista que o exercício de função de confiança configura a causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do CP. O réu não possui maus*

*antecedentes criminais. A conduta social do acusado pode ser considerada média, nada havendo nos autos que deponha contra ele. A personalidade do agente não pode ser aferida por meio do presente procedimento judicial. Os motivos da ação foram comuns ao tipo do delito que se trata. As circunstâncias são normais à espécie. As consequências do crime também merecem valoração negativa, pois, em que pese a apropriação de valores seja elementar do tipo penal, a subtração de valores (muito expressivos, no caso – R\$ 1.304.340,91), oriundos de processos judiciais, e, portanto, sob a tutela do Poder Judiciário, além de lesar diretamente às partes (inclusive, entes públicos) que buscam a prestação jurisdicional, comprometeram a credibilidade da instituição. Não há que se falar em contribuição da vítima.*

*Cito, por oportuno, julgado do e.TJSC em semelhante caso: [...]*

*Ante o exposto, considerando a existência de uma circunstância judicial negativa incidente nesta etapa, aplico o aumento de 1/6 à pena mínima e fixo a pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa.*

*Na segunda fase da dosimetria, não estão presentes quaisquer circunstâncias agravantes. Entretanto, vislumbro a presença da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), pois o réu Pedro Humenhuk Filho confessou o crime em todas as ocasiões que foi ouvido (em reunião com o Dr. Alexandre Dittrich Burh, mídia de p. 400; perante o Promotor de Justiça, p. 99-101; na Delegacia de Polícia, p. 275 dos autos n. 2049-93.2019; perante este Juízo em audiência de instrução, conforme mídia de p. 498; e também mediante uma carta escrita de próprio punho, p. 96-98). Assim, reduzo a pena, fixando-a no mínimo legal (Súmula 231 do STJ), qual seja, 2 anos de reclusão e 11 dias-multa.*

*Na terceira etapa, verifico a presença da causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP, tendo em vista que o réu exercia função de confiança no Poder Judiciário de Santa Catarina (órgão da administração direta), conforme se infere da documentação de p. 173 (nomeação no serviço público estadual em 28/4/1980) e p. 176 (termo de posse do réu no cargo em comissão de Chefe de Cartório, datado de 17/12/2010). Desse modo, aplico o aumento legal de 1/3 e fixo a pena em 2 anos e 8 meses de reclusão e 13 dias-multa.*

*Por fim, no que diz respeito ao concurso de crimes, nos termos da fundamentação, aplico a regra da exasperação contida no art. 71 do CP e aumento na fração máxima de 2/3 a pena de um dos crimes, pois idênticas, fixando a pena do réu definitivamente em 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 21 dias-multa.*

*O regime inicial é o semiaberto, diante do quantum da pena, conforme o art. 33, § 2º, inciso “b”, do Código Penal, e também diante da existência de circunstâncias judiciais negativas.*

*Fixo o valor unitário de cada dia-multa em 2/3 do salário-mínimo vigente em 2019 (época dos últimos delitos), levando em consideração a renda mensal auferida pelo denunciado (p. 472). Não é cabível a substituição da pena, pois esta ultrapassa 4 anos (art. 44, inciso I, do CP). Do mesmo modo (pena irrogada superior a 2 anos) não se mostra possível a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, caput, do CP).*

**1.1 Relativamente à primeira fase da dosimetria**, a acusação requer (a) a valoração negativa do vetor culpabilidade e (b) a adoção de fração mais expressiva aos vetores negativados, ao passo que a defesa postula (c) a fixação da pena-base no mínimo legal.

Adianto que ao Ministério Público assiste razão.

Com efeito, a circunstância judicial referente à culpabilidade deve ser valorada negativamente, ante a elevada reprovabilidade ostentada pelo fato e pelo autor do injústo.

Não merece confirmação a conclusão do Juízo sentenciante no sentido de que os elementos

destacáveis no exame desse vetor já estariam abarcados pela previsão típica que justificou a incidência da causa de aumento do art. 327, §2º, do Código Penal. *In verbis*:

*[...] verifico que a culpabilidade do réu é elevada, pois valeu-se da condição de Escrivão Judicial, Chefe de Cartório da 1ª Vara Cível desta Comarca, cargo de confiança e de extrema responsabilidade no que diz respeito aos trâmites burocráticos do cotidiano forense. Entretanto, tal circunstância não será valorada negativamente nesta etapa, tendo em vista que o exercício de função de confiança configura a causa de aumento prevista no art. 327, § 2º, do CP.*

É evidente que o fato de o autor do delito ser funcionário público com cargo comissionado não pode ser considerado para elevação da pena, já que tal circunstância justifica a própria subsunção da conduta na previsão típica do art. 312 do Código Penal com incidência da causa de aumento prevista no art. 327, §2º, da mesma lei. Ocorre, contudo, que esse tipo penal exige apenas a condição genérica de o agente ser servidor público com cargo em comissão. Além disso, a norma prevê que o delito seja praticado contra a administração pública em geral.

***In casu*, o acusado praticou o peculato-furto utilizando-se da condição de Escrivão Judicial, Chefe de Cartório de uma unidade judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina, posição que ocupou por muitos anos. Nesse contexto, em um intervalo de pouco menos de 5 anos, por 147 vezes, realizou desvios de dinheiro em proveito próprio, valendo-se do fato de ser o único servidor com senha de acesso ao SIDEJUD, sistema de depósitos judiciais e aplicações financeiras do Poder Judiciário de Santa Catarina, subtraindo valores de titularidade do Estado de Santa Catarina, do Instituto Nacional do Seguro Social, do Município de Joaçaba e do próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.**

Essas são particularidades do caso que, evidentemente, transbordam em muito os elementos inerentes ao tipo e têm nítida aptidão para indicar gravidade distinta daquela típica ao crime em comento, além de falarem muito sobre uma maior reprovação pessoal ao autor do injusto.

Em razão disso, acolho o recurso ministerial no ponto para negar, na primeira fase da dosimetria, o vetor *culpabilidade*.

Ainda sobre as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, desacolho o pleito defensivo (c) de fixação da pena-base no mínimo legal, mantendo a negatificação do vetor consequências do crime e afastando a infundada tese de contribuição da vítima para o cometimento do delito.

Com efeito, o elevadíssimo montante subtraído pelo autor, de valores que estavam sob a tutela do Poder Judiciário, com sério comprometimento da própria credibilidade desta instituição são elementos de extrema gravidade que devem ser considerados nessa primeira etapa da dosimetria da pena para fins de elevação da pena-base. Transcrevo o trecho respectivo do *decisum*:

*As consequências do crime também merecem valoração negativa, pois, em que pese a apropriação de valores seja elementar do tipo penal, a subtração de valores (muito expressivos, no caso - R\$ 1.304.340,91), oriundos de processos judiciais, e, portanto, sob a tutela do Poder Judiciário, além de lesar diretamente às partes (inclusive, entes públicos) que buscam a prestação jurisdicional, comprometeram a credibilidade da instituição.*

Quanto ao *comportamento* da vítima, a toda evidência, a “facilidade” experimentada pelo acusado para praticar os 147 fatos criminosos deve-se unicamente à confiança nele depositada pelo Poder Judiciário Catarinense em razão do cargo que ocupava, circunstância que é desfavorável ao agente, e não o contrário. Aliás, é bom frisar que tal facilidade para a subtração decorrente da condição de funcionário público é elementar para a configuração do crime de peculato-furto.

Com isso, restam negativados os vetores *culpabilidade e consequências do crime*.

Prosseguindo, entendo que igualmente merece acolhida a pretensão do Ministério Público de se atribuir a estes vetores frações de maior expressão para fins de afastamento da pena-base do mínimo legal.

*“[...] É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito. Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal, indicando, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.”* (AgRg no HC 645.113/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 22/03/2021)

Assim, pela incidência negativa dos vetores constantes do art. 59 do Código Penal, o Julgador, partindo das especificidades do caso concreto (tendo em conta o delito praticado e o agente criminoso) e mirando na justa individualização da pena, de maneira fundamentada, elegerá uma fração **que reflita na quantificação da reprimenda a relevância e a dimensão concreta de dada circunstância**. Dito isso, vê-se que seria contra a própria lógica do sistema a adoção de uma única fração para todos os vetores ou, o que é pior, para todo e qualquer caso.

O patamar adotado pelo Juízo a quo (um sexto) é efetivamente aquele mais comumente utilizado na jurisprudência desta Corte. Justamente por isso é tido como a fração incidente nos casos que não escapam da normalidade. Ocorre que o crime objeto da presente ação ultrapassou em muitos aspectos o que pode ser considerado como ordinário na rotina de julgamentos da Corte. E as razões que justificaram a negatização dos vetores culpabilidade e consequências, como visto acima, igualmente se mostraram bastante graves, expondo uma gravidade concreta muito distante daquela típica ao crime em comento.

Em razão disso, dou provimento ao recurso do Ministério Público também nesse ponto (b), para se atribuir a cada vetor negativado a fração de 1/4, **o que confere à pena base o novo patamar de 3 anos de reclusão e 15 dias-multa.**

**1.2. Relativamente à segunda fase da dosimetria**, a acusação requer o afastamento da atenuante da confissão sob a alegação de que esta não foi espontânea, tampouco imprescindível ao deslinde do feito.



Tal tese, contudo, encontra-se há muito superada pela jurisprudência (súmula 545 do STJ). Aliás, servindo à formação do convencimento do Julgador, como regra, deve ser a atenuação operada mesmo nos casos de confissão parcial, retratada ou eivada de alegações exculpantes.

*In casu*, conforme foi bem destacado pelo Magistrado sentenciante, o réu Pedro Humenhuk Filho confessou o crime em todas as diversas ocasiões em que foi ouvido (em reunião com o Magistrado Alexandre Dittrich Burh, perante o Promotor de Justiça, na Delegacia de Polícia durante a investigação, perante o Juízo em audiência de instrução, e também mediante uma carta escrita de próprio punho).

Nesse contexto fático, não há dúvidas de que as declarações do acusado devem ser consideradas como circunstância de atenuação na segunda fase da dosimetria da pena.

Verifico, contudo, que, na sentença recorrida, o Magistrado não especificou a fração adotada para realizar a operação, tendo reduzido a pena em 4 meses chegando ao piso do mínimo abstrato. Em sendo assim, no presente cálculo de readequação, atenuo a pena na fração paradigma de 1/6, consolidada na jurisprudência deste Tribunal e da Corte Superior, o que conduz a pena de reclusão intermediária ao **novo patamar de 2 anos e 6 meses de reclusão. Para além disso, merece a sentença adequação de ofício para se aplicar o método trifásico à fixação da pena de multa, operando-se a atenuação também sobre esta, o que a conduz ao novo quantum de 12 dias-multa.**

Registro que, na terceira etapa da dosimetria, incidiu apenas a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP (tendo em vista que o réu exercia função de confiança no Poder Judiciário de Santa Catarina), pelo que foi aplicado o aumento legal de 1/3. **Com isso, a nova pena definitiva passa a 3 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa.**

**1.3. Ainda com relação à pena de multa aplicada**, a acusação postula que esta seja arbitrada de forma proporcional à pena privativa de liberdade, utilizando-se de método descrito no tópico VI de suas razões recursais (que considera o tanto que a pena privativa de liberdade afastou-se do mínimo abstrato, considerando também o máximo cominado, para então realizar semelhante operação tendo em conta o mínimo de 10 dias- multa e o máximo de 360 previsto pelo legislador).

Em síntese, defende o Ministério Público em suas razões de apelo (ev. 163 dos autos de origem):

*Na sentença, o magistrado fixou a pena em 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 21 dias-multa. Assim, dentro dos 10 anos que lhe eram permitidos avançar na pena privativa de liberdade (entre 2 e 12), avançou 2 anos, 5 meses e 10 dias. Proporcionalmente, portanto, a pena de multa deveria ser de 89 dias-multa, avançando 79 dias-multa do mínimo legal. O resultado é obtido a partir da lógica: se podendo avançar 3650 dias de reclusão (10 anos) o juiz avançou 830 dias (2 anos, 5 meses e 10 dias), então podendo avançar 350 dias-multa, deveria ter avançado 79 dias- multa, e não 11, como fez.*

O pleito, contudo, não deve ser acolhido.



A sentença individualizou a pena de multa fazendo incidir as frações de aumento sobre o mínimo legalmente previsto para essa reprimenda, o que está de acordo com a metodologia adotada por esta Câmara. Além disso, fixou valor unitário bastante afastado do piso legal em patamar adequado aos contornos do caso. In verbis:

*Fixo o valor unitário de cada dia-multa em 2/3 do salário-mínimo vigente em 2019 (época dos últimos delitos), levando em consideração a renda mensal auferida pelo denunciado (p. 472). Não é cabível a substituição da pena, pois esta ultrapassa 4 anos (art. 44, inciso I, do CP). Do mesmo modo (pena irrogada superior a 2 anos) não se mostra possível a concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, caput, do CP).*

## 2. Do Concurso de Crimes

Nesse ponto, a acusação insurge-se contra o reconhecimento da continuidade delitiva para todos os fatos, postulando o reconhecimento de nove cadeias de crimes continuados praticadas em concurso material.

Mais uma vez transcrevo a sentença no ponto:

*Por fim, no que diz respeito ao concurso de crimes, entendo que, no caso, restou plenamente configurada a figura da continuidade delitiva. Com efeito, para caracterização do crime continuado exige-se a ocorrência de crimes de mesma espécie em condições semelhantes de tempo, lugar e modo de execução (art. 71 do CP).*

*Nada obstante o Ministério Público tenha pleiteado pelo reconhecimento do concurso material entre determinados grupos de delitos (p. 532-534), a melhor solução ao caso é a aplicação do art. 71 do CP. Com efeito, os 147 delitos praticados pelo réu Pedro Humenhuk Filho são da mesma espécie e possuem identidade de lugar (Fórum da Comarca de Joaçaba), modo (o réu utilizou sempre do mesmo modus operandi) e tempo, pois, muito embora entre alguns grupos de delitos o lapso temporal seja superior aos 30 dias comumente adotados pela jurisprudência, as condutas posteriores podem ser havidas como continuidade da primeira.*

*De fato, caso fosse reconhecido o concurso material entre os conjuntos de delitos, conforme requerido pelo MP, a punição imposta ao réu seria maior e mais severa, sendo que se o réu tivesse subtraído valores periodicamente em intervalos menores de tempo durante os anos que praticou os delitos (mais crimes, portanto), estaria plenamente configurado o crime continuado e a punição seria mais branda. Ou seja, reconhecendo-se o concurso material o réu estaria sendo punido exatamente por não ter praticado crime nos intervalos das condutas e com isso se estaria fomentando a prática de ilícitos criminais deste tipo e beneficiando agentes que reiterada e continuamente subtraem valores em prejuízo do erário público. Assim, é evidente que o reconhecimento do crime continuado é o que melhor atende ao interesse público.*

*Ressalto que a Jurisprudência em casos semelhantes vem adotando a continuidade delitiva em detrimento do concurso material de crimes:*

*PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REDUÇÃO OU SUPRESSÃO DE TRIBUTOS FEDERAIS. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. [...] 11. É lícito ao julgador, até mesmo em benefício do acusado, aplicar, quando presentes os requisitos, a ficção jurídica da continuidade delitiva, prevista no art. 71, do Código Penal, em detrimento do concurso material, que tornaria a pena do réu muito maior, levando-se em conta o período em que praticadas as condutas delituosas. [...] (TRF-4. Apelação Criminal n. 5004376-*

72.2013.4.04.7005/PR, rela. Desa. Federal Salise Monteiro Sanchotene, 7ª turma, j. 12-2-2019) (Grifei).

APELAÇÃO CRIMINAL. PECULATO (CP, ART. 312, § 1º). SENTENÇA CONDENATÓRIA. [...] 4. Se o agente, funcionário público que labora em instituição bancária, num período de pouco mais de 2 anos subtrai dinheiro, em 160 oportunidades, da conta de uma cliente por meio do uso de um cartão que estava em sua posse, agindo sempre na mesma comarca, deve ser reconhecida a continuidade delitiva. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0020134-32.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 6-3-2018) (Grifei).

Desse modo, deve ser aplicada a regra da exasperação contida no art. 71 do CP com o conseqüente aumento da maior pena na fração máxima de 2/3, pois são 147 delitos ao todo.

A solução propugnada pelo Juízo *a quo* deve ser confirmada.

Com efeito, o Código Penal prevê, como pressupostos para o reconhecimento da continuidade delitiva a prática, mediante mais de uma ação (ou omissão), de dois ou mais crimes (a) da mesma espécie, (b) com condições semelhantes de tempo, lugar e maneira de execução (entre outras). E para essa hipótese prevê que os subsequentes sejam havidos como continuação do primeiro, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticas (ou a mais grave, se diversas), aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (art. 71, caput, do Código Penal).

Por construção jurisprudencial, sedimentou-se o entendimento segundo o qual o espaçamento temporal superior a 30 dias inviabilizaria, em regra, a configuração da continuidade delitiva. Tal parâmetro, contudo, não é absoluto. Há situações particulares, especialmente aquelas relativas a sucessão de fatos que ocorrem durante períodos muito longos de tempo, que exigem a revisão desse indicador. Afinal, é bastante lógico que um hiato de 30 dias, como exemplo, signifique uma quebra relevante na percepção de continuidade entre 4 fatos ocorridos durante 6 meses, e não tenha o mesmo efeito sobre 30 fatos praticados ao longo de 2 anos. *In casu*, foram 147 fatos cometidos ao longo de 4 anos e meio, condutas criminosas praticamente idênticas não fossem os valores desviados em cada oportunidade, praticadas com o mesmo *modus operandi*, no mesmo lugar e valendo-se do mesmo cargo. Nesse contexto fático-jurídico, tendo em conta a excepcionalidade dos contornos do caso ora em julgamento, não há dúvidas sobre a adequação do reconhecimento da ficção jurídica prevista no art. 71 do Código Penal.

Corroborando esse entendimento, colaciono importante precedente desta Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ESTELIONATO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PLEITO MINISTERIAL DE AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. LAPSO SUPERIOR A 30 DIAS. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE. REQUISITOS DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL.

- Esta Corte possui entendimento no sentido de que **“Inexistindo previsão legal expressa a respeito do intervalo temporal necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva, presentes os demais requisitos da ficção jurídica, não se mostra razoável afastá-la, apenas pelo fato de o intervalo ter ultrapassado 30 dias”** (AgRg no AREsp 531.930/SC, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 13/2/2015). E ainda **“Embora**

*para reconhecimento da continuidade delitiva se exija o não distanciamento temporal das condutas, em regra no período não superior a trinta dias, conforme precedentes da Corte, excepcional vinculação entre as condutas permite maior elastério no tempo” (AgRg no REsp 1.345.274/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/04/2018). Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1738490/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 10/09/2018)*

Por esses fundamentos, nego provimento ao apelo no ponto.

Mantida a continuidade delitiva, sobre o novo patamar de pena fixado neste acórdão, deve incidir a exasperação aplicada na sentença, de 2/3.

**Com isso, a pena privativa de liberdade passa a 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e a pena de multa a 26 dias-multa.**

Seguem mantidos o regime semiaberto e a não aplicação do art. 44 do CP.

### 3. Dos Efeitos da Condenação

Por fim, postula a defesa, ainda, “a retirada da restrição do imóvel” e a “devolução do status quo ante, como funcionário público, em caractere especial, no tempo suficiente e necessário para requerer sua aposentadoria”.

Nesse ponto, valho-me dos termos do judicioso parecer exarado pelo excelentíssimo Procurador de Justiça Dr. Paulo de Tarso Brandão (ev. 11 destes autos), os quais acrescento às minhas razões de decidir:

#### 1.3 Restituição do imóvel

*A defesa almeja restituição do bem imóvel confiscado em razão da prática delitiva, sob fundamento de que está protegido pelo instituto do bem de família.*

*Porém, segundo bem pontuado na sentença de evento 122, faz-se possível a penhora da residência, nos moldes do art. 3º, VI, primeira parte, da Lei n. 8.009/90, com a finalidade de ressarcir os prejuízos sofridos pela Administração Pública que, reforça-se, somaram quantia significativa.*

*O próprio legislador, por meio da norma acima delineada, escolheu privilegiar a restituição do prejuízo ocasionado pela conduta delitiva, flexibilizando a preservação da moradia da parte passiva do processo criminal.*

*Não há constrangimento ilegal no caso, porquanto configurada exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista, claramente, no art. 3º, VI, da Lei n. 8.009/90.*

#### 1.4 Cargo público

*Consoante art. 92, I, do Código Penal, a perda da função pública constitui um dos efeitos da condenação, porém os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser declarados na sentença mediante fundamentação, o que ocorre no caso.*

*Ao fundamentar a respeito da necessidade desta providência, o Juiz consignou (evento 122):*

*[...] tendo em vista que o réu Pedro Humenhuk Filho detinha cargo público no Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, lotado à época dos fatos no Cartório da 1ª Vara Cível desta Comarca de Joaçaba, exercendo função de confiança; bem como que [sic] valendo-se dessa condição, no período entre outubro de 2014 e abril de 2019 subtraiu em proveito próprio a quantia de R\$ 1.304.340,91, valores depositados na conta única do Poder Judiciário Estadual (SIDEJUD), por 147 vezes; levando-se em consideração, ainda, que o réu já poderia estar aposentado (abono de permanência de p. 472) e que permaneceu na ativa com intuito de perseverar na prática criminosa, entendo que a perda do cargo público é não somente possível como necessária ao caso.*

*Com efeito, a pena aplicada pela prática do crime contra a Administração Pública ultrapassa o patamar de 1 ano, além disso, a prática delituosa resultou graves consequências ao erário público que, ao que tudo indica, conseguirá somente restituição parcial do prejuízo.*

*Ressaltada a gravidade dos crimes praticados pelo réu, mediante significativa afronta à missão que lhe foi confiada e aos princípios da Administração Pública, é imperativa a perda do cargo público.*

*A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já assentou que o reconhecimento de prática de ato incompatível com o cargo ocupado pelo servidor é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público (AgRg no REsp 1613927/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20/09/2016).*

*Não destoam o Supremo Tribunal Federal:*

*[...]*

*Importante consignar que o requerente, em total descaso com a Administração Pública, envolveu-se frequentemente em condutas que ferem a lisura que se exige de um servidor público, tornando inafastável a consequência da perda do cargo.*

*A pena aplicada na sentença não merece qualquer reparo e a decisão judicial contém suficiente fundamentação” (evento n. 11, 2º grau). (Sublinhei)*

Quanto ao perdimento do bem imóvel, portanto, consoante expressa previsão legal (art. 3º, inc. VI, da Lei n.º 8.009/1990), cuja constitucionalidade e incidência no caso são confirmadas amplamente pelas Cortes Superiores, não é possível opor na seara penal, diante de sentença penal condenatória, a proteção conferida ao bem de família.

Por derradeiro, no que tange à decretação de perda do cargo ou função pública, importante recordar que este é um efeito secundário previsto para a sentença penal condenatória relativa a qualquer crime, desde que presentes os requisitos legais (previstos no art. 92 do Código Penal) e exposta fundamentação concreta e específica, que demonstre a incompatibilidade do ato criminoso com o cargo ocupado pelo acusado.

*In casu*, o réu não só praticou ato incompatível com o cargo por ele ocupado, mas **cometeu crime de extrema gravidade valendo-se deste**, o que, per se, é fundamento suficiente para a decretação do efeito extrapenal de perda do cargo público.

Não deixo de registrar mais uma vez que a conduta do acusado revestiu-se de extrema e extraordinária gravidade, conclusão que se justifica sob diversos pontos de vista - seja considerando o altíssimo número de crimes cometidos (147), o longo período de tempo dedicado à prática delitiva continuada (4 anos e meio) e o elevado montante subtraído (R\$ 1.304.340,91), seja considerando a notável quebra de confiança oriunda do uso indevido do seu acesso exclusivo ao importante sistema de depósitos judiciais e aplicações financeiras do Poder Judiciário de Santa Catarina, tudo isso trazendo relevante abalo à própria credibilidade da instituição. Não há, pois, nenhuma particularidade do caso que justifique a excepcional não aplicação desse efeito da condenação, sendo a existência de tempo para aposentadoria à época circunstância que apenas reforça a reprovabilidade do caso, e não o contrário.

**Ante todo o exposto, voto por conhecer dos recursos, negar provimento ao recurso da defesa, dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público para valorar negativamente o vetor *culpabilidade* e atribuir a fração de 1/4 à exasperação dos vetores negativados na primeira fase da dosimetria da pena, e, de ofício, adequar a individualização da pena de multa (aplicando o método trifásico), consolidando a pena privativa de liberdade em 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e a pena de multa em 26 dias-multa, à razão unitária de 2/3 do salário-mínimo vigente em 2019.**

**Desembargador JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO**

**Relator**

## **VOTO DIVERGENTE**

No julgamento da apelação criminal em epígrafe, ousei divergir do entendimento do digníssimo relator - restando vencedor nos pontos -, no que se refere à aplicação de apenas uma continuidade delitiva, afastando a incidência do concurso material de crimes, assim como no tocante à exasperação, para fração de 1/4 (um quarto), dos vetores negativados na primeira fase da dosimetria da pena.

Conforme se recolhe da sentença, o acusado Pedro Humenhuk Filho, após parcial provimento da denúncia, foi condenado às penas de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 21 dias-multa, estes fixados no valor unitário de 2/3 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, além da necessidade de indenizar os cofres públicos e a perda do cargo que atualmente exercia, tudo por infração ao disposto no art. 312, § 1º, c/c o art. 327, § 2º, na forma do art. 71 (por 147 vezes), todos do Código Penal.

O Ministério Público insurgiu-se da sentença, com a finalidade, além de outros pleitos, de: “(a) *valorar negativamente a circunstância judicial da culpabilidade na primeira fase de individualização da pena do acusado Pedro Humenhuk Filho, aumentando a pena na primeira fase em mais que um sexto sobre a pena mínima, tanto pela circunstância relacionada às consequências do crime como pela*

*culpabilidade do réu;” [...] e “(c) reconhecer que o crime pelo qual Pedro Humenhuk Filho foi condenado foi praticado em concurso formal, por 9 (nove) vezes (crimes 1-5, 6, 7-9, 10-49, 50-53, 54-86, 87-108, 109-142 e 143-147), admitindo-se a continuidade delitiva apenas entre os delitos praticados dentro de cada grupo, nos termos da fundamentação exposta no tópico IV destas razões” (ev. 163 dos autos da origem).*

A defesa também se insurgiu da sentença, requerendo, dentre outros pedidos, pela fixação da pena- base no mínimo legal, a fim de evitar *bis in idem*.

Pois bem.

### **1. Circunstâncias judiciais do crime (art. 59 do CP)**

Não há divergência no tocante à necessária negatização da circunstância judicial da culpabilidade

- provido o pleito ministerial no ponto -, assim como quanto à manutenção da valoração negativa das consequências do crime, já operada pelo magistrado - desprovendo o recurso da defesa.

Contudo, discorda-se quanto à incidência da fração de aumento, de ambos os vetores, na proporção 1/4 (um quarto), conforme pretensão da acusação.

Com efeito, é certo que não há parâmetro rígido para se majorar a pena base. O quantum de aumento fica a critério da discricionariedade motivada do magistrado, notadamente pelo princípio da individualização da pena e também porque o legislador não estabeleceu valor correspondente para cada circunstância judicial desfavorável.

Neste ponto, já decidiu a Suprema Corte:

*A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas e às Cortes Superiores, em grau recursal, o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias (HC n. 120.095/MS, Primeira Turma, Rel. Mina. Rosa Weber, DJe de 20/05/2014).*

No entanto, *in casu*, observa-se que a fração de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial negativa (duas na hipótese), além de condizer com o aumento comumente aplicado por esta Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça, revela-se proporcional e razoável, consideradas as peculiaridades do caso presente, assim como com a pena final que será irrogada - demasiadamente alta, conforme se verá a seguir. Logo, suficiente à reprovação e prevenção do delito, ainda que - não se discorda -, tenha se revelado um tanto quanto reprovável e caro à sociedade.

Recolhe-se de julgados desta Corte, em inúmeras situações, elegendo-se como suficiente e



proporcional o emprego da fração de 1/6 (um sexto) para cada vetor das circunstâncias do crime negativado:

*APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM (ARTS. 33, “CAPUT”, E 35, “CAPUT”, AMBOS DA LEI N. 11.343/06). RECURSO DEFENSIVO. PLEITEADA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, COM O RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DO “IN DUBIO PRO REO” EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. APELANTE R.DE F. QUE TRANSPORTAVA 19,5KG (DEZENOVE QUILOS E QUINHENTOS GRAMAS) DE MACONHA, RECORRENTE P. R. C. QUE TRAZIA CONSIGO 45G (QUARENTA E CINCO GRAMAS) DE COCAÍNA E 10 (DEZ) COMPRIMIDOS DE ECSTASY, ALÉM DE AMBOS MANTEREM EM DEPÓSITO E GUARDAREM NA RESIDÊNCIA DO CASAL 500G (QUINHENTOS GRAMAS) DE MACONHA E CERTA QUANTIA EM DINHEIRO. [...]*

*DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE AFASTAMENTO DO AUMENTO RELATIVO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES ENCONTRADAS QUE SERVEM DE CRITÉRIO À AVALIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, NOS TERMOS DO ARTIGO 42, DA LEI N. 11.343/06. TODAVIA, READEQUAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO DE 1/6 (UM SEXTO) TRADICIONALMENTE ADOTADO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal n. 5004196-37.2020.8.24.0048, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Norival Acácio Engel, Segunda Câmara Criminal, j. 13-04-2021 - grifou-se).*

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PRETENSA FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE PRATICOU O CRIME DURANTE O PERÍODO DE CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA EM REGIME ABERTO. FALTA DE RESPONSABILIDADE E DESCASO COM O SISTEMA PENAL. COMPORTAMENTO QUE ENSEJA MAIOR REPRESSÃO. ALÉM DISSO, POSSIBILIDADE DE AUMENTO DA REPRIMENDA EM RAZÃO DAS DROGAS APREENDIDAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. VETORES QUANTIDADE E NATUREZA QUE SEQUER SÃO NECESSARIAMENTE CUMULATIVOS. DIVERSIDADE DE TÓXICOS ENCONTRADOS. COCAÍNA E CRACK QUE REPRESENTAM DROGAS DE ALTO POTENCIAL LESIVO. ADEMAIS, É PÚBLICO E NOTÓRIO O GRAVE EFEITO CAUSADO À SAÚDE HUMANA, ESPECIALMENTE O USO DO CRACK. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO DESTES TRIBUNAL. **OUTROSSIM, AUMENTOS REALIZADOS NO PATAMAR DE 1/6, COMUMENTE APLICADO POR ESTA CORTE. CÁLCULO INALTERADO.** SENTENÇA MANTIDA. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 5020851-10.2020.8.24.0008, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Antônio Zoldan da Veiga, Quinta Câmara Criminal, j. 08-04-2021 - grifou-se).*

*APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO II, E 2º-A, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL), POR 02 (DUAS) VEZES, EM CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO (ART. 70, CAPUT, IN FINE, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. [...] **DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. AUMENTO DA PENA-BASE CALCADO NA AVALIAÇÃO DESFAVORÁVEL DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. LEGITIMIDADE. PATAMAR DE AUMENTO - 1/6 (UM SEXTO) PARA CADA UMA DELAS - PROPORCIONAL.** [...]*

3. Na primeira etapa da dosimetria, não se mostra exacerbado o aumento de pena na monta de 1/6 (um sexto)

*para cada circunstância considerada desfavorável.*

*[...] (Apelação Criminal n. 0900035-90.2019.8.24.0141, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 08-04-2021 - grifou-se).*

Por fim:

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PLEITEADA ABSOLVIÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. [...] DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE EXCLUSÃO DAS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DO DELITO. INVIABILIDADE. PROVA DOS AUTOS QUE CONFIRMAM VETOR NEGATIVO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EXTRAPOLAM CONSEQUÊNCIAS NORMAIS AO TIPO PENAL. INVIABILIDADE. PENA BASE. MAGISTRADA QUE APLICOU 1/4 PARA VETOR NEGATIVO DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/8 PARA TAL VETOR. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA AS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. PROVIMENTO PARCIAL NESTE PONTO. [...] RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. (Apelação Criminal n. 0019058-70.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 22-10-2019 - grifou-se).*

Logo, pelas razões supra, concluo que, na hipótese, o aumento da pena base na proporção 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial negativada (duas) revela-se suficiente, devendo, portanto, ser assim mantida (consequências do crime) e ora aplicada (culpabilidade valorada por ocasião deste julgamento), desprovendo-se o recurso ministerial no ponto.

## **2. Concurso material de crimes e continuidade delitiva**

Ainda, ousei divergir, restando igualmente vencedor, no tocante à incidência do concurso material de crimes.

Na hipótese, há especificamente 3 (três) cadeias de delitos perpetrados em continuidade delitiva (e não uma única), porque se observou lapsos temporais elevados entre elas, superiores há 6 meses - mais precisamente 10 meses e 24 dias (do 5º ao 6º fato - 11/12/2014 a 05/11/2015) e, em outra, 6 meses e 13 dias (do 9º e 10º fato - 18/12/2015 a 01/07/2016), conforme incontroversa prova documental carreada aos autos -, o que entendo inadmissível por configurar habitualidade criminosa.

Embora inexista previsão legal expressa a respeito do intervalo temporal necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva, *in casu*, ainda que presentes os demais requisitos da ficção jurídica, não se mostra razoável a sua incidência nas citadas cadeias de delitos por ter ultrapassado - e muito - o período sabidamente utilizado pelas Cortes como parâmetro para aplicação da benesse (30 dias), fazendo desaparecer, em tais períodos, sinal de atividade contínua.

Em caso análogo, recolhe-se da Corte da Cidadania:

**HABEAS CORPUS. FRAUDES A LICITAÇÃO. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. POSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO NO PROCESSAMENTO DE ARESP. PECULIARIDADES DO PROCESSO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO APENAS AOS CRIMES PRATICADOS EM SIMILAR CONDIÇÃO DE TEMPO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO SOMENTE PARA APLICAR O ART. 71 DO CP ENTRE DOIS BLOCOS DE CONDUTAS.**

[...] 3. *A continuidade delitiva visa mitigar o rigor excessivo das penas cumuláveis a crimes praticados em desdobramento, desde que, favorecidos os requisitos do art. 71 do CP, sejam todos havidos como sucessão da inaugural conduta do agente. Busca-se, por razões de política criminal, evitar consequências descomuns em situações que não revelam correspondente censurabilidade.* 4. **O parâmetro adotado por esta Corte para verificar a similaridade nas condições de tempo (art. 71 do CP) é o interregno de 30 dias entre os fatos, período apto a caracterizar a autonomia de vontade. Entretanto, a depender das peculiaridades do caso, se houver reconhecimento seguro de ritmo contínuo, de projeto único desdobrado em várias ações, permite-se a flexibilização desse espaço de tempo.**

5. **Constatado que o condenado praticou, no mesmo dia, duas fraudes licitatórias, mas interrompeu sua conduta por quase dois meses antes de voltar a perpetrar outros crimes da mesma espécie, é cabível a aplicação do art. 71 do CP somente aos blocos de ilícitos que não ultrapassaram o lapso de 30 dias, pois inexistente, no aresto condenatório, sinal de que clara atividade contínua, e a pena final - de 4 anos e 8 meses de reclusão - afigura-se proporcional à densidade lesiva dos fatos.**

6. *Habeas corpus parcialmente concedido a fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os dois grupos de crimes praticados em semelhantes circunstâncias de tempo, com a consequente redução das penas do paciente, nos termos do voto.*

(HC 475.487/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 02/09/2019 - grifou-se).

E desta Corte:

**AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA - INDEFERIMENTO - RECURSO INTERPOSTO PELO APENADO. ALEGADA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE DUAS CONDENAÇÕES POR CRIMES PATRIMONIAIS COMETIDOS EM CIRCUNSTÂNCIAS DE LUGAR SEMELHANTES - INOCORRÊNCIA - FURTOS QUE, EMBORA TENHAM COINCIDÊNCIA DE LUGAR, FORAM COMETIDO COM ESPAÇO TEMPORAL SUPERIOR A 30 DIAS - INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE LIAME SUBJETIVO - EMPREITADAS CRIMINOSAS QUE, EM VERDADE, EVIDENCIAM A HABITUALIDADE DELITUOSA, E NÃO A CONTINUIDADE, COM UNIDADE DE DESÍGNIOS. I - Não há**

*se falar na ocorrência de continuidade delitiva se os crimes patrimoniais foram cometidos em interregno maior do que 30 dias entre si (TJSC, ACr n. 0000397-11.2019.8.24.0144, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 14-04-2020). II - Não se pode confundir habitualidade criminosa com continuidade delitiva; nesta o agente, após elaborar um plano, divide as ações, cometendo-as em condições semelhantes de tempo e lugar, visando atingir um objetivo único; naquela o infrator simplesmente faz o crime um meio de vida, praticando as condutas de forma indiscriminada, sem qualquer liame subjetivo. RECURSO DESPROVIDO (Agravo de Execução Penal n. 0001049-66.2020.8.24.0023, da Capital, rel. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 16-07-2020 - grifou-se).*

**APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CORRUPÇÃO PASSIVA,**

**POR DUAS VEZES, EM CONCURSO MATERIAL (ART. 317, CAPUT, NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL). [...] PLEITO DE AFASTAMENTO DA REGRA DO CONCURSO MATERIAL ENTRE OS CRIMES. REQUERIDA A APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPROCEDÊNCIA. INFRAÇÕES COMETIDAS EM INTERVALO DE TEMPO SUPERIOR A 30 (TRINTA) DIAS. CARACTERIZAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] 3.**

*Verificado que os delitos foram cometidos em intervalo de tempo superior a 30 (trinta) dias entre eles, não se pode considerar a conduta subsequente como continuação da primeira, razão pela qual há de ser mantido o reconhecimento do concurso material (Apelação Criminal n. 0900493-30.2015.8.24.0018, de Chapecó, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 09-07-2020 - grifou-se).*

De fato, o que se vislumbra é o cometimento de três séries delitivas - a primeira composta de 5 desvios, a segunda por 4 e a última por 138, conforme planilha exposta na exordial delatória -, com intervalos entre elas de mais de 180 (cento e oitenta) dias (já muito elastecendo o período comumente tolerado de 30 dias), o que permite o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado (art. 71 do CP) por três vezes em concurso material de crimes (art. 69 do CP).

Quanto às proporções de aumento concernentes a cada cadeia de crimes continuados, deve-se observar as frações de 1/3 (um terço), 1/4 (um quarto) e 2/3 (dois terços), tendo em vista a incidência de 5, 4 e 138 fatos, respectivamente, conforme já cima mencionado e diante do remansoso posicionamento jurisprudencial sobre o tema. Confira-se:

**APELAÇÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 180, § 1º, NA FORMA DO ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...]**

*A “Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações” (HC 542.306/SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 11-02-2020) (Apelação Criminal n. 5001650-41.2020.8.24.0005, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 08-10-2020 - grifou-se).*

Passa-se, portanto, à dosimetria da pena nos termos acima referidos.

### 3. Dosimetria

Na primeira fase, sopesadas negativamente as circunstâncias (por ocasião deste julgado - culpabilidade) e as consequências do crime, cada qual com aumento na fração de 1/6 (um sexto), resta a pena inicial fixada em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, há a atenuante da confissão, o que faz reduzir a pena para o montante de 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na etapa derradeira, militando em desfavor do acusado a causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP, tendo em vista que o acusado exercia função de confiança no Poder Judiciário de Santa Catarina, com aumento na proporção de 1/3 (um terço), a pena resta estabelecida em 2 (dois) anos, 11 (onze) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Em seguida, na forma do art. 71 do CP, aplica-se a continuidade delitiva nas 3 (três) séries reconhecidas, conforme fundamentação supra.

À primeira na fração de 1/3 (um terço), porque composta por 5 (cinco) fatos, resultando no patamar de 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 11 (onze) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa.

À segunda na fração de 1/4 (um quarto), porque composta por 4 (quatro) fatos, resultando no patamar de 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

À terceira, na fração de 2/3 (dois terços), porque composta por 138 (cento e trinta e oito fatos) fatos, resultando no patamar de 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 6 (seis) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa.

Por derradeiro, aplicado o concurso material entre as três cadeias de crimes, a pena final resta arbitrada em **12 (doze) anos, 6 (seis) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão e 54 (cinquenta e quatro) dias-multa.**

Por força do montante da sanção, superior a 8 (oito) anos, o regime prisional inicial passa a ser o fechado, ex vi do art. 33, § 2º, a, do CP.

As demais cominações restam mantidas nos exatos termos do voto lançado pelo Exmo. Relator, porquanto houve unanimidade do julgamento nos demais pontos.

Em decorrência, voto por dar parcial provimento ao apelo ministerial, para fazer incidir a fração de aumento da pena base em 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial valorada negativamente, assim como para aplicar o concurso material de crimes entre três séries de delitos continuados, adequando-se a reprimenda para o montante de **12 (doze) anos, 6 (seis) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão e 54 (cinquenta e quatro) dias-multa** e alterando-se o **regime prisional para o fechado**, mantidas as demais cominações.

**Desembargador LEOPOLDO AUGUSTO BRUGGEMANN**

**Relator**

## AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5009692-06.2021.8.24.0018/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR GETÚLIO CORRÊA

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AGRAVANTE)

AGRAVADO: LEANDRO LERIA (AGRAVADO)

ADVOGADO: JAISON DOS SANTOS ALVES (OAB SC047247)

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – DECISÃO QUE DEFINE O PERCENTUAL DE 40% PREVISTO NO PACOTE ANTICRIME PARA A PROGRESSÃO DE REGIME, POR NÃO SE TRATAR O APENADO DE REINCENTE ESPECÍFICO EM CRIME HEDIONDO (LEP, ART. 112, V) - INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

REEDUCANDO CONDENADO PELA PRÁTICA DE CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO (LEI N. 11.343/03, ART. 33, “CAPUT”) - ALEGAÇÃO DE QUE O INCISO VII DO ART. 112 DA LEP NÃO DISPÕE SOBRE A REINCENTÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIME HEDIONDO E EQUIPARADO, MAS SIM GENÉRICA - PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DOS 60% PREVISTOS NO ART. 112, VII, DA LEP - DESCABIMENTO - INTERPRETAÇÃO EM BENEFÍCIO DO APENADO - DECISÃO MANTIDA.

*“Não é possível desconsiderar a notável mudança de redação legal advinda com a edição da Lei 13.694/19, porquanto, no inciso VII do art. 112 da LEP, a palavra “reincidente” foi complementada pela expressão “na prática de crime hediondo ou equiparado”, restringindo expressamente sua aplicação ao reincidente nessa espécie de delito. Assim, inexistente previsão legal que estipule a fração de pena a cumprir ao apenado condenado por crime hediondo ou equiparado e reincidente por crime comum, necessária a aplicação, por analogia, daquela estabelecida no art. 112, V, da Lei de Execução Penal, qual seja, 40%. “1. A reincidência exigida pelo art. 112 da Lei de Execução Penal, com a redação dada pela Lei 13.964/19, para o agravamento das frações de progressão de regime, é a específica em crimes da mesma natureza e, inexistente previsão quanto ao reincidente genérico, deve ser adequado à situação positivada ao condenado primário” (TJSC, Des. Sérgio Rizelo).*

*“Deve-se entender, portanto, que, para o condenado por crime hediondo que seja reincidente genérico, como se dá no caso em tela, deverá incidir o percentual equivalente ao que é previsto para o primário, vale dizer, de 40% ou 50%, na forma do art. 112, V e VI, a, da LEP, a depender do caso (se houve ou não resultado morte). Sendo o ora paciente condenado pela prática de tráfico de drogas, portanto, sem o resultado morte, seria aplicável, portanto, o contido no inciso V do retrocitado art. 112 da LEP, exigindo-se, portanto, o cumprimento de 40% da pena para a progressão de regime. Assim, considerando-se, em princípio, a existência de flagrante ilegalidade no decisum do TJSP, defiro a liminar para que seja observado o quantum de 40% do cumprimento de pena do paciente para a progressão de regime, nos termos do art. 112, V, da Lei de Execução Penal” (STJ, Min. Sebastião Reis Júnior).*

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e desprover o recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.



Florianópolis, 29 de junho de 2021.

**Desembargador GETULIO CORREA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra decisão proferida pelo Juiz de Direito Gustavo Emelau Marchiori, da 3ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó, que, nos autos do PEC n. 0005718-35.2013.8.24.0080, determinou o percentual de 40% (equivalente a 2/5) previsto no Pacote Anticrime para a progressão de regime do agravado, por não se tratar de reincidente específico em crime hediondo (Evento 04).

Nas razões recursais (Evento 01) o agravante sustentou a necessidade de aplicação do percentual de 3/5 para a progressão de regime, ao argumento de que “[...] a redação do artigo 112, inciso VII, da Lei de Execução Penal não caracteriza, por si só, a reincidência específica, já que a expressão ‘reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado’ permite concluir, sem qualquer prejuízo, que o legislador quis fazer referência ao condenado que se tornou reincidente por ter incorrido na prática de crime hediondo ou equiparado a hediondo”.

Contrarrazões (Evento 08), pela manutenção da decisão.

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (Evento 11).

Em 10.05.2021, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, por parecer do Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (Evento 10 do Agravo em Execução Penal). Retornaram conclusos em 18.05.2021 (Evento 11 do Agravo em Execução Penal).

## **VOTO**

1. Presentes os pressupostos legais, o recurso é conhecido e desprovido.

2. O agravante cumpre penas somadas de 12 anos, 6 meses e 26 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei n. 11.343/06 (autos n. 0001481-55.2013.8.24.0080) e art. 180, § 3º, do CP (autos n. 0004393-59.2012.8.24.0080). Atualmente, resgata a pena no regime semiaberto. A reincidência foi pela prática de crime comum (Evento 44 do SEEU).

3. Ao analisar pedido de retroação da novatio legis para alterar a fração de progressão de 3/5 (60%) para 2/5 (40%) formulado pelo agravado (Evento 614 do PEC), o Juiz de Direito Gustavo Emelau Marchiori assim deliberou:

“Extraí-se do caderno processual que o(a) reeducando(a) foi condenado(a) ao quantum de 12 (doze) anos, 6 (seis) meses e 26 (vinte e seis) dias (integralmente relativa a crimes praticados antes do advento da Lei n. 13.964/2019), consoante decisão do evento 597.

No entanto, como o(a) reeducando(a), apesar de ter sido conhecido(a) como reincidente na ação penal n. 080.13.001481-8 (crime hediondo), não o(a) foi de forma específica, a Defesa, com base na Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), requereu a retroação da novatio legis para alterar a fração de progressão de 3/5 (ou 60%) para 2/5 (40%). O crime não envolve resultado morte.

Instado sobre o assunto, posicionou-se o Ministério Público pelo indeferimento do pedido, pois o Órgão entendeu que a reincidência não precisa ser específica para aplicação da fração de 3/5.

É o breve relato. **Decido.**

### **I – Da aplicação da Lei n. 13.964/19 ao caso em concreto.**

As arguições ministeriais seriam completas para indeferir o pleito defensivo. Aliás, o que foi dito na petição ministerial vai ao encontro do entendimento deste juízo.

Porém, a matéria está pacificada na jurisprudência em sentido diverso e merece ser analisada com cautela para evitar recursos desnecessários.

Até a edição da Lei n. 13.964/19, não havia dúvidas de que a reincidência genérica, isto é, aquela independente de qual crime fosse originara, servia para utilizar a fração de 3/5 para a progressão de regime.

O texto legal, inclusive, era claro nesse sentido:

*2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos § 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) (Grifei).*

O legislador brasileiro, porém, entendendo que o sistema de progressão de penas era brando, inseriu, dentro do denominado ‘pacote anticrime’ (Projeto de Lei n. 10.372/18), alterações na Lei de Execuções Penais.

Porém, a falta de técnica legislativa (que de acordo com o referido Projeto de Lei funcionou, por meio de um grupo de trabalho, por mais de 200 dias, sendo que neles foram ouvidos 50 especialistas) trouxe diversas lacunas na temática.

Veja-se, então, como ficou o novo art. 112 da LEP:

*Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Especificamente quanto ao réu condenado por crime hediondo, é possível ver que a legislação abrangeu o (i) réu considerado primário (40%); (ii) e o réu reincidente específico em crime hediondo (60%). Todavia, deixou de falar do réu reincidente genérico, isto é, aquele reincidente na prática de crime comum, mesmo sabendo o legislador (ou devendo saber) daquela antiga discussão trazida no início desta decisão, que até poucos dias atrás ainda estava sendo levada ao STJ (vide AgRg no HC 521.434/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 08/10/2019).

Criou-se, dessa forma, evidente lacuna legislativa (ainda mais pelo fato de que o art. 2º da Lei n. 8.072/90 foi revogado), que deve ser preenchida em favor do réu, sob pena de se efetivar uma analogia in malam partem.

[...].

A lei que tanto queria recrudescer o sistema penal acabou beneficiando todos os réus condenados por crimes hediondos que, embora reincidentes, não o sejam de modo específico, ainda que isso possa violar os princípios da igualdade e da individualização das penas.

O tema, no entanto, chegou ao STJ e já não possui divergência em suas duas Turmas, senão vejamos:

[...].

É bem verdade que na Corte Cidadã os REsps 1910240 e 1918338 foram afetados para julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos, mas pouco provável que ocorra nova guinada jurisprudencial, a considerar, como dito, que ambas as Turmas estão decidindo de modo uniforme.

No âmbito estadual, o E. TJSC até havia se antecipado instaurando o IRDR n. 5046684- 54.2020.8.24.0000, porque as Câmaras Criminais também estão apresentando dissonância acerca do assunto.

Todavia, com a afetação nacional mencionada houve o superveniente cancelamento.

Portanto, por mais que este subscritor concorde com as arguições ministeriais, não há outra alternativa senão retroagir os efeitos da Lei n. 13.964/19 para aplicar a fração de 2/5 aos réus condenados por crime hediondo que não sejam reincidentes específicos em tal tipo de crime, já que há uma (gigante) lacuna legislativa, que não pode ser preenchida em desfavor do réu, sob pena de violação do princípio da legalidade (analogia in malam partem).

## II – Da retificação processual.

Na espécie, observa-se que o(a) ré(u) possui condenações com pena total de 12 (doze) anos, 6 (seis) meses e 26 (vinte e seis) dias (integralmente relativa a crimes praticados antes do advento da Lei n. 13.964/2019),

sendo que desse total 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 16 (dezesseis) dias são relativos a crimes comuns e 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão foram a ele cominados em virtude do cometimento de crime hediondo praticado, após o advento da Lei n. 11.464/2007, e na condição de reincidente.

Como dito na decisão do evento 597, até a data-base (13.02.2021) o(a) reeducando(a) cumpriu 1 (um) ano, 3 (três) meses e 11 (onze) dias da pena relativa aos crimes comuns e 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 17 (dezessete) dias da pena relativa aos crimes hediondos, restando portanto a cumprir, a partir dessa data (13.02.2021), 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 5 (cinco) dias da pena de detenção relativa aos crimes comuns e 6 (seis) meses e 23 (vinte e três) dias da pena de reclusão relativa ao crime hediondo cometido, na condição de reincidente, após o advento da Lei n. 11.464/2007 ( $\frac{2}{5} = 2$  (dois) meses e 21 (vinte e um) dias), referentes aos PECs até então existentes.

Diante de tais informações, tem-se as seguintes previsões: a) progressão de regime: 03.12.2021; b) término da pena: 12.03.2025.

### III – Conclusão:

Ante o exposto, com a devida ressalva ao entendimento pessoal, faço retroagir os efeitos da Lei n. 13.964/19 ao caso em concreto para, por falta de previsão legal específica, exigir o resgate de  $\frac{2}{5}$  da pena restante do crime hediondo ou equiparado para fins de progressão de regime, por se tratar de réu reincidente genérico, o que faço com fundamento no art. 66, I, da LEP, e no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

Diante de tais informações, tem-se as seguintes previsões: a) progressão de regime: 03.12.2021; b) término da pena: 12.03.2025” (Evento 09 do SEEU).

4. A Lei n. 13.964/2019, que institui o pacote anticrime, revogou o art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90 (alterado, em 2007, pela 11.464), que tratava da progressão de regime para condenados a crime hediondo, e unificou as regras de progressão no art. 112 da LEP, que passou a ter a seguinte redação:

*“Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*

*I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*

*II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;*

*III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*

*IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;*

*V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;*

*VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou*

*equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;*

**VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;**

*VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional” (grifei).*

Em princípio, quando o tema ainda era recente, fiz uma interpretação teleológica da norma, a fim de perquirir a finalidade do legislador e, pelos motivos que já expus em diversos Agravos em Execução, adotei o entendimento de que a reincidência mencionada no art. 112, VII, da LEP, pode ser genérica (vide, por exemplo, declaração de voto divergente no Agravo em Execução n. 0000971-42.2020.8.24.0033, j. 06.10.2020).

No entanto, doutrina e jurisprudência debateram a exaustão o tema e, ao que me parece, a tese que vem prevalecendo - sobretudo nas cortes superiores - é a de que se deve interpretar o inciso VII na sua literalidade, isto é, de que a reincidência exigida é específica em crime hediondo ou equiparado.

Nesse caso, está-se diante uma lacuna na lei, por ausência de previsão de um percentual para a hipótese do apenado condenado por crime hediondo, mas reincidente comum, como o agravado.

E, nesse cenário, o percentual a ser exigido deve ser o mais benéfico, qual seja o do inciso V (40%), destinado ao preso primário. Esse foi o posicionamento externado por alguns doutrinadores em comentários ao pacote anticrime:

*“VII - Cumprimento de ao menos 60% (sessenta por cento) da pena se o acondenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado:*

*[...] Como se pode notar, trata-se de reincidência específica em crimes dessa natureza, não necessariamente no mesmo delito, porém (v.G., estupro e estupro de vulnerável; homicídio qualificado e terrorismo, etc). Logo, na hipótese de se tratar de apenado já condenado irrecorrivelmente por um crime quáquer (v.G., furto qualificado) que vier a cometer novo delito, dessa vez hediondo ou equiparado, não se revela possível a aplicação do inciso VII do art. 112, à semelhança do raciocínio anteriormente feito em relação ao inciso IV do art. 112, o patamar previsto no art. V, qual seja, 40% (quarenta por cento) [...]” (DE LIMA, Renato Brasileiro. Pacote Anticrime. Comentários à Lei Nº 13.964/19 Artigo por Artigo (2020). Juspodivm. Salvador, 2019).*

*“Antes do PAC, o tratamento mais gravoso ao condenado reincidente que cometeu crime hediondo ou equiparado não exigia a reincidência específica. Percebam que a nova legislação exige, para o tratamento mais gravoso, a reincidência na prática de crime hediondo ou equiparado (com ou sem resultado morte, a depender do caso, incisos VII e VIII), isto é, é preciso que a reincidência seja específica” (TAVARES, Pedro Tenório Soares Vieira; NETTO LIMA, Estácio Luiz Gama. Pacote Anticrime: As modificações no sistema de justiça criminal brasileiro. e-book, 2020. p.175)”.*

*“O dispositivo faz referência à reincidência específica em crime com violência ou grave ameaça. Mas e se o reeducando for reincidente, mas não específico, ou seja, somente um dos crimes, passado e presente tiver sido cometido com violência ou grave ameaça? Lendo e relendo o artigo em comento, concluímos que estamos diante de uma lacuna, cuja integração, por óbvio, deverá observar o princípio do in dubio pro reo” (CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime: Lei n. 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Editora JusPodvim. Salvador, 2020. p. 371).*

Nessa mesma linha, cito julgados das Cortes de Sobreposição:

*“Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. Execução penal. 2. Apenado condenado por crime hediondo após a condenação por crime comum. Reincidência não específica. Aplica-se-lhe a fração de 3/5 (três quintos) para progressão de regime.*

*3. Agravo improvido” (STF, RHC 176131, Min. Gilmar Mendes, j. 05.11.2019).*

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. CRIME HEDIONDO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA OU COMUM.*

*IRRELEVÂNCIA. LAPSO TEMPORAL PARA PROGRESSÃO DE REGIME. FRAÇÃO DE 3/5 EM RELAÇÃO AOS CRIMES HEDIONDOS. AGRAVO DESPROVIDO.*

*1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica ao determinar a fração de 3/5 como lapso temporal para a progressão de regime, de modo que, unificadas as penas e constatada a reincidência, qualquer que seja ela (específica ou comum), para fins de progressão do regime, deverá ser aplicada a fração de 3/5 em relação aos crimes hediondos.*

*2. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no REsp 1780929/RO, Min. Joel Ilan Paciornik, j. 20.08.2019).*

E desta Câmara Criminal:

*“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE REVISÃO DO PROGNÓSTICO DE BENEFÍCIOS, QUE, EM RELAÇÃO À PROGRESSÃO, ADOTOU COMO PARÂMETRO O CUMPRIMENTO DE 60% OU 3/5 DA PENA, PREVISTO NO ART. 112, VII, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE QUE, CONSIDERANDO O AGRAVANTE TER SIDO CONDENADO POR CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO E SER REINCENTE EM CRIME COMUM, SERIA APLICÁVEL O PARÂMETRO PREVISTO NO ART. 112, V, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ACOLHIMENTO. LEI 13.964/19 QUE, EMBORA TENHA REVOGADO O ART. 2º, §2º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, NÃO ESTIPULOU O REQUISITO OBJETIVO AO REINCENTE POR CRIME COMUM. INTELIGÊNCIA DO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. RECONHECIMENTO DE EXISTÊNCIA DE LACUNA LEGAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO INCISO V DO REFERIDO DISPOSITIVO, QUE PREVÊ COMO CUMPRIDO O REQUISITO OBJETIVO QUANDO RESGATADO 40% OU 2/5 (DOIS QUINTOS) DA PENA. DECISÃO REFORMADA. DETERMINAÇÃO PARA QUE SEJA REALIZADO NOVO PROGNÓSTICO DOS BENEFÍCIOS. Não é possível desconsiderar a notável mudança de redação legal advinda com a edição da Lei 13.694/19, porquanto, no inciso VII do art. 112 da LEP, a palavra “reincidente” foi complementada pela expressão “na prática de crime hediondo ou equiparado”, restringindo expressamente sua aplicação ao reincidente nessa espécie de delito. Assim, inexistente previsão legal que estipule a fração de pena a cumprir ao apenado condenado por crime hediondo ou equiparado e reincidente por crime comum, necessária a aplicação, por analogia, daquela estabelecida no art. 112, V, da Lei de Execução Penal, qual seja,*



40% ou 2/5 (dois quintos). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO” (Agravado de Execução Penal n. 0000819-91.2020.8.24.0033, de minha relatoria, j. 11.08.2020).

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA DO APENADO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE CÁLCULO DE BENEFÍCIOS, MANTENDO A ADOÇÃO DO PERCENTUAL DE 60% PARA O PROGNÓSTICO DE PROGRESSÃO DE REGIME. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PERCENTUAL DE 40% (2/5) ANTE A REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA EM CRIME HEDIONDO. PRETENSÃO ACOLHIDA. INCIDENTE, NO CASO, A REDAÇÃO NOVA DO ART. 112 DA LEP, MODIFICADA PELA LEI N.º 13.964/2019. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. PERCENTUAL MAIS GRAVOSO APLICÁVEL APENAS PARA A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIME HEDIONDO, SENDO IMPOSSÍVEL INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA, DESFAVORÁVEL AO APENADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO” (Agravado de Execução Penal n. 0001000-92.2020.8.24.0033, Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 06.10.2020).

“AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. INSURGÊNCIA CONTRA A DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME POR NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INCONFORMISMO DA DEFESA. PLEITO PELA REVISÃO DA DECISÃO ATACADA AO ARGUMENTO DE QUE O APENADO NÃO PODE SER CONSIDERADO REINCENTE. NÃO ACOLHIMENTO. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE RECRUDESCEU A PENA EM RAZÃO DA AGRAVANTE DA REINCENTE. ADEMAIS, RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA QUE MANTÉM OS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENÇÃO E, POR CONSEQUÊNCIA, O RECONHECIMENTO DA REINCENTE. CONTUDO, CONCESSÃO DO PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE CUMPRIMENTO NECESSÁRIA PARA PROGRESSÃO DA PENA PARA 40% (2/5). NOVA REDAÇÃO ATRIBUÍDA AO ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL, CONFERIDA PELO PACOTE ANTICRIME (LEI N. 13.694/19) QUE PASSOU A PREVER O PERCENTUAL DE 40%, EQUIVALENTE A 2/5 (DOIS QUINTOS) DA PENA, AO REEDUCANDO CONDENADO PELA PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO OU EQUIPARADO E PRIMÁRIO E, POR SUA VEZ, O PERCENTUAL DE 60% (3/5) AO REINCENTE NA PRÁTICA DE DELITO HEDIONDO OU EQUIPARADO. LACUNA DEIXADA PELO LEGISLADOR QUANTO AO REINCENTE POR CRIME COMUM QUE NÃO PODE SER INTERPRETADA EM PREJUÍZO DO APENADO. VEDAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO PREJUDICIAL AO AGRAVANTE. MATÉRIA, SABE-SE, CONTROVERSA, NO ENTANTO PRECEDENTES DESTA CORTE E DESTA CÂMARA EM IGUAL SENTIDO. FILIAÇÃO À TAL CORRENTE. DECISÃO REFORMADA PARA QUE SEJA REALIZADO NOVO PROGNÓSTICO DO BENEFÍCIO, CONSIDERADO O PERCENTUAL DE 40% (2/5). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO” (Agravado de Execução Penal n. 0000794-78.2020.8.24.0033, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 20.10.2020).

A Segunda Câmara Criminal não difere: Agravo de Execução Penal n. 0000922-98.2020.8.24.0033, de Itajaí, rel. Sérgio Rizelo, j. 25.08.2020; Agravo de Execução Penal n. 0000711-92.2020.8.24.0023, da Capital, rel. Norival Acácio Engel, j. 07.07.2020; Agravo de Execução Penal n. 0000880-88.2020.8.24.0020, de Criciúma, rel. Salete Silva Sommariva, j. 21.07.2020”.

Portanto, revejo meu posicionamento e passo a acompanhar meus pares, no sentido de que a reincidência exigida no inciso VII do art. 112 da LEP é específica em crime hediondo.

No mesmo sentido manifestou-se o Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil:

“Dessarte, considerando-se que o apenado não é reincidente específico em crimes de natureza hedionda ou equiparada, tem-se como tecnicamente inaplicável o inciso VII do art. 112 da Lei de Execuções Penais a hipótese em apreço, de modo que se recomenda a essa Colenda Câmara Criminal a manutenção da decisão impugnada por seus próprios fundamentos jurídicos” (Evento 10).

Mantenho, pois, a decisão agravada.

5. À vista do exposto, voto por conhecer e desprover o recurso.

**Desembargador GETULIO CORREA**

**Relator**

## QUARTA CÂMARA CRIMINAL

### **HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 5045365 51.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ EVERALDO SILVA

REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE/IMPETRANTE: ALEXANDRE AMARANTE (IMPETRANTE DO H.C)

PACIENTE/IMPETRANTE: MAIARA GRASIELA SCHLICKMANN (PACIENTE DO H.C)

ADVOGADO: ALEXANDRE AMARANTE (OAB SC034820)

IMPETRADO: JUÍZO DA VARA CRIMINAL DA REGIÃO METROPOLITANA DA COMARCA DE FLORIANÓPOLIS

MP: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

*HABEASCORPUS. PARTICIPAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E COM ENVOLVIMENTO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ART. 2º, §§ 2º a 4º, INCISO I, DA LEI N. 12.850/2013).*

*PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA PRISÃO DOMICILIAR. ROMPIMENTO DA TORNOZELEIRA ELETRÔNICA. PACIENTE PRESO EM OUTRO PROCESSO FORA DO PERÍMETRO DE MONITORAMENTO. APRESENTAÇÃO DE FALSA IDENTIDADE E RESISTÊNCIA À PRISÃO. NECESSIDADE DE ACAUTELAR A ORDEM PÚBLICA E GARANTIR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.*

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 14 de janeiro de 2021.

**Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Alexandre Amarante, em favor de Maiara Grasiela

Schlickmann, denunciada pela suposta prática do delito previsto no art. 2º, §2º, da Lei n. 12.850/2013, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz da Vara Criminal da Região Metropolitana de Florianópolis.

Assevera que a paciente vem sofrendo constrangimento ilegal com o restabelecimento de sua prisão preventiva, pois, segundo seus dizeres, não houve descumprimento das regras do monitoramento eletrônico. Afirmar que jamais rompeu o lacre da tornoeleira, “pois, no momento da sua prisão ela ainda usava o referido equipamento, que foi retirado apenas no estabelecimento penal para o qual ela foi levada, qual seja, o Presídio de Joinville/SC”. Aduz que não compareceu na inspeção agendada para o dia 13/10/2020, pois estava com sérios problemas de saúde, inclusive com suspeita de ter contraído o Coronavírus. Narra que no momento da prisão estava indo ao médico quando foi abordada por uma guarnição da Polícia Militar. Relata que não resistiu a prisão, somente pegou um de seus filhos menores para ele parar de chorar no momento da abordagem.

Requeru, liminarmente, a concessão da ordem para o restabelecimento da prisão domiciliar, com a consequente revogação da decisão que decretou a preventiva e, ao final, a sua confirmação. Por fim, instruiu o pedido com cópia parcial dos autos.

Indeferida a liminar e encaminhados os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, opinando pela denegação da ordem (evento 14).

Os autos foram incluídos em Mesa para julgamento na Sessão por Videoconferência do dia 14 de janeiro de 2021, nos termos dos arts. 132, inciso IX, 142-E e 236 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

## VOTO

Sustenta o impetrante a necessidade de se revogar a prisão preventiva decretada pelo juízo a quo, pois a paciente não teria descumprido as condições estabelecidas para a prisão domiciliar.

Contudo, referida pretensão não merece acolhida, na medida em que a prisão preventiva da paciente foi restabelecida sob os seguintes fundamentos:

*Pois bem. Verifica-se que a acusada **Maiara Grasiela Schlickamnn** teve sua prisão preventiva substituída por sua prisão domiciliar no dia 13/06/2019 (evento 963), mediante o cumprimento das seguintes medidas cautelares: a) proibição de manter contato com os demais Investigados/Indiciados e b) monitoramento eletrônico (em se tratando de prisão domiciliar, o raio de circulação se restringe ao imóvel onde reside a Acusada, a ser informado ao DEAP quando for colocar a tornoeleira, não podendo dele se ausentar sem autorização judicial).*

*A tornoeleira foi instalada em 17/06/2020, conforme documentos juntados nos eventos 1006 e 1007.*

*Após a instalação do aparelho de monitoramento eletrônico, houve descumprimento das regras de sua prisão por diversas vezes (eventos 1188, 1190, 1200-1201, 1212-1217, 1223, 1284, 1290, 1296, 1319, 1336, 1390, 1399, 1402, 1409, 1428-1429, 1431, 1483, 1612, 1688, 1728, 1734 e 1796), as quais, em sua maioria,*

**foram acolhidas as justificativas.**

Recentemente, sobreveio aos autos informação de quebra de regras do monitoramento pela acusada **Maiara Grasiela Schlickamnn**, apresentando evento de rompimento da tornozeleira eletrônica. (evento 1994).

No evento 2051, a defesa da acusada **Maiara** alegou que o equipamento não foi rompido, mas sim retirado no Presídio quando do cumprimento de mandado de prisão em seu desfavor, o que foi confirmado pela unidade prisional no evento 2085.

Segundo a defesa, o mandado de prisão cumprido em desfavor da acusada é decorrente do trânsito em julgado de sentença condenatória nos autos 0001288- 39.2016.8.16.0086 da Comarca de Guaíra/PR.

**Observo que, de acordo com o boletim de ocorrência juntado no evento 2049 pelo Ministério Público, a acusada no momento da abordagem policial se identificou com nome de terceiro e, ainda, conforme narrado no mencionado documento, durante o cumprimento do mandado de prisão em desfavor da acusada, esta teria resistido a prisão, segurando seu filho menor no colo, dificultando assim a ação policial.**

Entendo que a representação formulada pelo Ministério Público comporta deferimento.

Isso porque ao se identificar falsamente aos policiais que realizaram a abordagem da acusada, ao que tudo indica, a acusada **Maiara** pretendia se furtar da reponsabilidade penal decorrente de sentença penal condenatória, evitando, assim, o cumprimento da prisão.

Assim, revela-se indispensável o restabelecimento da prisão da acusada.

Para além disso, em alegações finais o Ministério Público de Santa Catarina pugnou por sua condenação, portanto, estando ciente de tal condição a acusada poderá tentar se evadir, novamente, do distrito da culpa, conforme fez durante a abordagem policial.

Portanto, para além da garantia da ordem pública conforme já apontado na decisão do evento 963, a manutenção da prisão da acusada **Maiara Grasiela Schlickamann** mostra-se também necessária para assegurar a aplicação da lei penal.

**Ademais, observa-se que a acusada Maiara não demonstrou interesse no cumprimento das medidas cautelares para garantir seu benefício a reclusão domiciliar.**

O §1º do art. 312 do CPP, autoriza a decretação da prisão preventiva no caso de descumprimento das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares, como a situação destes autos.

Neste caminho, já decidiu o Tribunal de Justiça:

[...]

Ainda, “O descumprimento de medida cautelar imposta pelo Juízo constitui motivação suficiente para legitimar o decreto de prisão preventiva, já que encontra previsão no parágrafo único do artigo 312 e no § 4º do artigo 282, ambos do Código de Processo Penal. (Habeas Corpus (Criminal) n. 4025688-57.2017.8.24.0000, de Itapema, rel. Des. Rui Fortes, Terceira Câmara Criminal, j. 21-11-2017).

Logo, diante do descumprimento da obrigação do monitoramento eletrônico e para a garantia da aplicação da lei penal, acolho o requerimento do Ministério Público, e nos termos do arts. 282, §4º e 312, caput, todos do CPP, revogo a prisão domiciliar concedida à acusada **Maiara Grasiela Schlickamnn**, restabelecendo a sua prisão em uma Unidade Prisional.

É consabido que não se sustentam as decisões escoradas em remissões genéricas às normas, em

especial, no âmbito criminal, onde se decide sobre o direito à liberdade do indivíduo e seu estado de inocência (artigos 5º, inciso LXI, e 93, inciso IX, da CF/1988). E por se tratar de direito cuja proteção é dever primeiro do Estado, a norma processual penal obriga ao julgador a sua fundamentação, garantindo-lhe, para tanto, a livre apreciação da prova, resguardado o contraditório (artigo 155 do CPP).

À luz das normas e preceitos citados, denota-se que a decisão proferida pelo Magistrado a quo apontou claramente, as razões do seu convencimento e o amparo aos requisitos legais necessários, visto que a paciente sabia das condições para manutenção de sua prisão domiciliar, entretanto, deliberadamente deixou de cumprir.

Conforme se observa, a prisão preventiva da paciente havia sido substituída por domiciliar, mediante o cumprimento das seguintes condições: *“proibição de manter contato com os demais Investigados/Indiciados” “monitoramento eletrônico (em se tratando de prisão domiciliar, o raio de circulação se restringe ao imóvel onde reside a Acusada, [...] não podendo dele se ausentar sem autorização judicial)”* (evento 963).

Entretanto, o ofício juntado ao evento 1994 revela que houve o registro de torção rompida no Sistema de Monitoramento Eletrônico da Empresa SPACEOM, descumprindo uma das condições da prisão domiciliar.

Embora a defesa alegue que não houve o rompimento, mas sim falha no aparelho, a paciente deixou de comparecer na inspeção agendada para o dia 13/10/2020, ainda que justificadamente, fazendo presumir correta a informação constante no ofício juntado ao evento 1994, ou seja, que *“a apenada teve seu monitoramento encerrado no dia 13.10.2020 e seu status alterado junto ao Departamento de Administração Prisional para QUEBRA DE REGRAS DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO”*.

Não bastasse, no dia 21/10/2020, a paciente foi presa em razão do trânsito em julgado dos Autos n. 0001288-39.2016.8.16.0086, fora de sua residência, o que demonstra novo descumprimento das condições de sua prisão domiciliar.

O boletim de ocorrência juntado no evento 2049 revela que, no momento da prisão, a paciente teria apresentado falsa identidade de si, com o fito de ludibriar os policiais para se esquivar da responsabilização dos autos n. 0001288-39.2016.8.16.0086, bem como ocultar o descumprimento de seu monitoramento eletrônico, indicando que solta, poderá frustrar da aplicação da lei penal.

Além disto, o boletim de ocorrência (evento 2049) ainda revela que a paciente resistiu à prisão, segurando seu filho menor para dificultar a atuação policial.

Assim, estando suficientemente fundamentada a decisão, apresentando as motivações que levaram à manutenção da paciente no cárcere, não há falar em falta de justa causa para a prisão provisória, uma vez que justificada a medida com argumentos concretos de sua necessidade, na esteira do que vêm decidindo os Tribunais Superiores e essa Corte.



Colhe-se do Supremo Tribunal Federal:

*A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. (STF, Habeas Corpus n. 90753/RJ, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 05-06-2007).*

Desnecessário repisar que havendo a paciente descumprido deliberadamente as condições da prisão domiciliar, além de atribuir identidade falsa e resistir à prisão, o restabelecimento da prisão domiciliar por óbvio não se mostra adequado para assegurar o bom andamento do processo, a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública.

Por todo o exposto, voto no sentido de denegar a ordem.

**Desembargador JOSÉ EVERALDO SILVA,**

**Relator**

# **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000212-22.2018.8.24.0042/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR SIDNEY ELOY DALABRIDA

APELANTE: SOLANGE PELISON (ACUSADO)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

APELAÇÃO CRIMINAL. DESACATO (ART. 331 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

PLEITO ABSOLUTÓRIO. DEFENDIDA A INCONVENCIONALIDADE DO TIPO PENAL. NÃO ACOLHIMENTO. COMPATIBILIDADE COM A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA.

1 A reafirmação do direito à liberdade de expressão por meio da incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro não contrasta com o delito de desacato, cuja criminalização se ajusta com perfeição ao conjunto dos direitos fundamentais e máximo valor da dignidade da pessoa humana.

2 «A criminalização da conduta de desacato a funcionário público não padece de inconvencionalidade» (TJSC, Apelação Criminal n. 0002199-48.2016.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. em 7/7/2020).

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 22 de abril de 2021.

**Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Na comarca de Maravilha, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia em face de Solange Pelison, imputando-lhe a prática dos delitos capitulados nos arts. 329 e 331, ambos do Código Penal, pois, segundo consta na inicial:

*1. Do delito previsto no artigo 331 do Código Penal*

*No dia 1 de setembro de 2017, por volta das 1h35min, no Hospital São José, localizado na Avenida Sul Brasil, s/n, Bairro Centro, em Maravilha (SC), a denunciada SOLANGE PELISON desacatou os policiais militares Viviane Regina Marin e Felipe Rafael Breda e Josimar Anselmini, no exercício de suas funções, uma vez que os chamou de “lixos, puta, covardes, merdas” e os ameaçou dizendo “quando vocês passarem em frente a minha casa vou dar um tiro na cabeça de vocês”.*

## *II. Do delito previsto no artigo 329 do Código Penal*

*No mesmo contexto fático, logo após a prática do delito exposto no item anterior, a denunciada SOLANGE PELISON se opôs a execução de ato legal, mediante violência à funcionária competente para executá-la, porquanto desferiu um chute na policial militar Viviane Regina Marin, lhe causando luxação na mão direita, a fim de impedir que os policiais efetivassem sua prisão, necessitando do uso progressivo da força e de teaser para contê-la (Evento 18, PET25, autos originários).*

Finalizada a instrução, o Magistrado a quo julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia, para condenar a ré ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 6 (seis) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por uma medida restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, na importância de 1 (um) salário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 331 do Código Penal; e absolvê-la da imputação pelo delito tipificado no art. 329 do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (Evento 58, SENT60, autos originários).

Inconformada com a prestação jurisdicional, a ré interpôs apelação criminal, mediante a qual pleiteou a absolvição, sustentando a inconveniência do crime de desacato por violar a Convenção Americana de Direitos Humanos (Evento 77, APELAÇÃO1, autos originários).

Apresentadas as contrarrazões (Evento 83, PROMOÇÃO1, autos originários), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Exmo. Dr. Raul Schaefer Filho, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do reclamo (Evento 10, PARECER1).

## **VOTO**

Almeja a defesa a absolvição de Solange Pelison, “*tendo em vista a inconveniência do crime de desacato*” (Evento 77, APELAÇÃO1, autos originários), por violar a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O pleito não prospera.

Embora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tenha reconhecido a inconveniência do referido tipo penal (REsp 1.640.084, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j em 15/12/2016), ao ser submetida a questão à Terceira Seção da mesma Corte, o referido posicionamento não se manteve. Veja-se:

*HABEASCORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO*

E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado.
2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes.
3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional.
4. A Corte Internacional de Direitos Humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo Estatuto.
5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do Estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter “moral”, podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos.
6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente “poder de embaraço” ou “mobilização da vergonha”.
7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema “leis de desacato”, não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil.
8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão.
9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade.
10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de

*São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal.*

*11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública.*

*12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito.*

*13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, “compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.”*

*14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material.*

*15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation).*

*16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena.*

*17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública.*

*18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal.*

*19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas.*

*20. Habeas Corpus não conhecido (HC 379.269/MS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, rel. p/ Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, j. em 24/5/2017, DJe 30/6/2017).*

Conclui-se, pois, que o crime de desacato não ofende a Convenção Americana de Direitos Humanos, haja vista que a própria Corte estabeleceu que a liberdade de expressão não é um direito absoluto, podendo, portanto, ser relativizada.

Nesse sentido, para eventual restrição do referido direito, de acordo com o entendimento da CIDH, exige-se o preenchimento cumulativo de alguns requisitos, quais sejam: (1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição

deve se orientar à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar.

Assim, o que se verifica é que o art. 331 do Código Penal (desacato) preenche todos os requisitos acima elencados, uma vez que, além de ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idôneo a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública, sendo, por isso, impossível falar-se em inconvenção.

Em idêntico sentido, têm-se reiterados julgados deste Tribunal, que é firme no sentido de que o delito de desacato foi recepcionado pela Constituição Federal e é compatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

*APELAÇÃO CRIMINAL. DESACATO (CP, ART. 331); VIOLAR SUSPENSÃO DE HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR (CTB, ART. 307); E DIRIGIR VEÍCULO COLOCANDO EM RISCO A SEGURANÇA ALHEIA (LCP, ART. 34). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR COM HABILITAÇÃO SUSPensa. ATIPICIDADE. SUSPENSÃO ANTERIOR MERAMENTE ADMINISTRATIVA. 2. CONTRAVENÇÃO. DERROGAÇÃO. CTB. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. 3. DESACATO. CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. COMPATIBILIDADE. 4. PROVA DA MATERIALIDADE. AUSÊNCIA. ELEMENTOS EXCLUSIVAMENTE COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL (CPP, ART. 155). NECESSÁRIA ABSOLVIÇÃO. 5. REMUNERAÇÃO DE DEFENSORA NOMEADA. ATUAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PARÂMETROS DE FIXAÇÃO (RESOLUÇÃO 5/19-CM).*

*[...] 3. A criminalização da conduta de desacato a funcionário público não padece de inconvenção. [...] RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0000619-92.2015.8.24.0087, de Lauro Müller, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. em 2/7/2019).*

Mais:

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DESACATO (ART. 331 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INCONVENÇÃO DO CRIME. TESE AFASTADA. CRIME DE DESACATO QUE FOI RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O DELITO E AS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. ABSOLVIÇÃO POR FALTA PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ARCABOUÇO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS QUANTO AO TEOR DAS OFENSAS PROFERIDAS PELO RECORRENTE COM CUNHO DEPRECIATIVO AOS AGENTES PÚBLICOS NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. CONDENAÇÃO MANTIDA. CONCESSÃO DE SURSIS PROCESSUAL (CP, ART. 77). POSSIBILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0001599-02.2015.8.24.0067, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. em 17/10/2019).*

Pelos fundamentos supra, afasta-se a tese aventada.



Registre-se, por fim, que não há insurgência quanto à autoria e materialidade delitivas, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

**Desembargador SIDNEY ELOY DALABRIDA**

**Relator**

## **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0002879-66.2019.8.24.0067/SC**

PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0002879-66.2019.8.24.0067/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

RECORRENTE: MARIA DE LOURDES FONINI

ADVOGADO: TAINARA WAGNER (OAB SC037123)

ADVOGADO: LUIZ GERALDO GOMES DOS SANTOS (OAB SC022978)

RECORRENTE: CEZAR GASTAO FONINI

ADVOGADO: TAINARA WAGNER (OAB SC037123)

ADVOGADO: LUIZ GERALDO GOMES DOS SANTOS (OAB SC022978)

RECORRENTE: ADELINO JOSE DALA RIVA

ADVOGADO: GUSTAVO TEIXEIRA SEGALA (OAB SC021017)

RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO: ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO

ADVOGADO: JOÃO CARLOS DALMAGRO JÚNIOR (OAB SC019752)

RECORRIDO: ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO

ADVOGADO: PAULO RICARDO DRUMM (OAB SC045031)

ADVOGADO: ISMAEL GREGORY (OAB SC046512)

INTERESSADO: ALCIDES SGORLA

ADVOGADO: ARI PINHEIRO RODRIGUES

ADVOGADO: WAGNER FLORES DE OLIVEIRA

RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, I, II E IV) E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (CP, ART. 288) - DECISÃO DE PRONÚNCIA - RECURSOS INTERPOSTOS PELOS ACUSADOS.

DILIGÊNCIAS RELATIVAS AO ACESSO AOS DEPOIMENTOS PRESTADOS EM AUTOS DIVERSOS POR AGENTES CARCERÁRIOS (INSURGÊNCIA EXCLUSIVA DA RECORRENTE MARIA), ACESSO AOS TELEFONES CELULARES DOS ACUSADOS (INSURGÊNCIA EXCLUSIVA DA RECORRENTE MARIA), OFÍCIO PARA O INSTITUTO GERAL DE PERÍCIAS PARA DISPONIBILIZAR A CADEIA DE CUSTÓDIA (INSURGÊNCIA EXCLUSIVA DA RECORRENTE MARIA) E OFÍCIO À DIVISÃO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PARA CONHECIMENTO SOBRE OUTRAS PERSECUÇÕES EM CURSO SIMILARES EXECUTADAS NA REGIÃO (INSURGÊNCIA COMUM ENTRE A RECORRENTE MARIA

E O RECORRENTE CEZAR) - TESES NÃO ACOLHIDAS - EXPEDIENTES REQUERIDOS A DESTEMPO - AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS A RESPEITO DOS QUESTIONAMENTOS SUSCITADOS SOBRE AS PROVAS - FACULDADE PROBATÓRIA NÃO EXERCITADA NO INÍCIO DA INVESTIGAÇÕES, TAMPOUCO NA FASE ADEQUADA DE RESPOSTA ESCRITA - CONFIGURAÇÃO DE PRECLUSÃO.

I- É na resposta à acusação o momento adequado para a defesa arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário, de modo que não exercitado a tempo e a modo essas expectativas, notória se torna a existência da preclusão.

II- Cabe ao magistrado, na qualidade de destinatário final das provas, decidir quais destas devem ser produzidas, podendo, não o bastante, indeferir aquelas protelatórias, desnecessárias ou impertinentes ou que digam respeito a fatos já potencialmente conhecidos dos processados desde princípio dos autos e que não digam respeito a contextos novos.

SUPOSTA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA EM RELAÇÃO À PERÍCIA EM TELEFONES CELULARES (INSURGÊNCIA EXCLUSIVA DA RECORRENTE MARIA) - PROVA DEVIDAMENTE SUBMETIDA AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO - AUSÊNCIA QUIÇÁ DE SUSPEITAS DE MÁCULAS NA VERACIDADE DOS ELEMENTOS - CARÊNCIA, ADEMAIS, NA COMPROVAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO - PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF - NÃO ACOLHIMENTO DA TESE - MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

I- Conforme a Corte Cidadã, “não se verifica a alegada ‘quebra da cadeia de custódia’, pois nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova” (STJ, HC 574.131/RS, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 25.08.2020).

II- A decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do pas de nullité sans grief (STJ, HC n. 398.779/SP, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. 03.10.2017).

PLURALIDADE NA HABILITAÇÃO DE ASSISTENTES DE ACUSAÇÃO (INSURGÊNCIA COMUM ENTRE A RECORRENTE MARIA E O RECORRENTE CEZAR) - REPROCHE OFERTADO A RESPEITO DA DECISÃO QUE ADMITIU OS ASSISTENTES NO PROCESSADO - IRRECORRIBILIDADE - QUESTÃO REMEDIÁVEL POR MEIO DE AÇÃO CONSTITUCIONAL, E NÃO POR MEIO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - DOCTRINA E PRECEDENTES A RESPEITO DA CONTROVÉRSIA - NÃO CONHECIMENTO QUE SE IMPÕE NO PARTICULAR.

O artigo 273 do Código de Processo Penal disciplina, de forma expressa, o não cabimento de qualquer recurso contra a decisão que admite ou não o assistente de acusação, sendo certo que, caso evidenciada flagrante ilegalidade no referido ato, lhe restaria a via do mandado de segurança (STJ, RHC 31667/ES, rel. Min. Jorge Mussi, j. 28.05.2013).

SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO (INSURGÊNCIA COMUM ENTRE OS RECORRENTES MARIA E CEZAR) - SITUAÇÃO JÁ APURADA EM AUTOS DIVERSOS - APRESENTAÇÃO DE EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO A TEMPO E A MODO - REJEIÇÃO LIMINAR OPERADA - QUESTIONAMENTO QUE HÁ DE SER MANEJADO NO FEITO PRÓPRIO, E NÃO REPRODUZIDO NO PRESENTE RECURSO - NÃO CONHECIMENTO DA TEMÁTICA ORA OFERTADA.

Tendo a suspeição já sido objeto de insurgência da parte, a tempo e modo, levante este inclusive já rejeitado pela Corte, impertinente se mostra a renovação da matéria por meio de recurso em sentido estrito.

INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL - CAPTAÇÃO DE ÁUDIO EM VIATURA DISPOSTA AO TRANSPORTE

DE DOIS DOS RÉUS - DIÁLOGOS SUPOSTAMENTE COMPROMETEDORES À ESFERA DEFENSIVA - RECLAMADA ILEGALIDADE (INSURGÊNCIA EXCLUSIVA DO RECORRENTE CEZAR) - NÃO ACOLHIMENTO - EXPEDIENTE QUE, POR SUA PRÓPRIA NATUREZA OCULTA, NÃO DEMANDA ADVERTÊNCIAS AO SILÊNCIO OU À NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO - CAMBURÃO QUE SE MOSTRA LOCAL IMPRÓPRIO AO SIGILO DE COMUNICAÇÕES E INTIMIDADE DA PALAVRAS DOS RÉUS - CONVERSA QUE FOI FRUTO DA MAIS PURA ESPONTANEIDADE DAS PARTES ENVOLVIDAS NO ATO - INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL QUE NÃO SE MOSTRA RESERVADO UNICAMENTE AOS CASOS DE INVESTIGAÇÃO QUE RECAEM SOBRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - ENTRECHOQUE ENTRE PROTETIVOS CONSTITUCIONAIS QUE CEDE ESPAÇO À INTERCEPTAÇÃO - DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE NÃO PODEM SER ESCUDO PARA A PRÁTICA DE SUPOSTOS CRIMES - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA ESCORREITA.

I - Quando se trata de interceptação ambiental não há falar do direito ao silêncio ou à não auto- incriminação, visto que, pela própria natureza do dispositivo oculto, a prévia advertência da implantação do sub-reptício inviabiliza, por logicidade, a boa colheita probatória.

II - A opção pelo sigilo da comunicação e, conseqüentemente, proteção da intimidade, não se encontra acobertado em um ambiente impróprio para confidências, a exemplo de viatura de transporte de detentos, local em que se sabe tanto poder como dever ser vigiado às máximas.

III - O *nemo tenetur se detegere* é direito disposto a não ser obrigado a depor contra si nem a confessar-se culpado, objetivando proteger quem esteja sob autoridade do Estado contra violências físicas e morais em cooperar com a investigações ou processos criminais. Salvaguardado os réus contra tais arbitrariedades, se o silêncio foi abandonado por seu próprio titular, contraditório agora é querer amordaçar o não-silêncio próprio, que longe esteve de ser colhido à qualquer força pelo aparato, ainda mais em um ambiente não propriamente sacramentado para tal.

IV - Não há, no ordenamento jurídico-constitucional, bens jurídicos de caráter absoluto. O sistema processual se serve de várias situações em que o direito à intimidade sofre legítima mitigação, devendo prevalecer sobre ele outras grandezas de maior preponderância, mesmo porque, consoante resta reverberado entre nós, os direitos fundamentais não podem ser espécie de escudo obstinado à proteção de práticas ilícitas.

V - O fato da previsão legal autorizando a realização de escuta ambiental estar prevista na lei que define organizações criminosas não impossibilita o deferimento de tal medida para persecução de crimes diversos, tais como homicídio qualificado e associação criminosa. Trata-se de instrumento de investigação visa desbaratar crimes complexos e, como tal, pode e deve ser utilizado pela autoridade policial - mediante autorização judicial - quando não se verificar a existência de outro expediente.

ABSOLVIÇÃO OU IMPRONÚNCIA - CRIME DE HOMICÍDIO(INSURGÊNCIA EXCLUSIVA DA RECORRENTE MARIA)- COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CONSELHO DE SENTENÇA - ELEMENTOS REUNIDOS NOS AUTOS QUE FORNECEM SUSTENTAÇÃO ÀS TESES DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA - FASE DO SUMÁRIO DA CULPA QUE NÃO SE PRESTA À VALORAÇÃO DAS PROVAS E FATOS - CRIMES CONEXOS (INSURGÊNCIA COMUM ENTRE O RECORRENTE CEZAR E O RECORRENTE ADELINO) A SEREM IGUALMENTE APRECIADOS PELOS JURADOS - MANUTENÇÃO DA PRONÚNCIA IMPOSITIVO.

I- Constatadas nos autos provas da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria, a questão deve ser julgada pelo Tribunal do Júri, a quem cabe decidir sobre os crimes dolosos contra a vida (CRFB, art. 5º, XXXVIII, 'd').

II - A decisão de pronúncia está amparada por um juízo de probabilidade e não possui natureza definitiva, já que não vincula o julgamento a ser conduzido pelo Tribunal do Júri. Assim, é possível pronunciar o acusado

ante suficientes indícios da autoria e materialidade do fato, relegando para o Conselho de Sentença, além do enfrentamento das teses de acusação e defesa, também o julgamento de eventuais crimes conexos ao, em tese, contra a vida.

III - Havendo previsão da incidência de crime conexo sobre os fatos descritos na denúncia e imputados ao réu, deve tudo ser submetido à apreciação do Conselho de Sentença, juiz natural da causa, sob pena de se extrapolar os limites do ato jurisdicional que encerra a primeira fase do procedimento especial do Tribunal do Júri.

PEDIDO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS DE MOTIVO FÚTIL, MOTIVO TORPE E EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU OU IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA (INSURGÊNCIA COMUM ENTRE A RECORRENTE MARIA E O RECORRENTE CEZAR) – IMPOSSIBILIDADE – RESPALDO PROBATÓRIO SUFICIENTE NO PROCESSADO – ANÁLISE QUE COMPETE AO CONSELHO DE SENTENÇA – QUALIFICADORAS MANTIDAS PARA A ATUAL FASE.

As circunstâncias relacionadas ao fato submetido à deliberação do Conselho de Sentença, como as qualificadoras, só admitem afastamento quando não encontram suficiente respaldo probatório para remeter à análise dos jurados.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO CONEXO (INSURGÊNCIA EXCLUSIVA DA RECORRENTE MARIA) - RECLAMAÇÃO REFERENTE À INSERÇÃO DE CAUTELARES MAIS BRANDAS AO ENCARCERAMENTO, REVOGADO POR ORDEM DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - MAIORIA DAS CAUTELARES JÁ REVOGADAS PELO JUÍZO AO LARGO DO PROCESSO - REMANESCÊNCIA APENAS DA FIANÇA - CONHECIMENTO SOMENTE NO PARTICULAR - ALEGAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA - ASPECTO NÃO DERRUÍDO PELA DEFESA - EXPOSIÇÃO ORIGINÁRIA QUE ILUSTRA O QUADRO DE FORTUNA COMPATÍVEL AO ESTIPÊNDIO FIXADO PELO MAGISTRADO - NATUREZA DO CRIME, RISCO SOCIAL E DESPESAS PROCESSUAIS QUE SE MOSTRAM RELEVANTES - AFIANÇAMENTO, ADEMAIS, JÁ DEVIDAMENTE QUITADO - RECLAMAÇÃO RECURSAL AFASTADA.

I - O arbitramento da fiança não deve se render a valores irrisórios, tornando inócua sua função, tampouco há de ser fixada em quantias excessivamente elevadas, que se traduzam, na prática, em manutenção da prisão ou, noutra hipótese, no seu retorno, em sendo conferida a liberdade ao réu, condicionada, contudo, ao recolhimento da verba.

II - Frente, porém, à magnitude de um processo penal, a súplica pelo arredamento da fiança caucada na carência de recursos há de vir estabelecida em provas mínimas acerca da hipossuficiência, não se mostrando suficiente a simples alegação de não possuir condições para tal expectativa.

PREQUESTIONAMENTO - MANIFESTAÇÃO EXPRESSA ACERCA DOS DISPOSITIVOS SUPOSTAMENTE VIOLADOS - DESNECESSIDADE.

Segundo entendimento consolidado na jurisprudência, mostra-se desnecessário que haja expressa menção sobre dispositivos tidos por violados, ficando satisfeito com a apreciação da matéria ventilada no recurso.

RECURSOS DE CEZAR E MARIA QUANTO À DECISÃO DE PRONÚNCIA CONHECIDOS EM PARTE E DESPROVIDOS - RECURSO DE ADELINO NO REFERENTE À DECISÃO DE PRONÚNCIA INTEGRALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO - RECURSO DE MARIA RELATIVO ÀS CAUTELARES CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Câmara

Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer em parte e desprover os recursos interpostos por Cezar e Maria no que concerne à decisão de pronúncia; conhecer integralmente e desprover o recurso de Adelino no que concerne à decisão de pronúncia; conhecer em parte e desprover o recurso de Maria no que concerne à decisão que fixou medidas cautelares e que estipulou o valor do afiançamento, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 20 de maio de 2021.

**Desembargador LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de recursos em sentido estrito interpostos por Maria de Lourdes Fonini, Cezar Gastão Fonini e Adelino José Dala Riva, cada qual por meio de seu procurador constituído, contra sentença proferida pelo juízo da Vara Criminal da Comarca de São Miguel do Oeste que, nos autos n. 0002879-66.2019.8.24.0067, pronunciou os acusados nos seguintes termos: a) CEZAR GASTÃO FONINI pela prática, em tese, do art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o art. 29, caput, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, c/c o art. 8º da Lei 8.072/90; b) MARIA DE LOURDES FONINI pela prática, em tese, do art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o art. 29, caput, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, c/c o art. 8º da Lei 8.072/90; e c) ADELINO JOSÉ DALA RIVA pela prática, em tese, art. 288, parágrafo único, do Código Penal c/c o art. 8º da Lei 8.072/90.

Em suas razões, **Maria de Lourdes Fonini** (ev. 441) pretende a reforma da sentença de pronúncia. Retrata, em preliminar, **(i)** a configuração de cerceamento de defesa, em virtude (a) do indeferimento do pedido de acesso aos depoimentos dos agentes penitenciários em procedimentos diversos da presente ação penal; (b) do indeferimento de acesso aos telefones celulares de Adelino e Maria de Lourdes; (c) do indeferimento de expedição de ofício ao IGP para que viesse aos autos a cadeia de custódia e relatório de extração dos aparelhos pertencentes a Maria de Lourdes e Adelino; e (d) do indeferimento de expedição de ofício à DIC para que informasse sobre dados dos inquéritos envolvendo outros homicídios; **(ii)** nulidade processual a ser reconhecida, diante da habilitação de dois assistentes de acusação, o que, no seu entender, configura ofensa aos arts. 31, 36 e 268 do CPP; e **(iii)** nulidade da sentença, considerando a suspeição do magistrado. No mérito, realça **(i)** a falta de elementos indiciários suficientes capazes de permitir a pronúncia da recorrente pelas práticas delitivas (homicídio e associação); **(ii)** o decote das qualificadoras; e, por fim, **(iii)** o prequestionamento de temas e dispositivos arguidas nas razões recursais.

No recurso em sentido estrito interposto subsequentemente, **Maria de Lourdes Fonini** (ev. 444) reprocha a decisão que lhe fixou medidas cautelares mais brandas que o cárcere preventivo, por ordem emanada pela Corte Cidadã. Reclama, no mérito, **(i)** da suposta excessividade da fiança,



pelo que requer a minoração do *quantum* e, ainda, (ii) da impropriedade da inserção das cautelares eleitas.

Já o réu **Cezar Gastão Fonini** (ev. 442) postula a reforma da sentença. Retrata, em preliminar, (i) configuração de cerceamento de defesa, considerando o indeferimento de expedição de ofício à DIC para que viessem aos autos as informações sobre os últimos inquiridos sobre homicídio que tenham sido alvo de investigação pela DIC de São Miguel do Oeste; (ii) nulidade processual a ser reconhecida, diante da habilitação de dois assistentes de acusação, o que, no seu entender, configura ofensa aos arts. 31, 36 e 268 do CPP; (iii) nulidade da sentença considerando a suspeição do magistrado; e (iv) a ilegalidade da autorização para captação ambiental. No mérito, (i) reprocha a pronúncia apenas na parte referente à suposta prática do crime de associação criminosa, posto entender inexistente prova da estabilidade de seus membros e a intenção de praticar mais de um crime; (ii) almeja o decote das três qualificadoras reconhecidas; e (iii) o prequestionamento das matérias e dispositivos arguidos no recurso.

De sua vez, **Adelino José Dala Riva** (ev. 445), apenas meritualmente, reclama a impronúncia pela prática, em tese, do crime de associação criminosa, forte na falta de demonstração dos elementos fundamentais concernentes a tal crime.

Em contrarrazões, a acusação postulou pelo desprovimento (ev. 459).

A Procuradoria-Geral de Justiça (ev. 468), em parecer de lavra do Ilustre Procurador Lio Marcos Marin, opinou pelo desprovimento dos recursos.

## VOTO

Trata-se de recursos em sentido estrito interpostos por Maria de Lourdes Fonini, Cezar Gastão Fonini e Adelino José Dala Riva, cada qual por meio de seu procurador constituído, contra sentença proferida pelo juízo da Vara Criminal da Comarca de São Miguel do Oeste que, nos autos n. 0002879-66.2019.8.24.0067, pronunciou os acusados nos seguintes termos: a) CEZAR GASTÃO FONINI pela prática, em tese, do art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o art. 29, caput, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, c/c o art. 8º da Lei 8.072/90; b) MARIA DE LOURDES FONINI pela prática, em tese, do art. 121, § 2º, incisos I, II e IV, c/c o art. 29, caput, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, c/c o art. 8º da Lei 8.072/90; e c) ADELINO JOSÉ DALA RIVA pela prática, em tese, art. 288, parágrafo único, do Código Penal c/c o art. 8º da Lei 8.072/90.

Segundo narra a peça acusatória (Evento 19 dos autos de origem):

### *Contextualização dos fatos*

*O procedimento investigativo sob análise trata-seda 2ª fase da “Operação Defesa da Ordem”, deflagrada pela Divisão de Investigação Criminal de São Miguel do Oeste, na Ação Penal nº 0003785-90.2018.8.24.0067, que*

culminou na prisão de Adelino José Dala Riva, Lucas Gomes dos Santos, Abel Gomes dos Santos e David Gomes dos Santos, os quais foram denunciados, processados, levados a julgamento perante o egrégio Tribunal do Júri desta Comarca de São Miguel do Oeste e condenados por terem instrumentalizado o plano de execução da morte da vítima Joacir Montagna. Não obstante a elucidação quanto ao núcleo de execução e autoria imediata do delito (Lucas Gomes dos Santos, Abel Gomes dos Santos e David Gomes dos Santos), bem como do responsável pela contratação dos executores materiais do crime, qual seja, o denunciado Adelino José Dala Riva, a autoridade policial continuou as investigações para apurar a autoria intelectual do homicídio, tendo sido constatado, por conseguinte, que o denunciado Adelino foi contratado pelo denunciado Cezar Gastão Fonini, por meio da denunciada Maria de Lourdes Fonini, os quais se associaram para matar o ofendido Joacir Montagna.

*Ato I: Do crime de associação criminosa*

Em período passado, mas antes do dia 13 de agosto de 2018 (segunda-feira), nos Municípios de Chapecó e Xaxim/SC, os denunciados Adelino José Dala Riva, Cezar Gastão Fonini e Maria de Lourdes Fonini, agindo em flagrante demonstração de ofensa à paz pública, associaram-se, de maneira estável e permanente, independentemente de organização hierárquica, para o fim específico de cometer um número indeterminado de crimes com a utilização de arma de fogo, notadamente aqueles contra a vida e contra a incolumidade pública (homicídio qualificado, porte de arma de fogo e receptação), dentre eles o homicídio cometido em face da vítima Joacir Montagna.

*Ato II: Do crime de homicídiodotriplamente qualificado em desfavor da vítima Joacir Montagna*

Em período anterior ao dia 13 de agosto de 2018 (segunda-feira), o denunciado Cezar Gastão Fonini, irredimido com o desfecho da Ação Cível nº 0301736-63.2015.8.24.0081, oriunda da Comarca de Xaxim/SC, movida por Alcides Sgorla, cujo procurador constituído era a vítima Joacir Montagna, sentindo-se prejudicado financeiramente em razão da sentença lá proferida e da posterior ação de execução peticionada pelo ofendido Joacir Montagna, de forma consciente e voluntária, arquitetou um plano visando ceifar a vida de seu desafeto, a vítima Joacir Montagna.

Para tanto, com pleno domínio do fato, dirigindo e coordenando a ação criminosa, o denunciado Cezar Gastão Fonini, com evidente animus necandi, associou-se a sua esposa Maria de Lourdes Fonini e ao denunciado Adelino José Dala Riva, dando-lhes ampla e irrestrita ordem para matar a vítima Joacir Montagna, pois o denunciado Cezar, à época dos fatos, encontrava-se recluso na Penitenciária Industrial de Chapecó.

O denunciado Cezar Gastão Fonini, dotado da vontade livre e consciente, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, valendo-se dos frequentes encontros no recinto prisional pela também denunciada Maria de Lourdes Fonini, repassou a ela a ordem de mandar matar a vítima Joacir Montagna, tendo a denunciada Maria de Lourdes Fonini intermediado a contratação do denunciado Adelino José Dala Riva para realizar/organizar a execução de tão repugnante plano.

Atendendo à determinação repassada pela denunciada Maria de Lourdes Fonini, o denunciado Adelino José Dala Riva, com pleno domínio do fato, haja vista a confiança depositada pelos denunciados Cezar Gastão Fonini e Maria de Lourdes Fonini, agindo em flagrante demonstração de ofensa à vida alheia, passou a dirigir e coordenar a ação para dar cabo a vida da vítima Joacir Montagna e, para isso, de forma ardilosa, contratou Lucas Gomes dos Santos para a execução do “serviço”, prometendo-lhe pagamento e o fornecimento da arma de fogo para realização do intento criminoso, proposta que imediatamente foi aceita por Lucas Gomes dos Santos que, por sua vez, buscou o auxílio de seus irmãos Abel Gomes dos Santos e David Gomes dos Santos.

Assim é que no dia 13 de agosto de 2018 (segunda-feira), por volta das 9 horas, atendendo às ordens do denunciado Adelino José Dala Riva – as quais foram intelectualmente articuladas pelo denunciado Cezar Gastão Fonini e repassadas ao denunciado Adelino pela denunciada Maria de Lourdes Fonini, concorrendo,

*portanto, de qualquer modo para a prática criminosa –, Lucas Gomes dos Santos, Abel Gomes dos Santos e David Gomes dos Santos deslocaram-se até o escritório de advocacia da vítima Joacir Montagna, localizado na Rua Ademir de Barros, nº 323, ap. 1, Centro, no Município de Guaraciaba, nesta Comarca de São Miguel do Oeste/SC, local em que o réu Lucas Gomes dos Santos ingressou no estabelecimento e, mediante promessa de recompensa e por meio de recurso que dificultou a defesa da vítima, matou a vítima Joacir Montagna com um disparo de arma de fogo, acertando a região temporal direita da cabeça da vítima, que foi a causa eficiente da morte do ofendido por traumatismo cranio encefálico (Laudo Pericial n. 9427.2018.00873 de fls. 36-42).*

[...]

*Imperioso ressaltar que o crime foi cometido por motivo torpe, pois os denunciados Cezar Gastão Fonini e Maria de Lourdes Fonini ordenaram a execução da vítima Joacir Montagna, mediante retribuição financeira, a fim de facilitar as tratativas de um possível acordo em uma Ação de Cumprimento de Sentença (Processo nº 0301736-63.2015.8.24.0081/0001), visto que o ofendido Joacir Montagna, na condição de advogado da parte contrária, não sucumbia aos desejos e propostas da família Fonini para o desfecho da ação judicial.*

*Destaca-se, ainda, que o crime foi cometido por motivo fútil, desprovido de relevante valor, em vantagem desproporção entre a motivação e o crime praticado, porquanto mero descontentamento decorrente do resultado de disputas patrimoniais, por si só, não tem o condão de motivar tão gravosa reação.*

*Salienta-se, por fim, que referido crime contra a vida foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, valendo-se da desprevenção da vítima Joacir, o qual foi alvejado por um disparo de arma de fogo no momento em que estava rendido, em horário e local de trabalho, desarmado, e numa posição vulnerável, isto é, agachado e atrás de uma mesa de trabalho (Laudo Pericial n. 9120.18.00534 de fls. 5-35), o que fez com que o ofendido não conseguisse esboçar qualquer reação.*

Em razão disso, Cezar Gastão Fonini e Maria de Lourdes Fonini foram denunciados incursão nas sanções do art. 121, § 2º, I, II e IV, c/c art. 29, caput, do CP, e art. 288, parágrafo único, do CP, c/c art. 8º, da Lei n. 8.072/90, ao passo que Adelino José Dala Riva foi denunciado por incursão no art. 288, parágrafo único, do CP, c/c art. 8º, da Lei n. 8.072/90.

Devidamente processado o feito, seguiu-se da sentença de pronúncia, contra a qual se insurgiram os ora recorrentes.

Em suas razões, **Maria de Lourdes Fonini** (ev. 441) pretende a reforma da sentença de pronúncia. Retrata, em preliminar, **(i)** a configuração de cerceamento de defesa, em virtude (a) do indeferimento do pedido de acesso aos depoimentos dos agentes penitenciários em procedimentos diversos da presente ação penal; (b) do indeferimento de acesso aos telefones celulares de Adelino e Maria de Lourdes; (c) do indeferimento de expedição de ofício ao IGP para que viesse aos autos a cadeia de custódia e relatório de extração dos aparelhos pertencentes a Maria de Lourdes e Adelino; e (d) do indeferimento de expedição de ofício à DIC para que informasse sobre dados dos inquéritos envolvendo outros homicídios; **(ii)** nulidade processual a ser reconhecida, diante da habilitação de dois assistentes de acusação, o que, no seu entender, configura ofensa aos arts. 31, 36 e 268 do CPP; e **(iii)** nulidade da sentença, considerando a suspeição do magistrado. No mérito, realça **(i)** a falta de elementos indiciários suficientes capazes de permitir a pronúncia da recorrente pelas práticas delitivas (homicídio e associação); **(ii)** o decote das qualificadoras; e, por fim, **(iii)** o prequestionamento de temas e dispositivos arguidas nas razões recursais.

No recurso em sentido estrito interposto subsequentemente, **Maria de Lourdes Fonini** (ev. 444) reprocha a decisão que lhe fixou medidas cautelares mais brandas que o cárcere preventivo, por ordem emanada pela Corte Cidadã. Reclama, no mérito, (i) da suposta excessividade da fiança, pelo que requer a minoração do quantum e, ainda, (ii) da impropriedade da inserção das cautelares eleitas.

Já o réu **Cezar Gastão Fonini** (ev. 442) postula a reforma da sentença. Retrata, em preliminar, (i) configuração de cerceamento de defesa, considerando o indeferimento de expedição de ofício à DIC para que viessem aos autos as informações sobre os últimos inquéritos sobre homicídio que tenham sido alvo de investigação pela DIC de São Miguel do Oeste; (ii) nulidade processual a ser reconhecida, diante da habilitação de dois assistentes de acusação, o que, no seu entender, configura ofensa aos arts. 31, 36 e 268 do CPP; (iii) nulidade da sentença considerando a suspeição do magistrado; e (iv) a ilegalidade da autorização para captação ambiental. No mérito, (i) reprocha a pronúncia apenas na parte referente à suposta prática do crime de associação criminosa, posto entender inexistente prova da estabilidade de seus membros e a intenção de praticar mais de um crime; (ii) almeja o decote das três qualificadoras reconhecidas; e (iii) o prequestionamento das matérias e dispositivos arguidos no recurso.

De sua vez, **Adelino José Dala Riva** (ev. 445), apenas meritualmente, reclama a impronúncia pela prática, em tese, do crime de associação criminosa, forte na falta de demonstração dos elementos fundamentais concernentes a tal crime.

Sumariado isso, adentra-se às postulações (preliminares e de mérito).

## 1. PRELIMINARES

### 1.1. Cerceamento de defesa

A decisão de pronúncia bem delimita os pedidos confeccionados pela defesa de Maria e Cezar sobre eventual configuração de cerceamento de defesa:

*A ré Maria alega, em suma, que teria havido cerceamento de defesa quando do indeferimento do pedido de acesso pela defesa aos depoimentos dos Agentes Penitenciários em procedimentos diversos do que a presente Ação Penal; quando do indeferimento de acesso aos telefones celulares de Adelino Dala Riva e Maria de Lourdes Fonini; quando do indeferimento do ofício para o Instituto Geral de Perícias para que viessem aos autos a cadeia de custódia e relatório de extração dos aparelhos pertencentes a Maria de Lourdes Fonini e Adelino Dalla Riva; quando da alegada quebra da cadeia de custódia; quando do indeferimento de ofício para a Divisão de Investigação Criminal.*

*Por sua vez o réu Cezar alega cerceamento de defesa em razão do indeferimento de ofício para a Divisão de Investigação Criminal desta Comarca.*

No que se refere ao acesso pela defesa aos depoimentos dos agentes penitenciários em

procedimentos diversos do que a presente ação penal, aduz a defesa, em alegações finais, que, sob tal aspecto, a testemunha Douglas Motter mencionou a existência de agentes penitenciários que teriam prestado depoimento perante a autoridade policial, em inquérito policial para tal finalidade, e onde se tinha a finalidade de apurar favorecimentos prestados ao acusado César Fonini dentro do sistema prisional de Chapecó. Como dito, “tal depoimento não consta dos autos e é da maior importância para a defesa, pois a imputação que pesa contra a acusada é a de ter repassado a ordem para o Senhor Adelino Dalla Riva cometer o crime, sendo que, no entanto, durante a instrução criminal se apurou que havia amplo acesso de familiares e amigos a Cezar Gastão Fonini, bem como, que inclusive agentes penitenciários levavam correspondências para fora do sistema prisional”.

No que se concerne ao acesso aos telefones celulares de Adelino Dala Riva e Maria de Lourdes Fonini, como aludido em sede de alegações finais por Maria, “o Delegado Wesley, em seu depoimento, informou que foram três os telefones apreendidos com Adelino Dala Riva, sendo que apenas um teria conteúdo de interesse investigatório. No entanto, até então se pensava que os demais celulares não tivessem conteúdo algum, mas em audiência tal questão foi esclarecida, pois referida testemunha informou que tinham conteúdo, mas não de interesse da investigação, o que levantou a dúvida para a defesa se efetivamente não havia conteúdo de interesse da investigação ou se o conteúdo de interesse da defesa poderia existir e ter sido sonegado do processo”. Diz-se mais, “é evidente que tal questão surge apenas em audiência, sendo evidente ainda que não há como negar o acesso a tais aparelhos de parte da defesa, havendo uma escancarada ofensa ao contraditório e a ampla defesa, o que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito, que tem em sua base o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”.

A respeito do ofício para o Instituto Geral de Perícias para que viessem aos autos a cadeia de custódia e relatório de extração dos aparelhos pertencentes a Maria de Lourdes Fonini e Adelino Dalla Riva e eventual quebra da cadeia de custódia, conforme dito em sede de alegações finais de Maria, “a policial Suelen Barp, deixa claro que com a prisão de Adelino, houve a apreensão de celulares e que ocorreu a extração desses aparelhos pelo IGP” [...] “No entanto, compulsando os autos, não se encontra qualquer laudo ou relatório de extração dos aparelhos realizado pelo IGP, mas apenas documento oriundo da própria delegacia de polícia que fez a investigação criminal, o que configura grave problema em relação a cadeia de custódia. Com efeito, se há tal documento ele tem que vir aos autos, sob pena de nulidade da prova que foi colhida sem a participação do órgão técnico, mais especificamente do Instituto Geral de Perícias de Santa Catarina”. Complementa que “é estranho que para fins de extração das informações dos equipamentos eletrônicos, não se tenha observado o que dispõe a Portaria nº 82/2014 da Secretaria Nacional da Segurança Pública e o Procedimento Operacional Padrão para fins de perícia criminal, pois o que se constata é que não houve a submissão dos aparelhos telefônicos ao IGP de Santa Catarina”. Realça, ademais, que “deve ser criada mídia anexa com os dados de interesse que foram extraídos do equipamento computacional portátil, a qual, por óbvio, asseguraria o acesso da defesa a referido laudo e aos dados apurados, a fim de que possa realizar as perícias que julgar necessárias. Observe-se ainda, que o próprio manual de procedimentos estabelece que ‘a evidência digital deve ser examinada apenas por peritos criminais com treinamento específico para esse propósito’, sendo evidente no presente



processo que sequer isso foi observado. Além disso, a estrutura básica do laudo de extração deverá ser composta de preâmbulo, histórico (opcional), objetivo, material, exame, considerações técnico-periciais (opcional), conclusão e resposta aos quesitos e anexos (opcional), sendo evidente que nos documentos apresentados nada disso” há.

Por fim, com relação ao ofício para a Divisão de Investigação Criminal, tanto Maria como Cezar, em suas alegações finais, almejam que “viessem aos autos as informações sobre os últimos inquéritos sobre homicídio que tenham sido trabalhados pela DIC de São Miguel do Oeste. O motivo de tal pedido foi a forte suspeita de que houve um tratamento totalmente diferenciado para o presente caso, com uma maior celeridade nas investigações e uma maior agilidade na tramitação processual, o que chama a atenção e levanta a suspeita de que outros interesses estariam envolvidos na resolução do crime. Evidentemente que tal circunstância é de interesse do Conselho de Sentença, que certamente terá a possibilidade e capacidade do que está ocorrendo no presente processo e eventual prioridade que está sendo dada ao feito, em detrimento de outros processos envolvendo crimes da mesma espécie, o que, inclusive, reforça as suspeitas de comprometimento deste Magistrado, não com a justiça, mas com o processo em si”.

E, como salientado pelo magistrado a respeito das postulações, “tais requerimentos foram formulados **em audiência de instrução e julgamento**, na fase de diligências, ocasião em que foram indeferidos” (mídia de fl. 1721-1722).

Sumariado isso, adentra-se ao exame dos questionamentos.

A questão é que, vislumbrando-se a presente discussão, conclui-se pela total irreparabilidade dos fundamentos apresentados pelo juízo. Isso porque, em síntese, é na resposta à acusação que o acusado poderá apresentar as suas pretensões probatórias, sob pena de não o fazendo a tempo e a modo, acarretar a configuração da preclusão. Por óbvio que, estando-se diante de circunstâncias ou fatos novos apurados durante a instrução, ou seja, de que a defesa até então não possuía (condições de tomar) ciência, ser-lhe-á possibilitada requerer tais diligências. Em todo os casos, porém, o juiz, discricionária, mas motivadamente, poderá indeferir tais requerimentos quando os julgar protelatórios, desnecessários ou impertinentes.

É o que se desume da leitura dos arts. 396-A, 402 e 411, § 2º, do CPP.

No caso concreto, porém, como descrito pelo juízo, tais diligências são provenientes da fase de investigação e de sapiência, há muito, pelas defesas, as quais tinham acesso integral ao encadernado investigativo; já se sabia desde aí, segundo o juízo, as narrativas de eventuais desconfianças que pairavam contra agentes carcerários; já tinha sido formalizada a situação pericial dos telefones celulares e já se poderia perquirir sobre supostas investigações em curso na regional da polícia.

É certo, todavia, que tais pedidos poderiam ter sido formulados durante a fase investigativa, porém não o foram feitos; poderiam, depois, terem sido pedidos na fase de resposta, mas não se fez. Ou seja, uma vez requeridas tais diligências - que, de certo, de fatos novos não se tratavam - apenas em audiência, correta é a compreensão de que as extemporâneas solicitações não devem suceder,



considerando a formação da preclusão que impõe, à evidência, a perda de uma faculdade.

Como bem descrito e concluído pelo magistrado, «os pedidos formulados estavam baseados em provas constantes nos autos **desde a inquérito policial** - no qual o defensor das partes possuía total acesso - e ao alcance da defesa para qualquer requerimento, não tendo havido tais pedidos ao Delegado de Polícia, na fase administrativa; nem a este juízo, na resposta à acusação».

Assentada a preclusão, passa-se, porém, a um exame de cada ponto, por puro amor ao debate.

Especificamente concernente ao pleito para acessar **depoimentos e procedimentos atinentes aos agentes penitenciários**, questão apenas revigorada com a menção feita pelo policial Douglas em juízo, a exegese não resta alterada a respeito da extemporaneidade da solicitação de diligências, já que, conquanto tenha sido objeto de indagação em audiência, como bem dito pelo juízo “desde o início da investigação a defesa sabia que havia sido instaurado procedimento administrativo em face dos agentes penitenciários que trabalharam na custódia de Cezar ante as suspeitas de favorecimento (vide relatório de favorecimento à Cezar Gastão Fonini no Presídio de Chapecó/SC - fls. 862-895)”, o que ilustra o fenômeno da preclusão.

E, no ponto, mantém-se incólume a conclusão executada pelo juízo:

*A própria defesa poderia ter arrolado todos os agentes penitenciários que trabalharam na custódia do acusado Cezar, inclusive os que supostamente o teriam favorecido, fato inclusive que seria de seu conhecimento. Mas a defesa preferiu, mesmo sabendo das supostas condutas inadequadas daqueles agentes públicos, não arrolou nenhum deles para serem ouvidos em contraditório judicial. Mas pretende agora, na fase de diligências, juntar tais depoimentos. Não se tem fato novo. O fato da testemunha Douglas ter feito simples referência aos depoimentos prestados na fase administrativa não altera a situação narrada nos autos, ou seja, a defesa poderia ter feito tal requerimento no momento processual adequado, qual seja, tanto na fase administrativa, quanto na defesa preliminar.*

*Não se tem fato novo. O fato da testemunha Douglas ter feito simples referência aos depoimentos prestados na fase administrativa não altera a situação narrada nos autos, ou seja, a defesa poderia ter feito tal requerimento no momento processual adequado, qual seja, tanto na fase administrativa, quanto na defesa preliminar.*

Já com referência específica ao **acesso aos telefones celulares de Adelino Dala Riva e Maria de Lourdes Fonini e disponibilização da cadeia de custódia e relatório de extração**, eles vieram a ser apreendidos e observados na fase investigativa, de que tomou pleno conhecimento a defesa. Ou seja, aí seria o momento adequado para alvejá-los com diligências. Mas não. Fez-se o inverso. Mesmo não mais se tratando de fato novo, a defesa foi aos autos, apenas na avançada fase de audiência, para reprochá-los, objetivando as suas diligências, o que não se mostra escorreito, porque precluso. A propósito, nem mesmo as referências feitas por testemunhas arroladas pela acusação sobre a questão dos celulares (respondendo a perguntas sobre a perícia dos celulares) não altera tal quadro de convicção, pois isso, evidentemente, não esconde o fato de que os celulares foram periciados e, conhecedor do resultado pericial, poderia a defesa já àquele tempo solicitar diligências complementares, como agora almejado tardiamente.

Há de se dizer: a pretensão probatória há de se firmar em fatos novos - e, evidentemente, de fatos novos não se tratam. Absolutamente não. Trata-se de pedidos tendentes a revisitar a prova indiciária, pura e simplesmente, mas não de fatos que passaram a ser conhecidos apenas e tão somente durante a instrução, ou seja, como bem delineado pelo juízo, “não se trata de todo e qualquer requerimento de produção de prova que deve ser deferido pelo magistrado, mas tão somente aqueles originados de circunstâncias ou fatos apurados na instrução, ou seja, de fatos novos, dos quais a defesa até então não possuía ciência”.

Como bem demonstrado pelo magistrado, as informações agora alvo de insurgência por parte da defesa técnica já eram de seu conhecimento (ou de estudo possível) desde a entrega da produção da prova indiciária no inquérito. Já se tinha ciência de que as informações relevantes foram transcritas e, mais, o caminho administrativo que culminou com as conclusões, sendo que, a esse tempo (ou até a resposta) não se perquiriu a necessidade de novas diligências, o que, agora, precluiu.

Nesse quadrante específico, como corretamente alinhavado pelo juízo, cujos argumentos aqui resta incorporado:

*Ao contrário do que aduz a defesa, a informação de que apenas os dados importantes para investigação haviam sido registrados pelos agente policiais consta no processo desde a fase indiciária, conforme se retira da fl. 928 dos autos (Relatório de Investigação), no qual a Autoridade Policial certifica que “A análise e extração do celular Marca/modelo: LG K430TV, realizada pelo Instituto Geral de Perícias, possibilitou a extração das seguintes informações consideradas relevantes quanto aos contatos telefônicos e do aplicativo WhatsApp”.*

*Naquela oportunidade certificou-se, também, que “Com a apreensão dos aparelhos de telefone celular de propriedade de ADELINO JOSÉ DALA RIVA, foi possível encaminhar os aparelhos ao Instituto Geral de Perícias para extração. Esta unidade recebeu uma mídia DVD-R, referente à análise e extração de dados dos aparelhos celulares dos envolvidos no IP 119.2018.00007, encaminhada pelo Instituto Geral de Perícias através do Laudo Pericial nº 9118.18.01330, que gerou um resumo criptográfico gravado no diretório raiz dos DVD-R” (fl. 928).*

*Em caso de dúvidas, o simples pedido para acesso integral ao conteúdo constante na mídia poderia ter sido produzido, o qual certamente seria deferido se tivesse sido realizado no momento oportuno.*

Mais, conforme complementação da informação (ev. 13 - Info 928):

*A análise e extração do celular Marca/modelo: LG K430TV, realizada pelo Instituto Geral de Perícias, possibilitou a extração das seguintes informações consideradas relevantes quanto aos contatos telefônicos e do aplicativo WhatsApp.*

Ainda, de acordo com os documentos investigativos (ev. 12 - Info 805):

*Cumprindo a determinação judicial, foram apreendidos os aparelhos celulares/smartphones dos requeridos. Destaca-se que todos os aparelhos foram analisados pela plataforma Cellebrite. A fim de se proceder uma extração aprofundada de dados, os aparelhos foram levados até à cidade de Concórdia/SC para ter seus dados extraídos pela plataforma Cellebrite, que extrai e recupera dados de smartphones. Desse modo se procederam as extrações e posterior análise dos dados dos aparelhos, conforme o que segue. Importante salientar, a análise realizada pela plataforma Cellebrite, no que tange a extração de dados de aplicações de comunicação e compartilhamento de arquivos, como o WhatsApp e o Facebook Messenger, utiliza para a extração/recuperação de dados, as informações das contas instaladas no dispositivo no momento da extração. Neste sentido é plenamente correto afirmar que as informações recuperadas dos comunicadores, por suas especificidades e criptografias, é somente da instalação atual, pois são vinculadas aos dados de conta e criptografia da instalação atual para descriptografia e extração dos referidos dados. Cabe ainda mencionar que o volume de informações dos smartphones apreendidos é muito grande, sendo que a plataforma Cellebrite não obteve sucesso em apresentar também as conversas da aplicação WhatsApp, portanto, todas as capturas de tela apresentadas neste relatório foram realizadas de forma manual.*

Ou seja, o réu já era conhecedor da prova indiciária e de seus meandros desde o princípio e conclusão da investigação. Sabia o que, de que forma, e quais os caminhos foram percorridos para observação da prova. Nada disso lhe foi omitido nos documentos policiais. Porém, apenas agora a defesa sente-se carente de informações que julga de interesse, mas que, de certo, já se sabia exatamente o caminho percorrido pela perícia desde a origem, a qual, desejosa por complementos, nada, absolutamente nada, impediria-lhe de postular, desde que na fase adequada, ou seja, administrativamente ou em resposta escrita. Disso, desume-se que a diligência apenas perquirida em audiência encontra-se extemporânea, não se traduzindo os questionamentos em fatos novos, ainda que apenas lembrados em testemunhos.

Em tempo, ainda, acerca de eventual **cadeia de custódia** na perícia nos telefones celulares, certo é que toda a prova produzida em investigação foi submetida ao crivo do contraditório e ampla defesa em sede de instrução processual, não se comprovando a partir de tais supostos questionamentos quicá suspeitas de que a prova contenha máculas de veracidade capaz de autorizar qualquer movimentação judicial visando remediações - ônus que, por certo, minimamente lhe incumbia. Segue-se a sorte aqui, à toda evidência, mutatis mutandis, a compreensão de que «não se verifica a alegada «quebra da cadeia de custódia», pois nenhum elemento veio aos autos a demonstrar que houve adulteração da prova, alteração na ordem cronológica dos diálogos ou mesmo interferência de quem quer que seja, a ponto de invalidar a prova» (STJ, HC 574.131/RS, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 25.08.2020).

De mais a mais, importante trazer à baila o entendimento de que «os institutos processuais são regidos pelo princípio *tempus regit actum*, nos termos do art. 2º do CPP, *in verbis*: ‘A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior’. Nesse contexto, não é possível se falar em quebra da cadeia de custódia, por inobservância de dispositivos legais que não existiam à época” (STJ, RHC 141.981/RR, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 23.03.2021), o que de fato confirma-se e aplica-se ao presente caso, considerando que os dispositivos referentes à eventual quebra da cadeia de custódia foram todos inseridos no CPP

com a entrada em vigor do Pacote Anticrime (arts. 158-A a 158-F) ao passo que a extração dos dados telefônicos ora em contestação recursal foram provas produzidas anteriormente à vigência da nova norma esculpida pela Lei n. 13.964 de 2019, o que inviabiliza o julgamento da questão com eventual fundamento em regra superveniente ao fato.

Não o bastante, ainda que pudesse verbalizar supostamente alguma inconsistência ao constante na Portaria n. 82/2014 da Secretaria Nacional da Segurança Pública (ou ainda eventualmente outro compilado de normas internas sobre perícia, a exemplo do citado Procedimento Operacional Padrão de Perícia Criminal), como defendido nas razões, tem-se que Portaria - que “estabelece as diretrizes sobre os procedimentos a serem observados no tocante à cadeia de custódia de vestígios” -, não se trata de lei, o que conduzia ao fato de que tal portaria é mera norma recomendativa, não possuindo fatalidade ao não ser hipotética e estruturalmente observada (de cujo mérito do acerto ou não aqui não se adentra).

De toda sorte, ao fim e ao cabo, certo é que se comparece à Corte para declamar por lapsos procedimentais, fato que acarreta seguir a exegese, aqui, de que eventuais irregularidades (conjecturadas na extração dos dados dos telefones celulares e no fornecimento da cadeia de custódia) cujos prejuízos não restarem comprovados não merecem reproche pelo magistrado (*pas de nullité sans grief*). É dizer, uma hipotética inobservância procedimental não traz como consequência natural a invalidação da prova. É preciso que se comprove o prejuízo “efetivo” (objetivo, e não genericamente ao espectro da ampla defesa) decorrente.

Com efeito, a teor do art. 563, do Código de Processo Penal, que positivou a disciplina das nulidades – *pas de nullité sans grief* –, tanto o reconhecimento de nulidade absoluta quanto o de nulidade relativa pressupõe demonstração de concreto prejuízo (RHC n. 29.819/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 27.09.2013). Curial de se ressaltar, ainda, que “a disciplina das nulidades não se assenta na forma pela forma, mas, antes, tem em mira o cumprimento de metas, politicamente orientadas, sob o signo do cumprimento do ethos justiça” (STJ, REsp n. 1.435.421/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16.06.2015).

Ou seja, quanto à eventual quebra da cadeia de custódia, não há valia na reclamação recursal, seja porque não se trouxe comprovação ainda que mínima de eventual manipulação da prova, seja porque não há se falar tardiamente na incidência dos dispositivos incluídos pelo posterior Pacote Anticrime, seja porque regra interna que alude à cadeia de custódia não possui força normativa, mas apenas orientativa, e bem ainda, porque não demonstrado efetiva e objetivamente o prejuízo causado à defesa.

Já sobre a **expedição de ofício à Divisão de Investigação Criminal desta Comarca**, - em que busca sustentar pressa inadvertida na conclusão do IP em relação aos demais similares em trâmite na região - o insucesso não diverge.

Com efeito, de plano, o pleito de esclarecimento sobre as eventuais investigações de homicídios pendentes poderia, como de fato pode, a qualquer momento, em livre direito de petição, ser dirigido diretamente ao Delegado de Polícia, não havendo a necessidade de uma ordem judicial para tanto.

Depois disso, tem-se que o pedido, igualmente, não se trata de um fato novo à argumentação defensiva, não tendo sido depositado quando da fase processual apropriada. Ou seja, dois entraves configurados: possibilidade de pleito administrativo, sem que fosse necessária uma atuação judicial e, ainda, extemporaneidade na solicitação.

Não o suficiente, não se trata de um crime qualquer (vítima advogado em pleno labor, apontado concurso de agentes, envolvimento de suposto detento, à luz do dia, cidade pequena, dentro de um escritório, tiro à queima-roupa, etc.), o que revela a total proporcionalidade da gravidade do fato ao movimento investigativo que se quer admoestar. Essa reclamação, a qual sobretudo vai ao encontro do postulado da razoável duração do processo (de cariz constitucional), além de preclusa, é totalmente impertinente para o desfecho desse processo (porque em nada acrescentaria para a elucidação dos fatos), de modo a tornar absolutamente escorreito o indeferimento dessa prova em específico pelo juízo, regra a qual se submete à discricionariedade do magistrado, motivadamente (como o foi acertadamente).

Em verdade, busca a defesa, com tal alegação, atacar a eficiência policial no caso, frente à alegada ineficiência em relação aos demais casos. Busca-se, assim, nivelar por baixo a atuação policial, tomando-se por base casos menos relevantes e com menor repercussão social, para então tachar a autoridade policial de parcial. Com a máxima vênia, tal proceder inverte por completo a ordem das coisas, querendo-se ter como ilegal uma investigação simplesmente por ter se mostrado eficiente, dizendo-se que ela deveria seguir a mesma sorte (ou não) das demais. Isso, com o máximo respeito, mostra-se absurdo e não merecia sequer o tempo dedicado ao afastamento de tal argumento.

Conjugados esses fatores, impõe-se o reproche às preliminares.

## 1.2. Habilitação de assistentes de acusação

Reclamam Cezar e Maria que haveria nulidade diante da habilitação de dois assistentes de acusação (um da viúva e do filho, e outro do irmão da vítima), a ofender, na sua compreensão, o teor dos arts. 31, 36 e 268, do CPP. Aduzem, assim, que haveria de se limitar a habilitação e se respeitar a ordem preferencial do art. 36 do CPP, entendendo-se que a assistência de acusação será exercida pelo cônjuge, **ou** pelo ascendente, **ou** descendente, **ou** pelo irmão, mas jamais por todos em conjunto. Retrata, ademais, a existência de prejuízo pelo poder de influência potencialmente exercido pelas diversas perguntas feitas pelos representantes durante a instrução.

Frente a isso, consoante manifestado em sede das razões, “[...], deve ser declarada nula a habilitação dos assistentes de acusação em questão, ou seja, mais especificamente dos Drs. João Carlos Dalmagro Júnior, Guilherme Nardi Neto e Elói Pedro Bonamigo (fls. 1686 a 1688), como forma de assegurar a legalidade do processo, além de evitar prejuízo para a defesa, o qual até então é escancarado diante da flagrante perda da paridade de armas no processo, devendo haver a exclusão do processo de todas as perguntas por eles realizadas, bem como, das respectivas respostas dadas



pelas testemunhas e acusados, o que desde já requer”.

E, consoante descrito no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, “vê-se que foram habilitados a cônjuge e o filho da vítima, quais sejam, Patrícia Cunha Montagna e Arthur Montagna, respectivamente, consoante decisão de p. 1183-1191. Na sequência, foi habilitado o Sr. Elio Montagna, irmão da vítima (p. 1721-1722)”.

Ocorre que, sem adentrar ao mérito da contenda, em juízo negativo de admissibilidade, verifica-se que “do despacho que admitir, ou não, o assistente, **não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão**” (vide a literalidade do art. 273 do Código de Processo Penal). Vale dizer, aludido decisum é irrecorrível, motivo pelo qual, consequência lógica, impõe-se o não conhecimento do recurso em sentido estrito que visa reprochar a habilitação do assistente de acusação.

Lembre-se, ademais, que a decisão de pronúncia apenas convalidou a decisão anterior que deferiu as habilitações, a qual tomada, a seu tempo deveria ser remediada pelo meio processual adequado, e não aguardar para, sentenciado o réu em pronúncia e, ressuscitada a questão, manejar o recurso (a destempo e incabível).

Isso porém, não significa que a decisão é incensurável, mas apenas que o recurso em sentido estrito não é remédio cabível para tal desiderato, por expressa previsão legal que, uma vez aqui utilizado, não há de ser conhecido. Aliás, caberia ao indesejoso, por certo, a opção pelo meio adequado, mas não o manejo do recurso em sentido estrito como subterfúgio, cujas hipóteses, como bem cediço, apresentam-se taxativas e não comportam a insurreição especificamente contra tal matéria.

A propósito, correta é a compreensão de que “todavia, doutrina e jurisprudência deste Sodalício [O Superior Tribunal de Justiça], nas hipóteses em que o ato do juiz é insuscetível de recurso - como no caso em debate, ex vi do art. 273 do CPP - ‘do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão’ - admitem a impetração do *writ of mandamus*. Cf.: in Código de Processo Penal Comentado, 17ª Edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2018. Precedente: AgRg no RMS 27353/RJ, relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe de 5/2/2016” (STJ, AgRg no RMS 44402/MG, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 07.08.2018).

No mesmo passo, como sendimentado, “o *habeas corpus* não constitui meio idôneo para se pleitear a anulação da decisão que admitiu a vítima como assistente de acusação, uma vez que ausente qualquer violação ou ameaça à garantia do direito à liberdade de locomoção. Ademais, o artigo 273 do Código de Processo Penal disciplina, de forma expressa, o não cabimento de qualquer recurso contra a decisão que admite ou não o assistente de acusação, sendo certo que, caso evidenciada flagrante ilegalidade no referido ato, lhe restaria a via do mandado de segurança» (STJ, RHC 31667/ES, rel. Min. Jorge Mussi, j. 28.05.2013).

Assim, por inadequação da via, não se conhece dos recursos no ponto.



### 1.3. Suspeição do magistrado

Ambos os recorrentes - o casal Fonini, Maria e Cezar - dizem que há suspeição do magistrado a ser considerada, o qual seria detentor de algum interesse particular na causa. A pronúncia, daí, estaria maculada por eventual parcialidade.

Porém, a defesa de nulidade em razão da suspeição do magistrado sentenciante, já está sendo apurado em autos próprios, de exceção de suspeição n. 0003270-21.2019.8.24.0067, o qual restou rejeitada liminarmente por este Relator.

Ocorre que, tem-se que é naqueles autos que o questionamento há de persistir, e não no presente. Vale dizer, há seara adequada (a exceção de suspeição), ela veio a ser utilizada, foi rejeitada, sendo certo que não se pode, aqui, ser reproduzida, sobretudo se já manejado o expediente adequado para tanto.

Logo, seja por violação à unicidade recursal, seja por inadequação da via aqui eleita, seja por tratar-se de insistência recursal, certo é que a insurgência no particular mostra-se prejudicada, não devendo ser conhecida no que pertine ao tema.

### 1.4. Interceptação ambiental

Por meio de decisão tomada nos autos n. 0002792-13.2019.8.24.0067, o magistrado, mediante representação policial, autorizou que fosse feita uma interceptação ambiental, a qual, sem a sapiência dos detentos, foi realizada mediante instalação de equipamento eletrônico na viatura que realizou o transporte prisional em conjunto dos réus Cezar e Adelino, quando se extraíram diálogos ali travados.

Para tanto reclama-se no RESE pela ilegalidade da autorização judicial, visto que (i) foi autorizada com base na Lei n. 12.850/13, que trata de procedimento a ser adotado em relação aos crimes cometidos no âmbito de organizações criminosas, o que não se adequaria ao caso; (ii) ofende as garantias fundamentais do acusado, em especial o seu direito ao silêncio, a que foi ardilosamente induzido a se despir, incriminando a si próprio, especialmente com o fito de produzir provas contra si ao arrepio das normas constitucionais e internacionais que disciplinam a matéria.

Pede-se, assim, a nulidade da prova e de todas as dela derivadas.

No caso, o pedido originou-se em representação da autoridade policial, em autos apensos tombados sob n. 0002792-13.2019.8.24.0067.

Eis a suma do pleito policial:

**[...] 2) DO CABIMENTO DA INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL**

*Cediço que a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, consoante previsão do artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988.*

*Não obstante, é pacífico na Jurisprudência dos Tribunais Superiores que os direitos fundamentais, com exceção à proibição de tortura e de trabalho escravo, não são absolutos. Com isso, nem mesmo as comunicações telefônicas estão resguardadas de interceptação, como bem regulamentado na Lei Federal nº 9.296/96.*

*No tocante ao meio de prova consistente em interceptação ambiental, igualmente há autorização legal a fim de aumentar a eficiência das investigações policiais, notadamente aquelas de maior complexidade.*

**Vejam os o que prevê a Lei Federal nº 12.850/2013 a respeito do assunto:**

*Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:*

*II. Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos.*

*No caso concreto em tela, é importante salientar que ambos os representados encontram-se presos e recolhidos na Penitenciária de Chapecó, o que implica dizer que, em tese, ambos não se comunicam por telefone, tão pouco usam a internet para se corresponderem.*

*Contudo, em continuidade às investigações, será necessário interrogar ADELINO JOSÉ DALA RIVA e CÉZAR GASTÃO acerca da investigação em andamento, diligências que serão realizadas na sede da Divisão de Investigação Criminal de São Miguel do Oeste.*

*Para tanto, foi solicitado auxílio ao DEAP para o transporte de ambos os representados de Chapecó/SC até São Miguel do Oeste, justamente em razão da urgência para a conclusão da investigação e da indisponibilidade deste signatário para comparecer em Chapecó para as oitivas.*

*Considerando que os representados serão transportados em uma única viatura, diante da falta de efetivo para uso de duas viaturas e em busca de economia de combustível, ter-se-á oportunidade ímpar de interceptar diálogo de ambos durante o trajeto até São Miguel do Oeste, quiçá acerca dos fatos ora investigados.*

*Para fins de operacionalização da interceptação, em caso de deferimento do pedido, será necessário, ainda, que Agentes Prisionais do DEAP/SJC tenham conhecimento da medida e efetivamente tenham participação no evento, mormente em razão da viatura pertencer àquele órgão.*

*Reitera-se que este é o único meio de investigação disponível, no momento, de interceptar diálogos entre os representados, haja vista que ambos encontram-se presos em estabelecimento prisional. Assim, a medida ora pleiteada é imprescindível para o reforço de participação de ambos.*

*Diante das aludidas dificuldades e da imperiosa necessidade de esclarecimentos, não restam dúvidas sobre a necessidade da interceptação ambiental.*

*A propósito, embora não se trata, por ora, de investigação de organização criminosa, é pacífico na Jurisprudência que os métodos investigativos previstos na Lei nº 12.850/13 servem de fundamento para requerimentos para propiciar investigações diversas, notadamente crimes de homicídio doloso qualificado, reconhecidamente hediondo.*

*A materialidade do delito resta cabalmente demonstrada através do Laudo Pericial Cadavérico 9427.2018.00873,*

*Exame Perinicroscópico, Boletim de Ocorrência e Relatórios de Investigação.*

*Igualmente, a autoria dos crimes também está bem delineada através de vasta documentação já debatida acima, em especial dos Relatórios de Investigação elaborados para tratar das diligências realizadas nesta segunda fase, que apontam os dois representados como autores intelectuais do crime.*

### **DO PEDIDO**

*Pelo exposto, tomadas as devidas cautelas que o caso exige, Represento a Vossa Excelência, com fundamento no artigo 3º, II, da Lei nº 12.850/13, pela autorização judicial para a interceptação ambiental de sinais óticos e acústicos da conversa desenvolvida entre CÉZAR GASTÃO FONINI e ADELINO JOSÉ DALA RIVA, ambos com qualificações em anexo, no trecho de ida e volta entre Chapecó/SC e São Miguel do Oeste em viatura do Departamento de Administração Prisional de Santa Catarina.*

*A adoção de tal medida investigatória será executada no mais absoluto sigilo que a lei exige, sendo que um relatório será produzido ao final da diligência contendo a mídia com o áudio e o vídeo gravados.*

*Certo da compreensão e deferimento por parte de Vossa Excelência, venho antecipadamente agradecer, renovando sempre meus sinceros protestos estima e consideração.*

E, na sequência, o juízo deferiu o pedido destacando, em síntese:

*[...] O art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal estabelece ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.*

*Da mesma forma, o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal traz serem “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”.*

*Sobre a interceptação ambiental, a Lei 9.034/95, posteriormente alterada pela Lei n. 10.217/01, trouxe em seu artigo 2º a seguinte disposição:*

*Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:*

*(...)*

*IV - a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;*

*Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração.*

*[...]*

*Nessa mesma linha, a Lei 12.850/13 apresenta em seu artigo 3, inciso II, in verbis:*

*Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:*

*II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;*

*Além da previsão legal supracitada, há entendimento pacificado na jurisprudência de que a Lei n. 9.296/96,*

que busca disciplinar a parte final do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, não tem aplicação no caso das gravações ambientais.

A interceptação ambiental de sinais óticos e acústicos, na forma postulada pela autoridade policial, merece ser acolhida, porquanto não se enquadra nas situações de interceptação telefônica/telemática e demonstra ser meio capaz de fazer com que se obtenham elementos capazes de apurar a autoria do crime de homicídio qualificado.

As provas acostadas na presente representação vem, novamente, fortificar a suposta atuação de Cezar Gastão Fonini e Maria de Lourdes Fonini no envolvimento (autoria intelectual) do crime que culminou com a morte do advogado Joacir Montagna na cidade de Guaraciaba/SC.

As investigações realizadas até o presente momento reforçam o envolvimento de Cezar e Maria com Adelino Dala Riva, situação que fez com que fossem levantadas fortes suspeitas em face do casal investigado, contra o qual inclusive foi decretada a prisão temporária por este juízo, em autos apartados.

Além disso a investigação demonstrou a necessidade da realização da diligência impetrada, uma vez que pode ser a oportunidade única de se captar uma conversa entre um dos possíveis mandatários com o intermediador do crime.

Quanto a documentação acostada, ela já foi analisada quando dos pedidos deferidos nos autos n. 0002651-91.2019.8.24.0067.

A jurisprudência pátria é firme no sentido de possibilitar a realização de tal diligência, uma vez que perfeitamente lícita e pode ser utilizada como elemento probatório, haja vista que não se trata de uma interceptação propriamente dita.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. MANDAMUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. WRIT AJUIZADO ANTES DA ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL. HABEAS CORPUS CONHECIDO. 2. CAPTAÇÃO AMBIENTAL EM VIATURA POLICIAL UTILIZADA PELOS 2 PRINCIPAIS SUSPEITOS. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL COM FUNDAMENTO NA LEI N. 9.034/1995. ILÍCITOS PRATICADOS POR ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA DE QUALQUER TIPO. LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. 3. VIATURA UTILIZADA EVENTUALMENTE PELO PACIENTE. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS. LEGALIDADE. CONSEQUÊNCIA NATURAL DAS INVESTIGAÇÕES. DESCOBERTA DOS ENVOLVIDOS E CESSAÇÃO DA PRÁTICA DELITIVA. 4. HABEAS CORPUS CONHECIDO. ORDEM DENEGADA.

(...)

2.O Magistrado autorizou a realização de escuta ambiental na viatura utilizada por dois policiais, por estarem supostamente envolvidos em diversos delitos, dentre eles, corrupção ativa e passiva, prevaricação, concussão e favorecimento pessoal. Porém, era de conhecimento dos investigadores que a prática de ilícitos não se limitava apenas aos dois principais investigados, sendo identificados os demais agentes, dentre eles o paciente, com a utilização da captação ambiental, que se revestiu de legalidade e proporcionalidade.

(HC 161.780/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016) (Grifou-se).

Extrai-se do julgado do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *in verbis*: [...]

GRAVAÇÃO AMBIENTAL POR UM DOS INTERLOCUTORES -PRÉVIO CONSENTIMENTO - PRESCINDIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE. “A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento da outra parte, quando não restar caracterizada violação de sigilo, é considerada prova lícita. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal” (STJ, Min. Jorge Mussi).

(TJSC, *Apelação Criminal n. 0000625-17.2012.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 08-11-2016*) (Grifou-se).

[...]

*Do conteúdo do julgado ainda é possível extrair:*

*Importante lembrar que a captação ambiental realizada é lícita e pode ser utilizada como elemento probatório, porque não se trata de interceptação - gravação da conversa de terceiro - mas, sim, de situação em que um dos interlocutores registra a comunicação sem o conhecimento do outro.*

*No caso, a captação ambiental efetuada pelo policial militar E. K. foi obtida com o intento de realizar investigação por envolvimento de A. P. D. no crime de tráfico de drogas, e não com o intuito de violar a intimidade de qualquer pessoa.*

*O STF já se manifestou pela legalidade de tal proceder:*

*“PROCESSUAL CIVIL. [...] GRAVAÇÃO TELEFÔNICA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO PROVA EM PROCESSO JUDICIAL. PRECEDENTES.*

*1. É pacífico na jurisprudência do STF o entendimento de que não há ilicitude em gravação telefônica realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, podendo ela ser utilizada como prova em processo judicial.*

*2. O STF, em caso análogo, decidiu que é admissível o uso, como meio de prova, de gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro (RE 583937 QO-RG, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, DJe de 18-12-2009)» [...] (AI n. 602.724, Min. Teori Zavascki, j. 06.08.2013).*

*Do STJ, igualmente:*

*«RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO E FRAUDE PROCESSUAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL. COLHEITA DA PROVA REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES PARA DEFESA DE SEU DIREITO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE SIGILO. ILICITUDE. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO APLICAÇÃO DA LEI N.º 9.296/96. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

*1. A gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o consentimento da outra parte, quando não restar caracterizada violação de sigilo, é considerada prova lícita. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.*

*2. A Lei n.º 9.296/96, que disciplina a parte final do inciso XII do art. 5.º da Constituição Federal, não se aplica às gravações ambientais.*

*3. Em recente assentada, por ocasião do recebimento da denúncia nos autos da APn n.º 707/DF, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a gravação clandestina feita por um dos participantes da conversa é válida como prova para a deflagração de persecução criminal.*

*4. Reconhecida a legalidade da prova contra a qual se insurgem os recorrentes, não há falar em ausência de justa causa para a ação penal.*

*5. Recurso improvido» (RHC n. 34.733, Min. Jorge Mussi, j. 12.08.2014) (Grifou-se).*

*Quanto à necessidade da diligência, a Autoridade Policial fundamentou sua representação na oportunidade, provavelmente única, de captar uma possível conversa entre os dois principais envolvidos no homicídio da vítima Joacir Montagna, uma vez que serão transportados para colheita dos interrogatórios na cidade de São Miguel do Oeste/SC em uma única viatura.*

*Vejamos excerto da representação:*

*[...]*

*Assim, sendo tal diligência uma, ou senão a única, forma de captar uma possível conversa entre os representados, entendo que a medida é de extrema importância e merece o deferimento.*

*Ante o exposto, com fulcro no art. 3º, inciso II, da Lei 12.850/13, defere-se o pedido para fins de autorizar a interceptação ambiental de sinais óticos e acústicos, na forma postulada pela Autoridade Policial às fls. 3-29.*

*Considerando que a atuação e cumprimento deverá ocorrer de forma integrada entre Polícia Civil e DEAP (na pessoa do gestor da UPA de SMO, André Paulo de Oliveira e as pessoas por ele designadas), comuniquem-se, com urgência.*

*Mantenha-se o sigilo absoluto.*

*Cópia desta decisão, que é entregue à autoridade requerente, serve como mandado, devendo, após o cumprimento da diligência, vir ao juízo imediato relatório.*

*Cumpra-se, com urgência.*

*São Miguel do Oeste (SC), 03 de setembro de 2019.*

O preciosismo nas transcrições, ainda que tão somente daquelas partes mais elementares tanto da representação policial como da decisão judicial, vê-se de suma importância não apenas em virtude da natureza da controvérsia, mas também em razão da inserção em autos apartados e contidos em sistema processual eletrônico diverso (SAJ-PG), de modo que o cenário aqui exposto facilita a compreensão.

A conclusão, adianta-se, é pela irreparabilidade da interceptação, a qual foi executada, registre-se, em 05 e 06 de setembro de 2019 (ev. 05 - Inq. 467 e ss.).

Penso que os contornos trazidos pelo recorrente não se sustentam.

É que, tratando-se de interceptação (ambiental, até telefônica), afigura-se lógico de que aquele a ser alvo do expediente não seja pré-avisado a calar-se ou a não produzir prova contra si mesmo. O interceptador que assim age está indo de encontro à produção daquilo que promove. Está para vir aquele que intercepta e ao mesmo tempo adverte o interceptado do que faz. Algo verdadeiramente destituído de sentido e logicidade. Daí por que interpreta-se que, no específico, pela própria natureza da interceptação, não há racionalidade para se aventar eventual ofensa à advertência ao direito ao silêncio ou a qualquer circunstância que se equivalha. Então, é preciso esclarecer que esses direitos nada têm a ver com a interceptação ambiental, que é uma estratégia quase- oculta de apuração de ilícitos penais, sem a qual a autoridade não consegue exercer a função, de modo que tais expectativas descabem ser sopesadas com olhar na concretude.

Não haveria, logo, cogência, tampouco racionalidade, nessa advertência.

Toda sorte, não se afigura que o ambiente de um camburão seja o local compatível para buscar o controle de um segredo sepulcral. Nessas situações, tem-se que a intimidade do transportado,



naquilo que se comporta, conjuga-se diminuto e, despido espontaneamente, não há o que macular a percepção colhida nesse esquadro. É que o acusado, ao dispersar a palavra, deixou de ter o controle sobre o que outrora apenas lhe pertencia. O fez por opção, em um ambiente impróprio para confidências, logo, incoberto pelo manto da inviolabilidade, não podendo, agora, albergar-se de seus relapsos, justamente por permitir que a palavra se tornasse objeto cognoscível, ainda mais em local em que se sabe poder (e dever) ser vigiado às máximas. Em suma, o silêncio foi abandonado por seu próprio titular. Verdadeiramente, contraditório agora é querer amordaçar o não-silêncio próprio, que longe esteve de ser colhido à qualquer absolutismo. O segredo fosse querido, que o exercitasse em ambiente designado para tal (entre cliente-advogado, missionário-confessor) mas não em ambiente passível de absoluta vigilância (o empregador pode vigiar seu estabelecimento, ao particular faculta-se gravar seu bem, assim como ao Estado é salutar que mantenha vigilância sobre o seu patrimônio e, concomitantemente, com fincas ao resguardo rotineiro da segurança pública).

O caso traz a tona, reflexamente, discussão vívida em torno do direito à inviolabilidade da intimidade, de ordem constitucional, que não tem força para fazer prevalecer sobre preceitos até mais caros à sociedade. A mitológica balança possui dois pratos, de sorte que o direito (ao resquício) de intimidade em voga, está substancialmente debaixo à gravidade do fato, ao exercício independente de uma categoria profissional de valor ímpar, à paz social, à segurança pública e, paralelamente, à busca pela verdade real, que, em regra, move a nossa ritualística, a permitir, neste, restringir o âmbito do já minimizado direito à esfera da intimidade.

Não há, no ordenamento jurídico-constitucional, bens jurídicos de caráter absoluto. O sistema processual se serve de várias situações em que o direito à intimidade sofre legítima mitigação, tal como violação do sigilo de correspondências em ergástulos em prestígio a um bem maior concernente à segurança pública (STF, HC 70814-5/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.02.1994), que prevalece num juízo ponderador, muito embora à contravontade do interceptado. Até já se tem admitido, com algumas reservas, a interceptação do sigilo cliente-advogado que seja exercitado em favor de crimes (STF, HC 106.225, rel. Min. p/ acórdão Luiz Fux, j. 07.02.2012), quebra de sigilo fiscal em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal (STF, HC 135853 AgR, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 10.09.2018), e etc. Mesmo porque, consoante se reverbera entre nós, os direitos fundamentais não são salvaguarda à suposta perpetuação ilícita:

*Os direitos fundamentais não são escudos para a prática de crimes. A intimidade é garantida se for motivada, ou seja, seu uso regular é tutelado, o abuso, não. E, no sentido contrário, se houver um motivo justificado, a intimidade não pode ser alegada como um dogma. Defende-se nessa linha que a intimidade protegida constitucionalmente é a intimidade motivada, ou seja, existe a proteção contra a bisbilhotice, contra a mera curiosidade do cidadão ou do Estado, todavia, essa intimidade pode ser afastada se houver um motivo relevante. [...] A sociedade do risco, gostemos ou não, é uma realidade. Convivemos com riscos cada vez mais difusos e é indispensável possuir mecanismos para amenizá-los. É óbvio que não há possibilidade de existir uma sociedade com risco zero, todavia, essa impossibilidade do ideal não legitima transformar o real em uma sociedade apavorada e atônita. [...] Não se devem criar barreiras desnecessárias ou equivocadas ao dever-poder investigativo. O princípio da proibição da proteção insuficiente serve para impedir atuações legislativas ou interpretações doutrinárias ou judiciais que inviabilizem uma proteção efetiva do Estado para com os bens*

*penais (JÚNIOR, Américo Bedê. A Retórica do Direito Fundamental à privacidade. Editora JusPodivm: 2015, p. 75, 81 e 83 ).*

Mais, já não havendo se falar em direito à advertência ao silêncio ou a equivalente, vê-se que o Estado, enquanto investigador, apenas inseriu a escuta no camburão. O resultado das conversas entre dois dos réus, porém, foi fruto da mais pura espontaneidade. A escuta foi fixada, por ordem judicial, e os réus não foram obrigados, constrangidos, ou coagidos a falar algo. Se falaram é porque desejaram, de maneira absolutamente espontânea, ao natural, de sorte que poderiam eles próprios terem se recatado ao silêncio, mesmo durante o transporte carcerário. Mas não o quiseram, despiram-se por *spont propria*. Aproveitaram o momento não para meditar até o destino, mas, pior, em tese, para supostamente, como apontado pela polícia, traçarem estratégias defensivas e falsamente amoldar versões entre si. Quer dizer, poderiam os investigados dispor daquele magnífico momento para se beneficiar mutuamente, como indicia-se, mas em contrapartida o Estado não? Obrou é com suposta maior desenvoltura o ente público que, ora, não deve ser admoestado.

Seja como for, o *nemo tenetur se detegere* (CRFB, art. 5º, LXIII; Pacto de San José da Costa Rica, art. 8º, 2., g - “*direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”) visa proteger os “os acusados ou suspeitos de possíveis violências físicas e morais empregadas pelo agente estatal na coação em cooperar com a investigação criminal” (STJ, HC 354.068/MG, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 13.03.2018), hipótese totalmente distinta da presente. Fundamentalmente, não houve intervenção corporal nos interceptados. Longe disso. A incoercibilidade da obtenção da mídia de gravação a torna hígida e incensurável.

Vejam o paradoxo: estivessem os réus conversando por telefone, ainda que cada qual no interior de suas celas, a interceptação das conversas seria validada, se, tal como aqui, autorizada judicialmente. Agora, as mesmas palavras, só que agora faladas não por meio de um instrumento telefônico, quer-se a advertência, o que não me parece lógico, mesmo porque houve igual decisão motivada autorizadora. O réu foi ameaçado a falar ou a se auto-incriminar? Não. Houve autorização judicial? Sim. A lei veda a incidência do meio de prova a um leque maior de crimes ou o restringe a um só? Não. Garantiu-se ao acusado o núcleo essencial de seus direitos? Sim. Por que, então, tudo garantido, engessar o Estado, na qualidade policial, da sua atribuição precípua de tentar desvendar crimes? Isso não se afigura escorreito.

Tem-se que a solução não passa pelo silêncio ou à não auto-incriminação. A própria interceptação os flexiona, naturalmente. Porém, o que é mais substancial é que ali, espaço de vigilância pura, não está compatibilizado com o agasalho de um sigilo entre investigados. Se falaram devem estar cientes de que ali era local impróprio e, portanto, passível de vigilância, porque espaço de intimidade ou de privacidade não se tratava. Pelo contrário. E, mais, a espontaneidade, não obstante a faculdade ao silêncio, calharam de ser abandonadas por opção própria.

Não há, em virtude disso, qualquer mácula na colheita da prova.

Ainda mais porque, em tempo, não obstante a alegação do irresignado, a Lei que define

organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado (Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013), apesar de dispor em seu texto que, em qualquer fase da persecução penal, será permitido, sem prejuízo de outros já previstos em lei, como meio de obtenção da prova a figura da captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, certo é que não o faz exclusivo para tal legislação; é dizer, não dita que a captação terá vez “apenas” no âmbito da ORCRIM.

Veja, não se trata de uma lei específica para reger a captação, tal qual a lei de interceptação telefônica que arregimenta as especificidades de cabimento. É, como se vê, um meio de prova que está contido em uma lei esparsa, o que não induz ao fato de que tal expediente é próprio e reservado apenas aquilo, se nada carimba.

Logo não se vislumbra que pelo fato de que o legislador tenha previsto a captação como um dos expedientes da lei de organização criminosa que a medida se tornará um expediente (meio de obtenção prova) exclusivo de tal norma. Quisesse, a lei proporia (e deveria propor) a restrição, expressa; mas não o fez, de sorte que não há erronia neste manejo para crimes outros (homicídio e associação).

Não obstante o ineditismo de tal captação em viatura, admoestá-lo vai na crista da contraproducência de um Estado que, última instância, visa a pacificação social por meio da resolução dos conflitos, que mira, em regra, a verdade real. Em tema de captação, não se fala em advertências ao silêncio ou a não auto-incriminação; depois, uma viatura não é local adequado para recato de palavras; mais, ainda, inexistiu coação, não houve obrigação, não houve intervenção corporal. Houve sim liberação do silêncio por opção própria. Feliz, frente a isso, do expediente policial que procurou e resguardou a faceta mais nuclear dos direitos e, ao mesmo tempo, funcionou na intenção de persecutar delitos, o mais eficientemente possível.

Em tempo, é de se dizer que houve decisão judicial prévia autorizativa, dotado de ponderáveis justificativas. Os réus, presos, não se comunicam. Seria ali, na única viatura de transporte, com economia de combustível e de efetivo, por certo, momento distinto para a conexão do dispositivo eletrônico de escuta, no intento de interceptar diálogo de ambos os detentos transportados durante o trajeto até São Miguel do Oeste, quiçá acerca dos fatos ora investigados (o que indicia ter havido). Vale dizer, bem justificadas a imprescindibilidade da medida como meio único de obtenção de prova, o que não haveria de ser descartado pela persecução penal.

Nesta hipótese, como asseverado pela autoridade policial solicitante:

*Considerando que os representados serão transportados em uma única viatura, diante da falta de efetivo para uso de duas viaturas e em busca de economia de combustível, ter-se-á oportunidade ímpar de interceptar diálogo de ambos durante o trajeto até São Miguel do Oeste, quiçá acerca dos fatos ora investigados.*

[...]

*Reitera-se que este é o único meio de investigação disponível, no momento, de interceptar diálogos entre os representados, haja vista que ambos encontram-se presos em estabelecimento prisional. Assim, a medida ora*

*pleiteada é imprescindível para o reforço de participação de ambos.*

A suma fica por conta de que reservas de direito não podem ser escudo para a prática de supostos delitos, razão pela qual, dotado de prévia autorização judicial de que buscou a ação policial, não se verifica mácula na interceptação ambiental.

## **2. MÉRITO**

### **2.1. Anemia indiciária (crime contra a vida)**

O recurso em tela diz respeito apenas à acusada Maria. O réu Cezar acatou a pronúncia quanto ao crime contra a vida, relegando a defesa ao plenário do júri, onde aí acredita que haverá sua absolvição pelos juízes naturais. De sua vez, em sede destes autos, o réu Adelino foi denunciado apenas pelo crime conexo, relativo à associação criminosa, sendo processado em caderno distinto pelo cenário homicida.

Ocorre que, observando atentamente as razões do recurso de Maria, está ali notória a tentativa de prevaquecimento de sua tese absolutória. Elencam-se os mais diversos fatores pelos quais entende não ter prestado concorrência ao crime em tela. Desconstitui a exposição da sentença e a suficiência dos indícios levados em voga na pronúncia, pelo que os ilustra, em livre tradução, como sendo um quadro pincelado de conjecturas policiais, constituídos, a rigor, por simples achismos investigativos.

E a defesa técnica está no exercício de sua função. Atua com diligência para fazer vivificar suas teses. Esse afincamento engrandece o encadernado, enriquece-o. Coloca-o em um patamar distinto, resultado da grandeza do crime e do fato em tela, até porque a morte de um advogado, ainda mais supostamente no (e pelo) exercício da atividade ímpar, passa a representar a derrocada não apenas de um indivíduo, isoladamente considerado, mas idealiza assaz impacto e receio à toda uma classe.

Não são desconhecidas as intercorrências advindas de uma decisão de pronúncia. São reflexos que se ressentem na individualidade, na relação comunitária, laboral, empresarial. Digo mais, até na arte de fazer política (com referência especial a este caso). Contribui o juiz para um passo (seja a menos ou a mais) na privação da liberdade. E, embuído disso, está a importância que subjaz à função judicante.

O juiz, todavia, não será o senhor definitivo da culpa. A Constituição e a Lei reservam-lhe uma atuação apenas parcial na engrenagem da ritualística, de que não sabe ele o destino final ou seja possuidor de ingerências. Isso caberá aos jurados, eleito dentre os iguais, dotados de experiências próprias e particularidades que os tornarão, esses sim, os soberanos na interpretação da mais convincente prova. Por ora, então, restará ao magistrado, além da materialidade, apenas fiscalizar indícios autorais suficientes, procurando obstar, por conseguinte disso, acusações má formadas, quiçá até infundadas indiciariamente, ou juízos de valor sobre o mérito.

Com efeito, não raras vezes o juízo de prelibação situa-se entre a cruz e a espada. Vale dizer, os indícios acusatórios são valorosos ao mesmo tempo em que os contra-argumentos defensivos apresentam também a sua credibilidade. Qual das vertentes prevalecerá perante os jurados, entretanto, não se sabe. E nem compete ao magistrado ditar uma espécie de prenúncio sobre. Estaria se excedendo em atividade que constitucionalmente não lhe pertine. O que se conhece é que há duas correntes defensáveis, passíveis de serem escolhidas por quem de direito. Essa digladição de teses, antagônicas, resolve-se, então, com o sucesso da pronúncia, por competir, lá na essência, não ao togado, mas sim aos jurados, soberanos, a valoração final da prova.

Sem observações daquilo que é melhor ou pior, mais convincente ou menos, parece ser esta a situação dos autos. Essa contraposição de teses é que está presente nos autos, as quais devem ser, então, remetidas ao debate em sessão plenária, a fazer prevalecer uma das diretrizes conforme eleição dos comuns. O principal, porém, não obstante os anseios da defesa, é que os elementos em seu conjunto, no mesmo lapso que convencem sobre a existência de indícios suficientes de autoria, não consolidam antecipadamente a inocência da ré. A crítica ao valor dos indícios autorais, à evidência, é absolutamente válidos, fazem até parte do «jogo». Mas não são sacramentais a ponto de conduzir à impronúncia ou absolvição sumária.

Daí, uma coisa é certa: a sentença originária encontra-se, do início ao fim, minuciosamente fundamentada. Não desenha culpa propriamente dita. E nem poderia. Faz, todavia, «fratura exposta» tanto nos arcações acusatórios como nos defensivos. Afinal de contas, são quase 200 páginas de exposição fática e jurídica coordenadas a indicar exatamente essa contraposição de elementos, aptos a autorizar um juízo de valoração na etapa posterior, de que não está digno em admissibilidade a se imuscuir sob pena de usurpar a competência de quem constitucionalmente faz jus.

Verdadeiramente, de um lado, a acusação realça o *animus necandi* dos denunciados, ao retratar de que se teria arquitetado a morte do advogado algoz, descontente com o desfecho de determinada ação de execução, oriunda da Comarca de Xaxim, movida por Alcides Sgorla (cunhado), mas cujo defensor constituído era justamente a vítima Joacir Montagna, assaz atuante contra os interesses patrimoniais.

Cezar, porque segregado à época por delito diverso, teria se valido das frequentes visitas internas feitas pela esposa Maria e repassado a ela a ordem de matar a vítima, tendo esta aderido ao plano e intermediado a contratação de Adelino para organizá-lo, o qual, então, contratou Lucas para executá-lo, prometendo-lhe paga e o fornecimento da arma de fogo para realização do crime, sujeito este que, por sua vez, teria buscado o auxílio de seus irmãos Abel e David para consumação do homicídio.

Em suma, Cezar é dito como arquiteto e mandante da morte da vítima à esposa; Maria, de sua vez, é apontada como receptora da ordem do marido e como responsável pela intermediação na contratação de Adelino; Já Adelino é referenciado como contratado pelo casal Fonini para fins de coordenação da execução criminosa, o qual teria se valido da subcontratação de sicários (os irmãos Lucas, Abel e David).

Para que não restem lapsos, por ora, fala-se de indícios. Não mais.

A acusação interliga Maria indiciariamente ao homicídio pois, no meio de toda a contextualização fática (de disputas patrimoniais, transcurso de processo executivo e atuação descomedida do causídico vitimado contrário aos interesses da família), de visitas no ergástulo ao seu marido (reservadamente, por certo), teria ela mantido várias ligações telefônicas com Adelino no lapso que intermediou o crime (Info 794 e ss.), principalmente nos dias em que a investigação constatou que os executores dirigiram-se à área de atuação do advogado para “estudar” a sua rotina de vida. Tais telefonemas, que não existiam antes, passaram a ser constantes no lapso que circundou o crime e, pior, em duração telefônica bastante considerável - cenário indiciário esse que, respeitado o esforço defensivo, não se qualifica por sugestões ou achismos, como se busca aqui insistentemente pincelar.

Mais: exsurgiu das investigações o pagamento de determinado auxílio financeiro de Maria à família de Adelino, consistente na quitação das mensalidades da faculdade do filho do dito coordenador do crime. Iraci, esposa de Adelino e genitora do acadêmico, ouvida durante a etapa investigativa, teria deixado ressoar algumas interrogações a respeito desse auxílio pecuniário, já que em uma primeira oportunidade confirmou que os pagamentos passaram a ocorrer um mês após o homicídio, contudo, contraditoriamente, momento posterior, retrocedeu para aduzir que as prestações iniciam a ser quitadas no princípio do ano de 2017. Disso restaram tiradas duas conclusões: o pagamento das mensalidades supostamente teria cunho de complementação da contraprestação recebida por Adelino para praticar o crime; e dois, a mudança escusa nas palavras de Iraci, possivelmente indiciou interferências.

Não sendo apenas isso, teriam sido apreendidos celulares constatando-se um grupo de Whasapp da família Fonini, chamado “Família Oficial”, onde os membros conversavam sobre as dificuldades financeiras e, principalmente, sobre as dívidas, ocasião em que teria se levantado em determinada feita a possibilidade de pedir à Alcides Sgorla a desistência da ação de execução - em cuja ação funcionava justamente o advogado vitimado - ou a assunção de algum empréstimo junto ao consanguíneo, possuidor de condição financeira abastada. Importante dizer que duas testemunhas de acusação (policiais) lembraram do descontentamento manifestado pelos integrantes do grupo sobre as investidas contrárias do advogado vitimado a respeito das tentativas de acordo, onde foram proferidos contra ele até xingamentos.

São todos indícios consistentes, ainda mais considerando o suposto envolvimento de Adelino no cenário como coordenador e contratante dos pretensos sicários e, agora, em sede recursal, sequer discordando o esposo Cezar da pronúncia contra si operada, demonstração plena de que os indícios ditam lição ponderável.

Importante trazer à baila, ainda, outros fatores que se circundam Maria.

Isso porque da conversa entre os dois masculinos traçam-se indícios de que, em tese, eles realmente possam ter feito parte no enredo criminoso. Evidencia-se tal do conteúdo conversado, das constantes preocupações em negar o crime até mesmo a advogados; o conselho de Adelino a



Cezar de que ele não “entregaria” ninguém; a intenção de Cezar enviar uma carta a alguém chamado Romildo, para que ele assumisse a culpa; a assunção por Adelino de que Cezar lhe deu 14 mil reais, mas que precisava de um bom advogado; a menção por Adelino que ele buscou o “bunda mole” no Rio Grande do Sul para fazer algo (possivelmente um dos sicários), mas que nunca teria citado a eles o nome de Cezar, falando apenas que o advogado lhe devia, e, sobretudo, que lhe roubou (pretensamente referindo-se à Joacir Montagna); a preocupação de ambos a respeito da possibilidade de uma determinada carta ser descoberta, o que seria algo muito negativo (um verdadeiro “dossiê” como declamado por Cezar); a confirmação de Adelino a Cezar que de sua boca não sairia nada; menção de Adelino a Cezar, ao conversarem supostamente sobre Lucas, de que teria dado 14 mil reais a este e um revólver; menção de Adelino sobre o dia 06 (pretensamente dia 06 de agosto de 2018) em que “foi ele que me pediu para levar ele” (tal é o dia apontado pela polícia como sendo a ocasião que os comparsas se dirigiram à próxima da vítima para observar sua rotina); a menção de Adelino, demonstrando conhecimento sobre as circunstâncias do crime, uma eventual combinação de versões com Lucas e, em sede da própria conversa, também com Cezar, a respeito do pagamento dele recebido, ao dizer “[...] o piá vai dizê, já combinei com ele, que ele vai dizê que foi fazê um assalto, que ele engatilhô a arma, a arma era velha, disparô e ele atirô e acertô o cara e depois de tudo isso mantê longe por uns dias; mas não pode assumí nada, não pode, entendeu? E tu, pelo amor de Deus, rasga esse papel... (ininteligível), não mande carta, tem que falá pessoalmente, pessoalmente com as pessoas. Se tu anotô alguma coisa nessas carta aí home, tu tem que dizê outra coisa, eu não posso falá nada, tu tem que dizê que essas carta, que, esse dinheiro que tu queria me mandá prá mim foi prá me ajudá, ajudá minha família que tu sabe que são pobre e prá, não que, porque vocês ajudam todo mundo; não é assim, entendeu; eles não tem prova, entendeu, eles não tem prova, entendeu? E se falá... (ininteligível), eles não tem prova, então não tem, eles não tem prova, tão, não pode dizê nada, tem que negá, [...] entendeu? Ninguém pode assumí nada”.

Demais disso, uma carta escrita por Cezar, apreendida em sua cela, constaria a intenção, expressa, de que uma terceira pessoa de nome Romildo assumisse a culpa pelo crime. O manuscrito de Cezar teria sido localizada no interior de um pacote de fraldas que eram utilizadas por ele (o qual possui problemas de saúde), dentro da cela por ele utilizado na Penitenciária Industrial de Chapecó, em cujo teor mencionam-se todas as coordenadas que levariam a Romildo e o que dizer.

Enfim, os indícios que conectam a acusada ao fato criminosos restam bem discriminados nos relatórios policiais, mormente colhidos com o início da 2ª Fase da denominada Operação Defesa da Ordem, instaurada para apurar a autoria intelectual, vindo tudo devidamente corroborado pela palavra dos policiais que atuaram na investigação, os quais, ouvidos sob o crivo do contraditório, explicaram com minudências os caminhos e linhas persecutivas que foram desenvolvidos para concluir, em tese, sobre a autoria criminosa dos supostos envolvidos, dentre eles, a acusada Maria e os motivos (patrimoniais) que os teriam levado ao delito (referência expressa ao depoimento judicial do delegado Wesley e agentes Suelen e Douglas).

Em contrapartida, a defesa nega a participação de Maria. Apoia-se, em síntese, na escuta ambiental em que Cezar e Adelino, durante o transporte prisional, e porque não sabedores da interceptação, teriam livremente mencionado de que a mulher seria inocente. Busca-se justificativas,

ainda, no sentido de que as ligações telefônicas teriam sido efetuadas não no contexto criminoso, mas sim nos serviços prestados por Adelino à família, em especial após a prisão de Cezar, assim como em razão de assuntos excepcionalmente ocorridos (ref. à castração de gatos e transporte de “tampa do aquário” do instrumento musical bateria a um certo templo religioso). Quanto às mensalidades do filho de Adelino e Iraci, defende-se que os pagamentos precediam ao crime, e com ele não possuíam relação, sendo compromisso originado em virtude do auxílio prestado pela casal à Maria em sua campanha política anterior.

Nesse quadrante que, como bem salientado pelo juízo no ponto, “as teses levantadas pelas defesas também apresentaram indícios na prova produzida”.

É o que se verifica, em suma, do depoimento de Leonardo, filho de Adelino, o qual afirmou que a quitação das mensalidades de sua faculdade não teria qualquer conexão com o crime, mesmo porque teriam iniciado no ano de 2017 e possuiria, ao revés do dito na investigação, motivação eminentemente política, em virtude dos favores prestados pela família na campanha de Maria ao cargo de vereadora.

Demais disso, Valdirene Chitolina, ouvida em juízo, teria confirmado sobre o evento de castração de gatos no início do mês de agosto de 2018, ocasião em que teria havido conversas entre a acusada Maria e Adelino - o que, segundo a tese defensiva, explica o conteúdo dos telefonemas entre os acusados neste período que, ao contrário da acusação, não guardaria qualquer relação com o crime em questão.

De mais a mais, conforme a sentença, a defesa juntou uma reportagem extraída do site da Prefeitura de Xaxim, a qual referendaria a versão de que teria havido em 06.08.2018 - dia de uma das ligações - o mutirão de castração social de animais, sendo este o motivo, segundo a defesa, dos contatos entre Maria e Adelino.

Depois, ouvido em juízo, Adelino referendou a motivação da quitação das prestações da faculdade do filho, como sendo por questões de campanha política do ano de 2017; confirmou a situação dos gatos; e confirmou contatos telefônicos diversos, inclusive após a prisão de Cezar, ocasião em que prestava auxílio a Maria.

Já Maria disse, em suma, em juízo, que as ligações com Adelino nas datas mencionadas também diziam respeito à situação da castração de gatos; que a quitação das mensalidades da faculdade do filho de Adelino remontavam a 2017.

Cezar, de sua vez, ouvido em juízo, confirmou a negociação com o cunhado Alcides Sgorla; disse que Joacir Montagna teria se comprometido em auxiliar alguma causa jurídica de seu irmão (Elizeu) e de seu sobrinho; ilustrou, contudo, que, uma vez não exitosa a promessa de Joacir, teria deixado 14 mil reais com Adelino para ele, então, cobrar o advogado e fazer frente aos gastos com o deslocamento de viagem; reforçou, por fim, a responsabilidade pelo pagamento da faculdade do filho de Adelino, desde 2017, originado em razão do auxílio prestado na campanha política de Maria ao cargo de vereadora pelo casal Adelino e Iraci.

Ou seja, por mais que a defesa insista na insuficiência dos indícios de autoria ou na inocência da cliente, por certo não é o que sumariamente se observa *prima facie*. Bem dizer, também não se está apoiando a pronúncia em achismos, ou em convicções subjetivas, muito pelo contrário, mas em indícios suficientes de autoria, sobretudo compatível com tal fase de cognição incipiente. Daí que, nesse esquadro, impõe-se ao juízo, em sede de prelibação, apenas uma escorreita saída, sempre ao alinhamento procedimental, jurisprudencial e doutrinário: reconhecer a coexistência de correntes indiciárias contrapostas, ambas validamente defensáveis, para relegar o exame da culpa definitiva ao júri, órgão que se encontra constitucionalmente competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Nesse sentido, esta Câmara Criminal já decidiu que «basta para a pronúncia do acusado o convencimento acerca da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, não se exigindo prova cabal como a necessária para alicerçar sentença condenatória proferida pelo Juiz Singular. A pronúncia nada mais é que o juízo de admissibilidade da acusação a ser apreciada com maior profundidade pelo Conselho de Sentença, juiz natural para o julgamento do mérito nos crimes dolosos contra a vida» (RC n. 2012.047121-3, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 30.8.2012). Na mesma linha, colhem-se inúmeros outros precedentes desta Corte: RESE n. 0007091-82.2016.8.24.0020, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 03.04.2018; RESE n. 0013444-32.2016.8.24.0023, rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, j. em 15.03.2018; RESE n. 0010713-37.2016.8.24.0064, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. em 20.02.2018.

Dessa forma, havendo versões conflitantes sobre os fatos e não havendo dúvida a respeito da existência de indícios de autoria criminosa por Maria, é certo concluir que o juízo de origem agiu com acerto ao encaminhar o julgamento ao Conselho de Sentença, competente para análise aprofundada dos fatos.

Conforme apontado acima, a sentença de pronúncia está amparada por um juízo de probabilidade e não possui natureza definitiva, já que não vincula o julgamento a ser conduzido pelo Tribunal do Júri. Por consequência, não é temerário pronunciar a acusada ante suficientes indícios da autoria e materialidade delitiva e, posteriormente, porventura ocorrer sua absolvição pelo Conselho de Sentença. Doutro lado, impensável que aquele apontado pelo conjunto de indícios como suposta autora de um homicídio seja impronunciada ou absolvida sumariamente.

No mais, convém só um rápido registro de que aqui não se interpretam dúvidas em desfavor da recorrente, tampouco em favor da sociedade. Autorizando o conjunto probatório depreender diferentes hipóteses, ambas críveis e apoiadas em elementos existentes nos autos, a respeito da dinâmica do ocorrido, o que se faz é tão somente permitir que os juízes competentes à análise do fato (isto é, os juízes populares) apreciem o ocorrido. Seja para absolver, seja para condenar, seja para desclassificar a conduta, faz-se necessário o exame aprofundado do conjunto probatório, o que só é possível com a submissão da ré a julgamento em plenário.

Logo, há de ser mantida a pronúncia, já que seria temerário, e afrontaria a soberania do Conselho de Sentença, diante dos elementos reunidos nos autos, o afastamento sumário dessa circunstância

(nesse sentido, TJSC: RESE n. 0037399-38.2002.8.24.0038, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 12.4.2018; RESE n. 0005162-23.2017.8.24.0038, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 10.4.2018; RESE n. 0000635-32.2016.8.24.0242, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 5.4.2018).

Com substrato nessas considerações, não se acolhe o recurso no ponto.

## **2.2. Do reproche ao crime conexo (crime de associação criminosa)**

A insurgência em comento circunda os recursos exclusivos de Cezar e de Adelino. Comparecem à Corte para realçar, em resumo, a suposta carência de comprovação dos requisitos elementares que constituem o crime de associação criminosa, como estabilidade, permanência e projeção de praticar múltiplos delitos.

Ocorre que não há razão à insurreição, adianta-se.

Sucedo que, na linha do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “havendo infração penal conexa descrita na peça acusatória, deve o magistrado, ao pronunciar o réu por crime doloso contra a vida, submeter seu julgamento ao Tribunal do Júri, sem proceder a qualquer análise de mérito ou de admissibilidade quanto a eles” (AgRg no AREsp n. 71.548/SP, rel. Min. Regina Helena Costa, j. em 10.12.2013).

Da doutrina, por sua vez, colhe-se que, “ao pronunciar o acusado, deve o magistrado se ater à imputação pertinente ao crime doloso contra a vida, abstendo-se de fazer qualquer análise em relação à infração conexa, que deve seguir a mesma sorte que a imputação principal. Logo, se o magistrado entender que há prova da existência do crime doloso contra a vida e indícios suficientes de autoria, deverá pronunciar o acusado pela prática do referido delito, situação em que a infração conexa será automaticamente remetida à análise do Júri, haja ou não prova da materialidade, presentes (ou não) indícios suficientes de autoria ou de participação” (LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 1139).

Ou seja, “apenas os crimes dolosos contra a vida estão sujeitos à pronúncia, enquanto as infrações penais conexas são atraídas ‘por decorrência’ (TÁVORA, Nestor. Curso de Direito Processual Penal. 8. ed. Bahia: JusPodivm, 2013, p. 836), dispensado qualquer juízo de admissibilidade ou ingerência no mérito, sob pena de estar-se usurpando a competência do Tribunal Popular (TJSC, Recurso Criminal n. 2015.078567-8, de Joaçaba, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 12.01.2016)” (TJSC, RESE n. 0000229-21.2016.8.24.0077, de Urubici, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, 3ª CCr, j. 23.08.2016).

Assim, a discussão trazida nos recursos deve ser submetida à apreciação do Colegiado Popular, a quem caberá decidir se as provas reunidas nos autos levam à sua condenação ou absolvição pelo crime conexo.

### 2.3. Decote das tríplexes qualificadoras

Constam dos relatórios policiais que, após a pretensa elucidação do núcleo de execução e autoria imediata do crime (os irmãos Lucas, Abel e David), bem como ainda do responsável pela contratação deles (Adelino), perseverou-se nas investigações para o fito de apurar a autoria intelectual do homicídio consumado que vitimou o advogado Joacir em pleno local de trabalho, tendo sido concluído que o acusado Adelino teria sido contratado pelo acusado Cezar - preso à época -, por meio da ora ré Maria, sua esposa, todos associados de maneira estável e permanente para a prática de crimes.

A *Operação Defesa da Ordem* teria demonstrado que o réu Cezar, não contente com o desfecho de determinada ação de execução, oriunda da Comarca de Xaxim, movida por Alcides Sgorla (seu cunhado), mas cujo defensor constituído era justamente a vítima Joacir Montagna, sentindo-se prejudicado financeiramente pela execução e atuação do advogado, arquitetou um plano para ceifar o seu desafeto.

Ilustra a investigação que Cezar, valendo-se dos frequentes encontros prisionais com sua esposa Maria, teria repassado ela a ordem de mandar matar a vítima, tendo esta intermediado a contratação de Adelino para organizar o plano cabal, o qual, então, contratou Lucas para executá-lo, prometendo-lhe pagamento e o fornecimento da arma de fogo para realização do crime, sujeito este que, por sua vez, teria buscado o auxílio de seus irmãos Abel e David para consumação do homicídio.

Assim que, no dia 13.08.18, por volta das 9 horas, Lucas, Abel e David deslocaram-se até o escritório de advocacia da vítima Joacir, localizado no Centro do Município de Guaraciaba, local em que Lucas teria ingressado no estabelecimento e, mediante promessa de recompensa e por meio de recurso que dificultou a defesa da vítima, matou-a friamente com um disparo de arma de fogo em sua cabeça, causa eficiente da morte do advogado por traumatismo cranioencefálico.

Segundo inscrito na peça acusatória, o crime teria sido cometido por **motivo torpe**, pois o casal teria ordenado a execução cabal, mediante retribuição financeira, a fim de facilitar as tratativas de um possível acordo na ação executiva proposta pelo familiar Alcides (ref. Cumprimento de Sentença n. 0301736-63.2015.8.24.0081/0001), visto que a Joacir, enquanto advogado da parte contrária, não sucumbia aos desejos e propostas da Família para o fim do embate.

O delito, ainda, teria sido cometido por **motivo fútil**, desprovido de relevante valor, em avantajada desproporção entre a motivação e o fato, porquanto sendo mero resultado de disputas patrimoniais que, por si só, não teriam o condão de motivar tão gravosa reação.

Não suficiente, ainda conforme demonstrado na denúncia, o crime teria sido cometido **mediante recurso que dificultou a defesa da vítima**, valendo-se da desprevenção do ofendido, alvejado por um disparo de arma de fogo no momento em que estava rendido, em horário e local de trabalho, desarmado, e em uma posição vulnerável, vale mencionar, agachado e atrás de uma mesa de trabalho, o que teria feito com que a vítima não conseguisse esboçar qualquer reação.



Ocorre que, ao contrário do apontado nos recursos (de Cezar e Maria), persiste, sim, respaldo jurídico-probatório suficiente para o momento, à admissão das qualificadoras, considerando as informações colhidas nos autos até então. A narrativa sugere que (i) o crime teria sido levado a efeito, mediante retribuição financeira, a fim de facilitar a entabulação de acordo, visto que a vítima, na qualidade de advogado da parte contrária, supostamente atuava de maneira ferrenha, porém diligente, no interesse de seu cliente, o que estaria, a rigor, constituindo obstáculo à entabulação da tratativa (possível motivo torpe); (ii) a suposta prática criminal, à toda evidência, teria sido subsidiada por mero descontentamento decorrente do resultado de disputas patrimoniais (pretenso motivo fútil) e, ainda, (iii) a vítima teria sido surpreendida desprevenida, rendida em local e horário de trabalho, desarmado e, em posição vulnerável (atrás de uma mesa de trabalho) (o que revela, ao menos em tese, o possível emprego de recurso que dificultou defesa).

Em função disso, há de ser mantida a pronúncia, com as qualificadoras, já que seria temerário, e afrontaria a soberania do Conselho de Sentença, diante dos elementos reunidos nos autos, o afastamento sumário dessas circunstâncias (nesse sentido, por este Tribunal: RESE n. 0037399-38.2002.8.24.0038, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 12.4.2018; RESE n. 0005162-23.2017.8.24.0038, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 10.4.2018; RESE n. 0000635-32.2016.8.24.0242, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 5.4.2018). Mesmo, porque, apenas no caso da inexistência de indícios mínimos de ocorrência das hipóteses caracterizadoras das qualificadoras do homicídio, torna-se possível a exclusão delas pelo juízo da pronúncia, sem a usurpação da competência constitucional do Júri. Aliás, “somente podem ser excluídas da sentença de pronúncia as circunstâncias qualificadoras quando manifestamente improcedentes ou incabíveis” (STJ, AgRg no AREsp n. 630056, rel. Min. Gurgue de Faria, j. 02.06.2015, j. 02.06.2015), o que não é o caso.

De mais a mais, a respeito das circunstâncias subjetivas (motivo torpe e fútil) é importante ressaltar que a pronúncia as circunscreve em relação tanto a Maria quanto a Cezar, vez que, a priori, teriam aderido a um plano conjunto de morte. Vale dizer, teria havido uma concorrência de vontades entre eles direcionada a um só evento, de que ambos, aderentes, estariam plenamente cientes dos “porquês” do fato.

De sua vez, a qualificadora do emprego de recurso que dificulta a defesa da vítima também deve ser mantida, por ora, embora as insurgências. Acerca disso, “a doutrina explica, quanto às qualificadoras de ordem objetiva, entre as quais se insere a da surpresa, que a lei não é clara quanto à sua comunicabilidade, devendo ser analisada as circunstâncias do caso concreto para identificar se o coautor tinha, ao menos, previsibilidade do recurso usado pelo executor, sob pena de configurar responsabilidade objetiva” (nesse sentido: TJSC, ACr 0011614-90.2013.8.24.0005, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 25.10.2016).

E, mais, sobre a discussão, conclui-se que, “as qualificadoras não se comunicam aos co-autores e partícipes, salvo se estes tinham ciência da sua existência e aquiesceram com a sua configuração. Portanto, a motivação fútil do executor principal pode ser assimilada pelo partícipe, que lhe deu amparo. O meio cruel usado pelo executor pode ser objeto de aceitação pelo mandante. Depende, pois, do caso concreto. Deve-se evitar, no contexto geral, a responsabilidade penal objetiva, que



consistiria em transmitir a qualificadora a todos os concorrentes do crime, ainda que eles nem mesmo tivessem ciência da sua ocorrência. Afinal, há diferença entre concordar com a prática de crime de homicídio simples e aquiescer em que se dê a tortura para chegar ao resultado morte. Por isso, o disposto no art. 30 do Código Penal deve ser interpretado com restrição. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, nem tampouco as de caráter objetivo, se não estiverem envoltas pelo dolo dos agentes” (NUCCI, Guilherme. Tribunal do júri. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. fl. 248).

Ocorre que, não há como excluir, por ora, a qualificadora do uso de recurso que dificultou a defesa da vítima em relação a Maria e Cezar, uma vez que da observação dos indícios, não se constata a sua manifesta improcedência. Aliás, a própria narrativa diz respeito a um pretense plano de morte bem elaborado, o que, por si só, permite escapar uma aderência de todos a um modo de execução dotado de surpresa. Não fosse o suficiente, tem-se a pretensa visita ao local de rotina da vítima para o estudo do seu comportamento seguido de telefonemas entre o possível coordenador do crime e o aludido núcleo intelectual, o que, ao menos em hipótese, permite ressoar uma conjugação até mesmo subjetiva na forma de execução ilícita.

A defesa, é claro, rebate tal cenário. Naturalmente. Porém a acusação vai em sentido oposto, firmando sua premissa a respeito, e é preciso reconhecer isso, sorte que, na existência de duas vertentes contraditórias e, sobretudo, concluindo-se não manifestamente improcedente as qualificadoras em questão, não há razão, agora, para decotá-la da apreciação dos jurados, competentes para o aprofundamento.

Logo, não se revela apropriado excluir da apreciação do Conselho de Sentença a presença das qualificadoras previstas na denúncia, presentes indícios suficientes de que o crime teria sido assim cometido.

#### **2.4. Cautelares substitutivas à prisão preventiva**

A recorrente Maria reprovava em seu recurso as cautelares substitutivas fixadas. Quanto ao mais, realça a excessividade da fiança arbitrada pelo magistrado, considerando suas condições financeiras aquém do estipêndio.

De início, convém traçar um breve histórico da situação das cautelares:

*I) Juntou-se comunicação oriunda do Colendo Superior Tribunal de Justiça, dando conta de que, nos autos do HC n. 542739/SC, a Quinta Turma decidiu, por unanimidade, nos seguintes termos: “NÃO CONHEÇO DO WRIT, MAS CONCEDO A ORDEM DE OFÍCIO PARA REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA DA PACIENTE, SEM PREJUÍZO DA APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS, A SEREM DEFINIDAS PELO MAGISTRADO SINGULAR, CASO AS CONSIDERE NECESSÁRIAS” (ev. 391 - origem);*

*II) Frente a isso, o magistrado prolatou decisão aplicando em desfavor de Maria as seguintes medidas cautelares diversas da prisão: I. comparecimento mensal em juízo, para informar e justificar atividades; II. proibição de*

*frequentar bares, boates, casas noturnas, e congêneres; III. proibição de ausentar-se da Comarca por mais de 15 dias sem autorização do juízo; IV. recolhimento domiciliar no período noturno das 20h às 6h do dia seguinte; e nos dias de folga (sábados, domingos e feriados) recolhimento domiciliar integral (poderá ausentar-se para participar das sessões na câmara de vereadores, comprovando tal participação nos autos; V. fiança no valor de R\$ 249.500,00; recolhida a primeira parcela no valor R\$ 50.000,00, expeça-se alvará de soltura; e o restante poderá ser pago em 10 parcelas mensais. VI. monitoração eletrônica (ev. 392 - origem);*

*III) No decorrer, após a interposição do recurso, Maria, por meio de seu patrono, peticionou nos autos almejando o seguinte: “REQUER a REVOGAÇÃO TOTAL DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, com exceção da fiança que já está sendo cumprida na integralidade, mantendo-se a acusada em liberdade até o julgamento pelo Tribunal do Júri, ou, ALTERNATIVAMENTE, que seja alterada a ordem para revogar tão somente a limitação de: II – proibição de frequentar bares, boates, casas noturnas, e congêneres; III – proibição de ausentar-se da Comarca por mais de 15 (quinze) dias sem autorização do Juízo; IV – recolhimento domiciliar no período noturno das 20h às 6h do dia seguinte; e nos dias de folga (sábados, domingos e feriados) recolhimento domiciliar integral (poderá ausentar-se para participar das sessões na câmara de vereadores, comprovando tal participação nos autos; VI – monitoração eletrônica, [...]» (ev. 497 - origem).*

*IV) Sopesado isso, o magistrado proferiu decisão contendo o seguinte dispositivo decisório: “Ante o exposto, acolho o pedido defensivo e revejo a decisão anteriormente proferida para: a) manter a fiança; b) revogar as medidas cautelares de: I - proibição de frequentar bares, boates, casas noturnas, e congêneres; II - proibição de ausentar-se da Comarca por mais de 15 (quinze) dias sem autorização do Juízo; III - recolhimento domiciliar no período noturno das 20h às 6h do dia seguinte; e nos dias de folga (sábados, domingos e feriados) recolhimento domiciliar integral (poderá ausentar-se para participar das sessões na câmara de vereadores, comprovando tal participação nos autos; IV - monitoração eletrônica. Intime-se a parte para, no prazo de 5 dias, comparecer em uma Unidade Prisional para retirada do dispositivo eletrônico” (ev. 502 - origem).*

Sumariado isso, verifica-se, de plano, a perda do objeto com relação às cautelares fixadas pelo magistrado, à exceção daquela de cunho pecuniário (fiança), já que, com relação àquelas, houve o refluxo do magistrado no decorrer do processo. Logo, por ausência de interesse processual, não se conhece do recurso no ponto, o qual remanesce, unicamente, com relação à suposta excessividade da fiança.

Dessarte, no que concerne à fiança, a determinação foi a seguinte: “Assim, considerando o disposto no art. 325, inciso II, e §1º, inciso III, do Código de Processo Penal, fixa-se o valor da fiança em 250 salários mínimos, equivalentes a R\$ 249.500,00. Visando facilitar o pagamento, faculto o pagamento parcelado, mediante depósito imediato no valor de R\$ 50.000,00 e o restante em 10 parcelas mensais”. Tal decisão, a toda evidência, remonta a 18 de dezembro de 2019, registre-se.

Importante observar, ademais, que a fiança já foi integralmente quitada. Isso é fato confesso e foi objeto de intimação para esclarecimento neste recurso, ocasião em que a recorrente compareceu aos autos para confirmar que “a recorrente, em atendimento ao Despacho de Evento 33, informa que realizou a QUITAÇÃO INTEGRAL do valor arbitrado a título de fiança correspondente ao montante de R\$ 249.500,00 (duzentos e quarenta e nove mil e quinhentos reais)”. Diz, porém, que o “pagamento foi realizado exclusivamente por seu filho, o Sr. Cemar Fonini, já que a petionária não possuía condições financeiras de fazer frente as elevadas parcelas, pois além da referida quantia, sofreu ainda bloqueio judicial dos parcos proventos existentes em sua conta bancária”,

concluindo que “a quitação da fiança é, portanto, incontroversa, reiterando que a recorrente não possuía condições financeiras de fazer frente a tal pagamento considerando a magnitude da medida imposta, de modo que somente houve o cumprimento porque o pagamento foi realizado pelo seu filho”.

Dito isso, vê-se que o aforamento foi realizado. E a opção foi pela quitação por terceiro. Porém, certo é que o juízo demonstrou, de forma lúdica, a suficiência da ré para fazer frente ao estipêndio, o que torna irreprochável a decisão. Se foi utilizado um terceiro para tanto, é questão que reforce ao Judiciário, de forma especial se restou ilustrada pelo magistrado a expectativa financeira da ora recorrente.

Acerca da matéria em tela, como cediço, nos termos do art. 326 do Código de Processo Penal, a autoridade observará no arbitramento do valor da fiança, dentre outros critérios, “as condições pessoais de fortuna” do acusado, de modo que o valor dela deve guardar correspondência com a capacidade econômica do preso, que será atestada pela autoridade competente, de modo que não seja arbitrada em valores irrisórios, tornando inócua sua função, tampouco em quantias excessivamente elevadas, que se traduzam, na prática, em manutenção da prisão.

No caso, não furtou o magistrado de sopesar a importância da infração, cujo montante projetável hipoteticamente chegaria a 39 anos de reclusão, como dito e, conseqüentemente, aliado ao risco social e às circunstâncias de alta gravosidade do fato (em tese, premeditação, planejamento, execução concursal, requintes, a indicar um dos crimes de maior quilate na região), impõe tal garantia/seguro processual, como compromisso não só a fazer frente às eventuais custas, mas para conectá-la intimamente ao processo sem receio de objeções (hoje único expediente).

Como especificamente salientado pelo juízo, a recorrente inspira-se afortunada. É pessoa que goza de grande influência política, social e financeira; eleita vereadora mais votada a seu tempo; recebe proventos do INSS; família é proprietária de terras, lotes, fazendas e faculdade; seu veículo, por exemplo, era uma BMW; e dezenas de acadêmicos tinham suas mensalidades pagas pela denunciada.

Logo, não há como se retratar, aqui, quadro de hipossuficiência. Lado outro, a recorrente não se desincumbiu de demonstrar a insuficiência e contrastar, com primazia, as razões apresentadas pelo juízo originário, diga-se de passagem, pelo que os dados indicam que Maria possui condições de arcar com o quantum.

Outrossim, bem registrado pelo magistrado que a complexidade da causa e a quantidade de testemunhas arroladas (total de 20) sinalizam um valor de custas superior à de simples ações penais, o que deve ser levado em consideração.

Não o bastante, igualmente relevante haver pedido na denúncia “a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos materiais e morais pelo (a) ofendido (a), na forma do art. 387, inciso IV, do Código Penal, em patamar não inferior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)”, a impactar no valor da garantia.

Ademais, o juízo ainda possibilitou quitação diferenciada, a auxiliar ainda mais no pagamento tempestivo: em parcelas (a primeira de R\$ 50.000,00, no ato, e o remanescente em 10 prestações mensais). Ou seja, a quantia ainda que pudesse ensejar vislumbre inicial, assim não se traduziu, pelo que se possibilitou suavizar a quitação ao longo do tempo, o que se mostra dotado de razoabilidade.

Por fim, temos que a opção pela quitação ter sido feita por terceiro, por si só, não demonstra a incapacidade da recorrente de efetuar o recolhimento. São situações que não se conflituam. A opção por quitação por terceiro não revela, de per si, a condição do réu, a qual demanda prova plena - o que não se desincumbiu.

Desta feita, vencida a alegação, ou seja, revelada a impropriedade da argumentação referente à falta de condições financeiras a par da motivação escorreita apresentada pelo magistrado originário, não se acolhe o recurso no ponto, na parcela que, dizendo respeito às cautelares, foi efetivamente conhecida.

## **2.5. Prequestionamento**

Em relação ao prequestionamento, convém registrar que ele fica satisfeito com a apreciação da matéria ventilada no recurso interposto, não havendo necessidade, portanto, de que haja expressa manifestação sobre dispositivos tidos por violados (TJSC, ACr n. 2012.069614-5, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 6.12.2012). Nesse mesmo sentido: STJ, ED em REsp n. 794.100/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 5.12.2006; ED no AgRg no REsp n. 1.108.360/RS, rel. Min. Félix Fischer, j. em 6.10.2009; TJSC, ACr n. 0008471- 97.2013.8.24.0036, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. em 22.2.2018; ACr n. 0001622-33.2010.8.24.0063, rel. Des. José Everaldo Silva, j. em 7.12.2017.

Ante o exposto, voto por conhecer em parte e desprover os recursos interpostos por Cezar e Maria no que concerne à decisão de pronúncia; conhecer integralmente e desprover o recurso de Adelino no que concerne à decisão de pronúncia; conhecer em parte e desprover o recurso de Maria no que concerne à decisão que fixou medidas cautelares e que estipulou o valor do afiançamento.

**Desembargador LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI**

**Relator**

## QUINTA CÂMARA CRIMINAL

**HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 5046605-75.2020.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA

PACIENTE/IMPETRANTE: JOYCE MONTEIRO ROCHA (PACIENTE DO H.C)

REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE/IMPETRANTE: CLAUDIO GASTAO DA ROSA FILHO (IMPETRANTE DO H.C)

REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE/IMPETRANTE: NICOLI MORE BERTOTTI (IMPETRANTE DO H.C)

REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE/IMPETRANTE: MARINA CASAGRANDE CARIONI (IMPETRANTE DO H.C)

REPRESENTANTE LEGAL DO PACIENTE/IMPETRANTE: VIVIAN CONSALTER MARRONI (IMPETRANTE DO H.C)

IMPETRADO: JUÍZO DA 2ª VARA DA COMARCA DE BARRA VELHA

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TORTURA E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUADRUPLAMENTE QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL, MEDIANTE EMBOSCADA, DISSIMULAÇÃO, E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA (ART. 1º, INC. I, ALÍNEA 'B', DA LEI Nº 9.455/97 E ART. 121, § 2º, INCS. II E IV, C/C ART. 14, INC. II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PRISÃO PREVENTIVA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. ILEGALIDADE PELA NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. INOCORRÊNCIA. ATUAL PERÍODO PANÊMICO QUE JUSTIFICA A DISPENSA DO ATO. EXEGESE DO ART. 8º DA RECOMENDAÇÃO 62/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E RESOLUÇÃO CONJUNTA GP/CGJ N. 17/2020. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE. DECISÃO DE PRONÚNCIA. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. LEGALIDADE DO CÁRCERE CAUTELAR ANALISADA EM IMPETRAÇÃO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO FÁTICA QUE JUSTIFIQUE A CONCESSÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. ADEMAIS, NECESSIDADE DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUGA DO LOCAL DOS FATOS. PACIENTE QUE FICOU FORAGIDA POR APROXIMADAMENTE UM ANO APÓS O DECRETO CAUTELAR. DESCASO COM O PODER JUDICIÁRIO. PRECEDENTES. APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA. IRRELEVÂNCIA. SEGREGAÇÃO MANTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO, AO MENOS POR ORA. PRISÃO DOMICILIAR. INVIABILIDADE. CRIME ENVOLVENDO VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA CONTRA A PESSOA. EXEGESE DO ART. 318-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EVENTUAIS PREDICADOS FAVORÁVEIS QUE, POR SI SÓ, NÃO OBSTAM O CÁRCERE CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 04 de fevereiro de 2021.

**Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA**

**Relator**

## **RELATÓRIO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados Claudio Gastao da Rosa Filho, Nicoli More Bertotti, Marina Casagrande Carioni e Vivian Consalter Marroni, em favor de **Joyce Monteiro Rocha**, presa preventivamente desde o dia 08.12.2020 pela suposta prática dos crimes descritos no art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal e art. 1º, inciso I, alínea 'b', da Lei nº 9.455/97, apontando como autoridade coatora o Juízo da 2ª Vara da Comarca de Barra Velha, que nos autos n. 5000575-61.2020.8.24.0006, deixou de realizar a audiência de custódia no prazo de 24 horas, contados do momento da prisão preventiva da paciente.

Sustentam os impetrantes, em resumo, que a *“paciente que foi denunciada e pronunciada, juntamente com o corréu Raul Vander Goular, como incurso nas sanções do artigo 1º, inciso I, alínea ‘b’, da Lei nº 9.455/97 e do artigo 121, 2º, incisos II e IV c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal, se apresentou espontaneamente perante a Delegacia de Polícia de Barra Velha, no dia 08/12/2020, ocasião em que foi cumprido o mandado de prisão preventiva”*.

Ressaltam que a *“prisão preventiva foi decretada no limiar do feito, sob o fundamento da garantia da ordem público, notadamente pela gravidade concreta do delito. Na decisão de pronúncia [19/08/2020], a segregação cautelar foi mantida, sob os mesmos fundamentos, tendo sido adicionado, ainda, a necessidade para assegurar a aplicação da lei penal, tendo em vista que à época a paciente estava foragida”*.

Ponderam que a realização da *“audiência de custódia se faz imprescindível, em razão da superlotação no sistema prisional brasileiro que decorre de um manejo excessivo da medida cautelar mais gravosa prevista no ordenamento pátrio: a prisão processual”, bem como “para aferição e combate da tortura suportada pelas pessoas privadas de liberdade no momento de seu aprisionamento, haja vista que não são somente os presos em flagrante que sofrem tratamento cruéis e desumanos por servidores públicos”*.

Alegam afronta aos arts. 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, 7.5 da Convenção Interamericana, a Resolução n. 213 do CNJ e art. 310, §3º e §4º do CPP, inseridos pelo Pacote Anticrime, assim como ressalvam que a *“audiência de custódia não se limita somente a uma espécie do gênero prisão processual, mas sim a todas elas (flagrante, temporária e preventiva)”*.



Prosseguem dizendo que, “No julgamento da Rcl. 29303 AGR/RJ, de relatoria do Min. EDSON FACHIN, julgado recentemente no dia 14/12/2020, reforçando o tema que já estava sendo discutido, consignou quanta a obrigatoriedade de se realizar audiência de custódia, no prazo de 24 horas, e devem ser feitas em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas”.

Ressalvam “que independentemente de o tema ainda não ter sido apreciado pelo e. Plenário do Supremo Tribunal Federal, a decisão do Min. Edson Fachin tem efeito erga omnes, e retroage para beneficiar, de modo que a realização da audiência de custódia é obrigatória em todo o país e em qualquer modalidade de prisão, desobrigando ao preso comprovar que seus direitos não foram observados, especialmente sua integridade física no momento do cumprimento do mandado de prisão”.

Por fim, argumentam que o “constrangimento ilegal que está sendo submetido a paciente, que se apresentou espontaneamente perante a autoridade policial, se amplifica no tempo, pois o recesso forense iniciará no próximo dia 21/12 e seu filho menor, da qual tem a guarda [8 anos de idade<sup>12</sup>], ficará desassistido, sendo ela única responsável legal”.

Nesses termos, justifica estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, motivo pelo qual requerem a concessão da ordem em liminar, “a fim de revogar a prisão preventiva sem a realização da audiência de custódia, ou que seja substituída por uma das medidas alternativas à prisão, como por exemplo, monitoramento eletrônico e prisão domiciliar e, no mérito, requer-se a concessão da ordem visando a realização da audiência de custódia” (evento 1).

Indeferida a liminar (evento 6) e prestadas as informações pela autoridade coatora (evento 8), os autos ascenderam a Douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, manifestou-se pela denegação da ordem (evento 11).

## VOTO

Extrai-se dos autos que a paciente **Joyce Monteiro Rocha** responde ao processo criminal n. 5000575-61.2020.8.24.0006 perante a 2ª Vara da Comarca de Barra Velha, por suposta prática os crimes descritos no art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal e art. 1º, inciso I, alínea ‘b’, da Lei nº 9.455/97.

De início, salienta-se que a custódia preventiva da paciente foi decretada em 21.11.2019 (evento 7 - autos n. 5001849-94.2019.8.24.0006), todavia, o mandado de prisão restou cumprido tão somente em 08/12/2020 (evento 212 - autos n. 5000575-61.2020.8.24.0006).

Pois bem, registra-se que a ausência da audiência de custódia justifica-se pelo atual estado de restrição sanitária imposto pela pandemia do Coronavírus, nos termos do artigo 8º da Recomendação 62 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), vejamos:

*Art. 8º Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.*

Nesse sentido, inclusive, é a orientação realizada por este Tribunal de Justiça, a partir da Resolução Conjunta GP/CGJ n. 17 de 26 de Junho de 2020:

*Art. 11. Permanecem suspensos no Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina até nova regulamentação: [...]*

*VI – a realização das audiências de custódia*

Em consonância, a reiterada jurisprudência desta Corte compreende que “a pandemia de Covid-19 é fundamento bastante para dispensar a realização de audiência de custódia” (Habeas Corpus Criminal n. 5016417-02.2020.8.24.0000, de TJSC, rel. Des. Sérgio Rizelo, 2ª Câmara Criminal, j. 30-06-2020).

No sentido:

*HABEAS CORPUS. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 333 DO CÓDIGO PENAL E 16, §1º, INCISO IV, DA LEIN. 10.826/03. [...] ALEGADA ILEGALIDADE DAPRISÃO PREVENTIVA EM RAZÃO DA NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ATO SUSPENSO TEMPORARIAMENTE POR ATOS NORMATIVOS EMANADOS PELO PODER JUDICIÁRIO COMO FORME DE CONTENÇÃO DA CONTAMINAÇÃO CAUSADA PELO COVID-19. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADEMAIS, EVENTUAL NULIDADE SUPERADA COM A CONVERSÃO DO FLAGRANTE EM PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5046795-38.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 19-01-2021 - grifado).*

É bem verdade que o eminente Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, recentemente proferiu decisão monocrática no sentido de obrigatoriedade da audiência de custódia, inclusive nos casos de cumprimento de mandado de prisão preventiva (Rcl. 29303 AgR), no entanto, máxima vênia ao posicionamento do Excelentíssimo Ministro, mas esta Corte, em sua maioria, filia-se ao posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO RÉU. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA, NO CASO. TESE DE AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. VIA ELEITA INADEQUADA.*

*AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA POR MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO DE RISCOS EPIDEMIOLÓGICOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. [...] 5. A prisão preventiva foi decretada em atendimento à promoção do Ministério Público, não ocorrendo audiência de custódia com motivação idônea, qual seja, a necessidade de reduzir os riscos epidemiológicos decorrentes da pandemia de Covid-19, nos termos do art. 8.º da Recomendação n. 62 do Conselho Nacional de Justiça, desse modo não se constata a existência de ilegalidade patente a ser sanada. E, eventual nulidade da prisão em flagrante ficou superada com a decretação da prisão preventiva. 6. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 610.591/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO. ILÍCITO DE ENTORPECENTES. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. SÚMULA N. 691 DO STF. INCIDÊNCIA. REQUISITOS DA PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PANDEMIA DE COVID-19. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 3. Não há ilegalidade na dispensa de realização de audiência de custódia com base no art. 8º da Recomendação CNJ n. 62/2020? regulamentada por ato normativo do tribunal de origem?, como medida de prevenção contra a pandemia de covid-19. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 625.235/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020)*

A corroborar, colaciono recentes julgados desta Corte:

*HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA DOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS, POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES, ACESSÓRIOS E ARTEFATOS EXPLOSIVOS E RESISTÊNCIA (ARTS. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006, 12, CAPUT, E 16, CAPUT, E § 1º, INCISO III, AMBOS DA LEI 10.826/03 E ARTIGO 329, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). [...] ADEMAIS, SUSPENSÃO EXCEPCIONAL DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA, EM RAZÃO DO ATUAL MOMENTO DA PANDEMIA. [...] CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. [...] Além disso, convém ressaltar que a não realização de audiência de custódia - diante do atual momento da pandemia -, possui o propósito de garantir a integridade do direito à saúde e à segurança de todos os agentes envolvidos na instrução processual, inclusive do próprio paciente. [...] (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5043288-69.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 21-01-2021 - grifado).*

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003). [...] **NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. DISPENSA ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA DIANTE DO QUADRO DE PANDEMIA, NOS TERMOS DA RECOMENDAÇÃO N. 62 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, EM SEUS ARTS. 8º E 8º-A, REGULAMENTADA NO ÂMBITO DESTA CORTE PELAS RESOLUÇÃO CONJUNTA GP/CGJ N. 17 DE 26 DE JUNHO DE 2020 E ORIENTAÇÃO CONJUNTA CGJ/GMF N. 27 DE 06 DE JULHO DE 2020.** [...] ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA. (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5036316-83.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. 03-12-2020 - grifado).*

Frisa-se que não se trata de prisão em flagrante convertida em cárcere preventivo, mas sim de decreto cautelar oriundo de representação da autoridade policial, com manifestação favorável do Ministério Público (autos n. 5001849-94.2019.8.24.0006).

Ademais, no meu entender, a não realização da audiência de custódia não acarreta qualquer prejuízo a paciente, porquanto objetiva-se com este ato verificar se houve excessos na prisão do agente, bem como a necessidade da manutenção ou não de sua prisão.

No presente caso, conforme relatado pela própria defesa, a paciente se apresentou espontaneamente perante a autoridade policial, não havendo, assim, qualquer ato de condução dos agentes públicos a fim de prender a fugitiva - já que a paciente estava foragida.

Não fosse isso, a legalidade do cárcere cautelar foi reavaliada inúmeras vezes pelo Juízo a quo, mais recentemente, na decisão de pronúncia, em 19/08/2020 (evento 185), e na decisão interlocutória do evento 221, em 11/01/2021, em estrita observância ao disposto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Nesse raciocínio, não há qualquer nulidade a ser reconhecida por este Colegiado pela não realização da audiência de custódia.

Superada a matéria controversa, tem-se que a paciente foi pronunciada no dia 19.08.2020, oportunidade em que foi reavaliada sua custódia preventiva, nos termos do art. 316, parágrafo único, do CPP, extrai-se (evento 185):

(...)

ANTE O EXPOSTO, com fulcro no art. 413 do Código de Processo Penal:

a) **PRONUNCIO** o acusado RAUL VANDER GOULART, qualificado, submetendo-o a julgamento perante o Tribunal do Júri desta Comarca, a quem caberá decidir acerca da acusação da infração, em tese, prevista no art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal e, por conexão, na sanção prevista no art. 1º, inciso I, alínea 'b', da Lei nº 9.455/97.

b) **PRONUNCIO** a acusada JOYCE MONTEIRO ROCHA, qualificada, submetendo-a a julgamento perante o Tribunal do Júri desta Comarca, a quem caberá decidir acerca da acusação da infração, em tese, prevista no art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal e, por conexão, na sanção prevista no art. 1º, inciso I, alínea 'b', da Lei nº 9.455/97.

*Uma vez que o acusado Raul respondeu preso ao processo e que está pendente ainda o mandado de prisão preventiva de Joyce, nesta condição deverão aguardar o julgamento pelo Tribunal do Júri, notadamente porque permanecem incólumes os motivos que ensejaram a decretação da sua prisão preventiva, tal como fundamentado no evento 7 dos autos n. 50018499420198240006.*

#### **DA REVALIAÇÃO DA PRISÃO - ART. 316, P. Ú., DO CPP**

*A Lei n.º 13.964/2019 inseriu no processo penal brasileiro a obrigação de o juiz reavaliar a prisão preventiva decretada a cada 90 dias (art. 316, p. ú., do CPP).*

*Nesse passo, relembro que a prisão deles foi decretada para a garantia da ordem pública, sobretudo pela gravidade concreta do crime de tentativa de homicídio e tortura ora em análise, aparentemente praticado por motivo fútil, pelo fato da vítima ter exigido seu pagamento pelos serviços de pedreiro prestados à Raul, bem como com resquintes de crueldade e tortura, por pelos menos quatro pessoas, os quais teriam desferido diversos golpes de faca na vítima, socos, queimado seus dedos com isqueiro, quebrado alguns dos seus dedos, queimado*

*sua pele com seus próprios documentos, dificultando, ao que parece, qualquer defesa, conforme consta no termo de declaração escrito e audiovisual da vítima e ratificado no prontuário médico dela e laudo pericial indireto.*

*Além disso, foi consignado naquela decisão que os acusados iriam enterrar a vítima na beira do lago, e que teriam queimado seus documentos pessoais para não ser identificada, já que nem familiares possuía neste Estado.*

*No mais, registrou-se que Raul estaria usando nome falso de Jodilson da Cunha Mendes Junior, bem como, de acordo com a representação policial, possui extensa ficha criminal em 4 Estados da Federação (anexo 2 do evento 1 do IP), e também responderia por outra tentativa de homicídio, motivo pelo qual a prisão dele também foi decretada para impedir a reiteração criminoso.*

*Por fim, tem-se que Joyce encontra-se foragida desde os fatos, mormente após a expedição de mandado de prisão, o que denota a necessidade de manutenção do decreto da sua prisão cautelar nos termos como decretada, mostrando seu status de foragida que a medida permanece necessária também para assegurar a aplicação da lei penal.*

*Tal(is) circunstância(s) não se modificou(aram) desde então, motivo pelo qual mantenho o decreto de prisão.*

*P. R. I, observado o disposto nos incisos I e II do art. 420 do CPP. Preclusa a decisão, cumpra-se o disposto no art. 422 da mesma Lei.*

Posteriormente, mais recentemente, o Juízo a quo reanalisou a legalidade da prisão preventiva da paciente, mantendo-a sob a seguinte justificativa (evento 221 - autos n. 5000575-61.2020.8.24.0006):

[...]

II - Revisão da prisão preventiva - art. 316, Parágrafo Único, CPP

*A Lei n.º 13.964/2019 inseriu no processo penal brasileiro a obrigação de o juiz reavaliar a prisão preventiva decretada a cada 90 dias (art. 316, p. ú., do CPP).*

*Em cumprimento à referida norma, registro que, no caso, a prisão dos réus foram decretadas para garantia da ordem pública e diante da gravidade concreta do crime de tentativa de homicídio e tortura.*

*Para fins de revisão do decreto da segregação cautelar dos acusados RAUL VANDER GOULART e JOYCE MONTEIRO ROCHA, consigna-se que inexistem argumentos ou fatos novos aportados aos autos em relação ao já sopesado na decisão que revisou o decreto das prisões, de forma que impõe-se a manutenção da prisão por estarem inalterados os motivos que a justificaram, reafirmando-se integralmente a decisão constante no Evento 185, sobretudo pelos seguintes fundamentos:*

*“[...] Nesse passo, relembro que a prisão deles foi decretada para a garantia da ordem pública, sobretudo pela gravidade concreta do crime de tentativa de homicídio e tortura ora em análise, aparentemente praticado por motivo fútil, pelo fato da vítima ter exigido seu pagamento pelos serviços de pedreiro prestados à Raul, bem como com resquintes de crueldade e tortura, por pelos menos quatro pessoas, os quais teriam desferido diversos golpes de faca na vítima, socos, queimado seus dedos com isqueiro, quebrado alguns dos seus dedos, queimado sua pele com seus próprios documentos, dificultando, ao que parece, qualquer defesa, conforme consta no termo de declaração escrito e audiovisual da vítima e ratificado no prontuário médico dela e laudo pericial indireto.*

*Além disso, foi consignado naquela decisão que os acusados iriam enterrar a vítima na beira do lago, e que teriam queimado seus documentos pessoais para não ser identificada, já que nem familiares possuía neste Estado.*



*No mais, registrou-se que Raul estaria usando nome falso de Jodilson da Cunha Mendes Junior, bem como, de acordo com a representação policial, possui extensa ficha criminal em 4 Estados da Federação (anexo 2 do evento 1 do IP), e também responderia por outra tentativa de homicídio, motivo pelo qual a prisão dele também foi decretada para impedir a reiteração criminosa.*

*Por fim, tem-se que Joyce encontra-se foragida desde os fatos, mormente após a expedição de mandado de prisão, o que denota a necessidade de manutenção do decreto da sua prisão cautelar nos termos como decretada, mostrando seu status de foragida que a medida permanece necessária também para assegurar a aplicação da lei penal.*

*Tal(is) circunstância(s) não se modificou(aram) desde então, motivo pelo qual mantenho o decreto de prisão. [...]”*

*Para mais, sobretudo diante da já mencionada gravidade e brutalidade na forma em que os delitos foram cometidos, bem como considerando que a acusada Joyce encontrava-se foragida até o presente momento, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão revelam-se inadequadas ao caso concreto, evidentemente a fim de se preservar a garantia da ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal.*

*Por tais motivos, para fins do disposto no art. 316, parágrafo único, do CPP, mantenho a prisão cautelar dos acusados e registro que a revogação da prisão preventiva SOMENTE terá cabimento quando cessadas as hipóteses que autorizaram sua decretação.*

Nos termos do art. 316 do Código de Processo Penal: “O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem”.

Ressalta-se que a situação da paciente já foi apreciada por esta Corte (Habeas Corpus n. 5002883-88.2020.8.24.0000).

Em apertada síntese, há indícios concatenados do protagonismo da paciente no sentido de, supostamente, em conluio com demais agentes, levarem o ofendido até local ermo, próximo de um lago, oportunidade que, com extrema violência e crueldade, lhe torturaram durante horas, causando-lhe intenso sofrimento físico e emocional, impossibilitando qualquer meio de defesa.

As circunstâncias do crime foram destacadas e reafirmadas por este Tribunal como indicativo de sua periculosidade, a indicar a necessidade de manutenção do cárcere, nos exatos termos dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

E sabe-se que o *modus operandi* é argumento válido para aferir a periculosidade do acusado, conforme pacífica orientação jurisprudencial.

Nesse sentido:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO ATEANDO-SE FOGO NA VÍTIMA. MOTIVAÇÃO FÚTIL. PERICULOSIDADE. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. MÃE DE 2 CRIANÇAS MENORES DE 12 ANOS. CRIME PRATICADO MEDIANTE*



*VIOLENCIA. AUSÊNCIA DE GUARDA DOS FILHOS. NÃO CABIMENTO. COVID-19. RECORRENTE QUE NÃO INTEGRA GRUPO DE RISCO. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. No caso, as circunstâncias constantes dos autos são suficientes para justificar a prisão preventiva da recorrente, tendo em vista sua periculosidade, demonstrada pelo modus operandi adotado. Consta que ela, por não aceitar as “brincadeiras” feitas pela vítima no dia anterior, que envolviam seu relacionamento, tentou matá-la, lançando-lhe líquido inflamável e ateando-lhe fogo, evadindo-se em seguida com o auxílio do corrêu. A futilidade do suposto motivo, aliado à crueldade do meio utilizado, demonstram personalidade perigosa, justificando a prisão como forma de manutenção da ordem pública. [...] 8. Recurso desprovido. (RHC 133.853/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020)*

De mais a mais, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “*Não viola o dever de motivação das decisões judiciais a remissão, na sentença, aos fundamentos que ensejaram a decretação da custódia provisória. Precedentes*”. (HC 435.425/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018)

A respeito, Julio Fabbrini Mirabete leciona:

Não pode ser concedida a liberdade provisória para apelar se o réu já se encontrava preso preventivamente ou em razão de flagrante ou de pronúncia. Tais espécies de prisão, em princípio, permanecem até o trânsito em julgado da sentença condenatória. [...] Além disso, seria um paradoxo possibilitar sua soltura após a sobrevinda da sentença condenatória (Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1996, p. 687).

Por ora, não se pode admitir que a paciente responda ao processo em liberdade, pois desse modo, o Poder Judiciário estaria colocando em risco a ordem pública, tendo em vista a presença dos requisitos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, demonstra-se incongruente soltá-la sem haver qualquer alteração fática, e seguindo a orientação dos Tribunais Superiores: “*Subsistentes os fundamentos que determinaram a custódia cautelar, não há ilegalidade na decisão de pronúncia que nega ao acusado o direito de recorrer em liberdade*”. (RHC 83.002/BA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017).

Em caso assemelhado, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

*RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PRONÚNCIA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO. GRAVIDADE EM CONCRETO DO DELITO. PERICULOSIDADE DO RÉU, EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CPP. PARECER ACOLHIDO. 1. A demonstração do periculum libertatis, isto é, do perigo concreto que a liberdade do acusado representaria para a sociedade justifica a necessidade da prisão. 2. A custódia cautelar não é incompatível com o princípio da presunção de não culpabilidade. 3. O cárcere preventivo encontra-se*

*devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, tendo em vista, essencialmente, a periculosidade do agente, evidenciada pelo modus operandi do crime (praticado com extrema violência, de forma que a vítima não pudesse se defender). 4. Recurso em habeas corpus improvido. (RHC 105.958/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 12/03/2019 - grifado)*

Acrescenta-se, ainda, que o cárcere cautelar se faz necessário para assegurar a aplicação da lei penal, nos exatos moldes delimitados pelo Juízo singular, mormente porque a paciente permaneceu foragida por aproximadamente 1 (um) ano, evitando qualquer responsabilização criminal.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

Outrossim, a indicação concreta de que o réu se evadiu logo após a suposta prática da tentativa de homicídio qualificado, vindo a ser capturado quase 9 meses após o decreto de prisão preventiva, demonstra o risco de fuga e, nessa medida, reforça a necessidade da custódia cautelar no vetor da aplicação da lei penal. (RHC 102.592/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)

Ademais, a apresentação espontânea da paciente à autoridade policial é irrelevante, não sendo argumento suficiente para afastar a necessidade do cárcere provisório, até porque dita apresentação ocorreu, conforme dito, após aproximadamente um ano do decreto cautelar, ou seja, em um nítido descaso com o Poder Judiciário.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 121, § 2º, incs. I (MOTIVO TORPE), IV (SURPRESA) E VI (CONTRA MULHER POR RAZOES DE GÊNERO), DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. [...] APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA, PRIMARIEDADE, BONS ANTECEDENTES, COM RESIDÊNCIA FIXA E EMPREGO LÍCITO. PREDICADOS PESSOAIS QUE NÃO IMPEDEM A CUSTÓDIA CAUTELAR. Presentes os requisitos que autorizam a prisão preventiva, a apresentação espontânea não justifica a sua revogação. [...] (TJSC, Habeas Corpus (Criminal) n. 4006741-18.2018.8.24.0000, de Tangará, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Quarta Câmara Criminal, j. 12-04-2018 - grifado).*

Outrossim, imperioso consignar que é pacífico o entendimento de que a segregação cautelar não fere o direito fundamental à presunção de inocência previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República, quando presentes fatores idôneos a justificá-la.

Sobre o tema, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

*[...]4. Havendo fundamentos concretos para justificar a custódia cautelar, por consequência lógica, torna-se*

*incabível sua substituição por medidas cautelares alternativas à prisão, por serem insuficientes. Precedentes do STJ.*

*5. Não há ofensa ao princípio da presunção de inocência quando a prisão preventiva é decretada com fundamento em indícios concretos de autoria e materialidade delitivas extraídos do auto de prisão em flagrante.*

*6. Recurso ordinário desprovido. (RHC 104.250/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 18/02/2019 - grifado)*

De mais a mais, o art. 282, I e II, do Código de Processo Penal, dispõe que as medidas cautelares alternativas deverão ser aplicadas observando-se a “*necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais*” e a “*adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado*”.

Sendo assim, para a imposição das medidas previstas no art. 319 Código de Processo Penal, necessária a observância do disposto no art. 321 do mesmo diploma, veja-se:

*Art. 321. Ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 deste Código e observados os critérios constantes do art. 282 deste Código.*

*In casu*, conforme exposto acima, havendo a necessidade da manutenção da prisão preventiva, mostra-se incompatível a fixação de medidas cautelares alternativas à prisão, visto que insuficientes ao caso, ao menos por ora.

Em tempo, consoante pacífico entendimento jurisprudencial, “*demonstrada pelas instâncias ordinárias, com expressa menção à situação concreta, a presença dos pressupostos da prisão preventiva, não se mostra suficiente a aplicação de quaisquer das medidas cautelares alternativas à prisão, elencadas na nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, dada pela Lei n.º 12.403/2011. Precedentes*”. (RHC 102.365/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018)

Nessa toada, inviável a substituição do cárcere cautelar por prisão domiciliar, pois ainda que a paciente alegue ser mãe de criança menor de 12 anos de idade, o crime lhe atribuído envolve violência e grave ameaça contra a pessoa, impossibilitando a concessão da benesse, nos termos do art. 318-A, inc. I, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO [ARTIGO 157, §2º, INCISOS II E V, DO CÓDIGO PENAL] E CORRUPÇÃO DE MENORES [ARTIGO 244-B DO ECA]. SENTENÇA CONDENATÓRIA. [...] PEDIDO ALTERNATIVO DE PRISÃO DOMICILIAR. FILHO MENOR. IMPOSSIBILIDADE.**

**BENEFÍCIO QUE ENCONTRA ÓBICE LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 318-A, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA A PESSOA. NÃO CABIMENTO DA BENESSE. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA.** (TJSC, Habeas Corpus Criminal n. 5045689-41.2020.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 14-01-2021 - grifado).

Ademais, sabe-se que predicados pessoais, ainda que positivos, não obstam a manutenção da custódia preventiva e, portanto, não são úteis para a concessão da liberdade provisória.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de “*que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada*” (RHC 84.830/MG, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 08-08-2017, DJe 18-08-2017).

E esta Corte de Justiça não destoa:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITEADA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE ALIADA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO QUE SUGEREM A PERICULOSIDADE DO AGENTE E DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. PRIMARIEDADE, RESIDÊNCIA FIXA E TRABALHO LÍCITO QUE NÃO OBSTAM A MEDIDA. PEDIDO DE ORDEM DENEGADO. [...] A manutenção da prisão cautelar, por decisão fundamentada, não constitui afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, ainda que o acusado seja primário, de bons antecedentes, seja arrimo de família e possua trabalho e residência fixa. (Habeas Corpus n. 4000917-49.2016.8.24.0000, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 05-04-2016, grifei).*

Destarte, não há qualquer constrangimento ilegal a ser sanado na via do presente habeas corpus, restando plenamente justificada a manutenção da custódia cautelar da paciente.

Ante o exposto, voto no sentido de denegar a ordem.

**Desembargador LUIZ NERI OLIVEIRA DE SOUZA**

**Relator**

## **HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 5008233-23.2021.8.24.0000/SC**

RELATOR: DESEMBARGADOR ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA

PACIENTE/IMPETRANTE: JHONATTA DE MATTOS DA COSTA (PACIENTE DO H.C)

PACIENTE/IMPETRANTE: JHONATAN MORAIS BARBOSA (IMPETRANTE DO H.C)

PACIENTE/IMPETRANTE: ADRIANO GALVAO DIAS RESENDE (IMPETRANTE DO H.C)

PACIENTE/IMPETRANTE: GUILHERME SILVA ARAUJO (IMPETRANTE DO H.C)

PACIENTE/IMPETRANTE: RAFAEL ROXO REINISCH (IMPETRANTE DO H.C)

IMPETRADO: JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO JOSÉ

*HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. ALEGADO FERIMENTO AO DIREITO DE INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. TESE ACOLHIDA. CARÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS DA PRÁTICA DE CRIME NO LOCAL. DENÚNCIAS INFORMAIS QUE NÃO SERVEM PARA MITIGAR O DIREITO DE INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. SUPOSTA AUTORIZAÇÃO DO MORADOR. COMPROVAÇÃO DA VOLUNTARIEDADE QUE CONFIGURA ÔNUS ESTATAL. RECENTE ENTENDIMENTO FIRMADO PELA SEXTA TURMA DO STJ (HC N. 598.061/SP). GUARNIÇÃO QUE, APESAR DE DISPOR DE CÂMERA, APENAS INICIOU AS FILMAGENS QUANDO O PACIENTE JÁ ESTAVA RENDIDO E ALGEMADO. NULIDADE DAS PROVAS RECONHECIDA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.*

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer do writ e conceder a ordem, para reconhecer a ilegalidade do flagrante, declarar a nulidade das provas colhidas e, como consequência, determinar o trancamento da Ação Penal n. 5003105-24.2021.8.24.0064, devendo o réu ser posto em liberdade imediatamente. Comunique-se, com urgência ao Juízo a quo, para que adote as providências necessárias, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 18 de março de 2021.

**Desembargador ANTONIO ZOLDAN DA VEIGA**

**Relator**

### **RELATÓRIO**

Os advogados Adriano Galvão Dias Resende, Guilherme Silva Araújo, Jhonatan Moraes Barbosa e Rafael Roxo Reinisch impetraram *habeas corpus* em favor de Jhonatta de Mattos da

Costa, contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de São José, que homologou a prisão em flagrante do paciente e a converteu em custódia preventiva nos autos do Inquérito Policial n. 5002849-81.2021.8.24.0064.

Alegaram, primeiramente, a ilegalidade do flagrante, uma vez que, ao contrário do que relataram os policiais que realizaram a prisão, a entrada na casa não foi autorizada pelo paciente, tampouco houve abordagem prévia em ambiente externo à residência, pois, conforme depoimento da esposa do investigado, o casal estava dentro do quarto quando o portão foi arrombado pelos policiais, que não tinham fundadas suspeitas da prática de crime no local.

Ademais, questionaram a versão dada pelos policiais, especialmente por não ser crível que o paciente fosse informar, espontaneamente, que possuía drogas dentro da casa, franqueando a entrada dos policiais no local, sem que estes sequer tenham apresentado mandado de busca.

Questionaram, ainda, o fato de que as filmagens feitas pelos policiais somente têm início quando já estão dentro da casa, de modo que não são úteis para confirmar a tese de que o paciente foi abordado em momento anterior, em frente à residência.

Alegaram, ainda, que a tese de ilegalidade do flagrante foi submetida ao Juízo de primeiro grau, porém, não foi avaliada.

Dessa forma, formularam pedido de relaxamento da prisão em flagrante nos termos do art. 310, inc. I, do CPP, pois verificada afronta aos princípios constitucionais previstos pelo art. 5º, inc. XI, da CF/88.

Em tese subsidiária, alegaram a ilegalidade da prisão preventiva, pois a decisão carece de fundamentos concretos capazes de atestar o *periculum libertatis*, servindo para qualquer caso de tráfico de drogas.

Isso porque o paciente não possui condenação prévia pela prática do crime de tráfico de drogas, tem emprego lícito e residência fixa, bem como a quantidade de entorpecentes apreendidos não pode ser considerada elevada. No mais, ressaltaram que a decisão não promoveu a análise do cabimento de medidas cautelares diversas da prisão, tampouco operou o *distinguishing* entre o caso concreto e os precedentes citados pela defesa.

Por fim, aduziram que a prisão preventiva do paciente constitui antecipação da pena, porém, em eventual condenação, dadas as circunstâncias do crime, é possível a fixação de regime semiaberto, o que revela o excesso da medida.

Nesses termos, postularam a concessão liminar da ordem e sua confirmação no julgamento de mérito, para que seja reconhecida a ilegalidade do flagrante e relaxada a prisão; subsidiariamente, requereram seja revogada a prisão preventiva, em razão dos argumentos expostos, ainda que mediante a imposição de outras medidas cautelares.

O pedido liminar foi indeferido (doc. 22).



A defesa apresentou nova petição, através da qual juntou precedente recente do STJ (docs. 23 e 24).

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo de Tarso Brandão, que se manifestou pelo conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem (doc. 25).

Este é o relatório.

## VOTO

A ação de *habeas corpus* preenche os requisitos legais e, portanto, merece ser conhecida. No mérito, adianto, a ordem deve ser concedida.

Ao avaliar as provas pré-constituídas pela defesa é possível concluir que, de fato, a versão apresentada pelos policiais possui algumas inconsistências, que inviabilizam o reconhecimento da legalidade do flagrante.

Segundo relatado pelos policiais militares que efetuaram a prisão do paciente, Jhonatta já era monitorado pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, por ser apontado em algumas denúncias como integrante da organização criminosa “PGC”, responsável pela distribuição de drogas no Morro Dona Wanda, na comarca de São José.

Relataram que, na data dos fatos, foi realizada a abordagem do paciente, na parte frontal de sua casa, onde haveria uma lavação de carros, momento em que nada foi encontrado em sua posse. Todavia, em entrevista com o paciente, este teria informado aos policiais que havia drogas dentro da residência, sendo realizadas buscas no local e encontrados 190 g de cocaína e 14 g de maconha.

Essa versão é contestada pela defesa.

Isso porque, de fato, na frente da casa do paciente não há nenhuma lavação de carros, mas apenas um terreno baldio.

No vídeo apresentado pela defesa (doc. 20), contudo, é possível verificar que no terreno do paciente, havia uma garagem, o que pode ter sido confundido pelos policiais, com uma lavação, levando a essa inconsistência inicial de seus depoimentos.

De toda forma, tal ponto parece-me irrelevante, pois essa garagem é cercada por portões e está localizada dentro da propriedade do paciente, local, portanto, resguardado pela inviolabilidade de domicílio.

A entrada no local, conseqüentemente, deveria ter sido autorizada pelo proprietário, a não ser que houvesse fundadas suspeitas da prática de crime no local, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, através do RE 603616/RO, julgado em sede de repercussão geral:

*“A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados”*

No caso vertente, contudo, não há nenhuma evidência das fundadas suspeitas narradas pelos policiais, pois a existência de denúncias anônimas e informais não possibilitam a mitigação do direito à inviolabilidade de domicílio.

Devo ressaltar que a entrada na casa, tampouco, poderá ser legitimada apenas porque, no local, foram apreendidas drogas. Afinal, a legitimação de um ato a partir do resultado obtido não se amolda aos princípios do Estado Democrático de Direito.

A confirmação do crime não excepciona a regra de que a violação do domicílio deve estar motivada em fundadas suspeitas, as quais configuram pressupostos da legalidade do flagrante, em casos dessa natureza.

Os policiais, ao serem ouvidos perante a autoridade policial, até mesmo foram questionados se havia algum tipo de relatório de investigações que fizesse menção às suspeitas quanto ao envolvimento do paciente com o tráfico de drogas e a organização criminosa “PGC”, porém, responderam que suas suspeitas decorriam apenas de denúncias informais.

Os policiais, portanto, não dispunham de nenhum elemento concreto capaz de justificar a violação do domicílio do paciente.

Os agentes públicos, contudo, destacaram que o paciente colaborou e informou espontaneamente que guardava drogas em sua casa, autorizando a entrada.

A defesa, entretanto, alegou que os fatos ocorreram de maneira diversa, uma vez que o paciente estaria dentro de casa com sua mulher, quando foi surpreendido pela entrada dos policiais no local.

Não pretendo, através desta ação de *habeas corpus*, buscar demonstrar qual versão é mais plausível, mas sim demonstrar que os agentes públicos possuíam meios para gravar a abordagem e, não sei se por descuido ou por vontade deliberada, deixaram de fazê-lo.

Como bem lembrou a defesa, recentemente a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que compete aos policiais a demonstração de que a entrada na residência foi autorizada pelo morador, o que, no caso em análise, poderia ser facilmente feito, uma vez que a guarnição estava equipada com câmera, que, curiosamente, somente foi ligada após toda a abordagem ter sido realizada, sendo usada apenas no momento em que o paciente já estava algemado, para coletar suas declarações.

Sobre isso, o Relator do *Habeas Corpus* n. 598.051/SP, Ministro Rogério Schietti, frisou:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. DOMICÍLIO COMO EXPRESSÃO DO DIREITO À INTIMIDADE. ASILO INVIOLÁVEL. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. INGRESSO NO DOMICÍLIO. EXIGÊNCIA DE JUSTA CAUSA (FUNDADA SUSPEITA). CONSENTIMENTO DO MORADOR. REQUISITOS DE VALIDADE. ÔNUS ESTATAL DE COMPROVAR A VOLUNTARIEDADE DO CONSENTIMENTO. NECESSIDADE DE DOCUMENTAÇÃO E REGISTRO AUDIOVISUAL DA DILIGÊNCIA. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA. PROVA NULA. ABSOLVIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.*

*[...] 7.1. Ante a ausência de normatização que oriente e regule o ingresso em domicílio alheio, nas hipóteses excepcionais previstas no Texto Maior, há de se aceitar com muita reserva a usual afirmação – como ocorreu no caso ora em julgamento – de que o morador anuiu livremente ao ingresso dos policiais para a busca domiciliar, máxime quando a diligência não é acompanhada de documentação que a imunize contra suspeitas e dúvidas sobre sua legalidade.*

*7.2. Por isso, avulta de importância que, além da documentação escrita da diligência policial (relatório circunstanciado), seja ela totalmente registrada em vídeo e áudio, de maneira a não deixar dúvidas quanto à legalidade da ação estatal como um todo e, particularmente, quanto ao livre consentimento do morador para o ingresso domiciliar. Semelhante providência resultará na diminuição da criminalidade em geral – pela maior eficácia probatória, bem como pela intimidação a abusos, de um lado, e falsas acusações contra policiais, por outro – e permitirá avaliar se houve, efetivamente, justa causa para o ingresso e, quando indicado ter havido consentimento do morador, se foi ele livremente prestado. [...]*

A câmara, inclusive, confere maior segurança aos policiais para que, posteriormente, não sejam falsamente acusados de práticas abusivas.

Na hipótese, contudo, apesar de terem o equipamento à disposição, este não foi utilizado no momento em que era essencial, o que coloca em dúvida a regularidade da entrada dos policiais na casa.

Nesses termos, não havendo demonstração mínima das fundadas suspeitas da prática de crime no local, tampouco da autorização do paciente para que os policiais entrassem em sua casa, é certa a aplicação do aludido precedente ao caso em análise (HC n. 598.051/SP), a fim de reconhecer a ilegalidade do flagrante e, assim, declarar a nulidade da prova.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do *writ* e conceder a ordem, para reconhecer a ilegalidade do flagrante, declarar a nulidade das provas colhidas e, como consequência, determinar o trancamento da Ação Penal n. 5003105-24.2021.8.24.0064, devendo o réu ser posto em liberdade imediatamente. Comunique-se, com urgência ao Juízo *a quo*, para que adote as providências necessárias.

**Desembargador ANTONIO ZOLDAN DA VEIGA**

**Relator**

## **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 0008156-53.2019.8.24.0038/SC**

RELATORA: DESEMBARGADORA CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA (AUTOR)

RECORRIDO: GUTKNECHT CERVEJARIA LTDA (ACUSADO)

RECORRIDO: JOAO HENRIQUE SARAGOCA (ACUSADO)

RECORRIDO: ANDREIA GUTKNECHT (ACUSADO)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIMES AMBIENTAIS (ARTS. 60 E 64 DA LEI N. 9.605/1998). REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR FALTA DE JUSTA CAUSA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. ALEGADA EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS QUE PERMITEM A PERSECUÇÃO PENAL. VIABILIDADE. CERVEJARIA CONSTRUÍDA, EM TESE, EM CONTRARIEDADE AOS PROJETOS APROVADOS. EDIFICAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. DISCUSSÕES SOBRE OBRIGATORIEDADES LEGAIS, ÁREA DE CONSTRUÇÃO E POTENCIALIDADE LESIVA QUE DEMANDAM DILAÇÃO PROBATÓRIA. DENÚNCIA QUE PREENCHE OS REQUISITOS FORMAIS. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA, CÍVEL E PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso em sentido estrito, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 06 de maio de 2021.

**Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER**

**Relatora**

### **RELATÓRIO**

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia em face de Gutknecht Cervejaria LTDA, João Henrique Saragoca e Andreia Gutknecht, pela prática em tese das infrações dispostas nos artigos 48, 60 e 64 da Lei n. 9.605/1998, bem como no artigo 330 do Código Penal, com disposição da seguinte forma na exordial acusatória (Evento 8, PET649):

*Consta dos autos de investigação que a esta servem de base que nos anos de 2017 e 2018, em datas a serem*

*melhor apuradas durante a instrução processual, em imóvel localizado na Estrada Motucas, n. 3122, na Área de Proteção Ambiental Serra Dona Francisca<sup>1</sup>, em Joinville/SC, coordenadas 26°15'08.7"S e 48°56'21.2"O, os denunciados GUTKNECHT CERVEJARIA LTDA., ANDREIA GUTKNECHT e JOÃO HENRIQUE SARAGOÇA edificaram, sem autorização dos órgãos competentes<sup>2</sup>, imóveis em alvenaria, dos quais 80m<sup>2</sup>, mais a calçada externa às edificações<sup>4</sup>, 4 pergolados de madeira (de aproximadamente 12 m<sup>2</sup> cada), a ponte e o acesso em concreto, estão em área de preservação permanente, considerada solo não edificável em razão do seu valor ecológico.*

*Além disso, os 80m<sup>2</sup> de edificação, a calçada externa, os 4 pergolados de madeira, a ponte e o acesso em concreto ao imóvel, bem como as gramíneas e britas colocadas/plantadas pelos denunciados GUTKNECHT CERVEJARIA LTDA., ANDREIA GUTKNECHT e JOÃO HENRIQUE SARAGOÇA nas margens dos cursos d'água existentes no local estão dificultando e/ou impedindo a regeneração natural da vegetação característica desta área de preservação permanente.*

*Assim procedendo, os denunciados GUTKNECHT CERVEJARIA LTDA., ANDREIA GUTKNECHT e JOÃO HENRIQUE SARAGOÇA promoveram construção em solo não edificável e no seu entorno, assim considerado em razão do seu valor ecológico, sem autorização da autoridade competente, além de impedirem e dificultarem a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação, condutas tipificadas nos artigos 64 e 48 da Lei de Crimes Ambientais.*

*Ademais, as atividades desenvolvidas pelos denunciados no local desde setembro/outubro de 2018, de fabricação de cervejas e comercialização desses produtos, sem autorização dos órgãos ambientais, são consideradas potencialmente poluidoras e dependem de licenciamento ambiental.*

*Não fosse isso, o imóvel está localizado na Zona de Uso Intensivo da Unidade de Conservação APA Serra Dona Francisca, cujo Plano de Manejo permite apenas a implantação de "agroindústrias de pequeno porte e de baixo potencial poluidor, complementares às atividades agropecuárias da região, devidamente autorizadas pelo Órgão Gestor" (fl. 13).*

*Em vista disso, os denunciados GUTKNECHT CERVEJARIA LTDA., ANDREIA GUTKNECHT e JOÃO HENRIQUE SARAGOÇA fizeram funcionar estabelecimento potencialmente poluidor, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes e contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes (plano de manejo da APA Serra Dona Francisca), culminando na prática do delito previsto no art. 6011 da Lei de Crimes Ambientais.*

*Ressalte-se que as obras realizadas no imóvel e as atividades exercidas pela pessoa jurídica se deram sob ordem e providência direta dos denunciados (e sócios proprietários da PJ) ANDREIA GUTKNECHT e JOÃO HENRIQUE SARAGOÇA em favor da realização do objeto social da denunciada GUTKNECHT CERVEJARIA LTDA.*

*Ainda, em 22 de janeiro de 2018 a 2ª Delegacia Regional de Polícia Civil de Joinville, através do Setor de Fiscalização de Jogos, Diversões Públicas e Produtos Controlados, emitiu o Auto de Interdição (fl. 139) do estabelecimento da Denunciada GUTKNECHT CERVEJARIA LTDA., do qual tomaram ciência os denunciados ANDREIA GUTKNECHT e JOÃO HENRIQUE SARAGOÇA.*

*Não fosse isso, em 11 de dezembro do mesmo ano o estabelecimento foi embargado pela Secretaria Municipal de Agricultura e Meio Ambiente de Joinville (Auto de Embargo n. 38415).*

*Entretanto, a Denunciada GUTKNECHT CERVEJARIA LTDA. continuou a exercer suas atividades, por determinação dos sócios denunciados ANDREIA GUTKNECHT e JOÃO HENRIQUE SARAGOÇA.*

*Em vista disso, os denunciados GUTKNECHT CERVEJARIA LTDA., ANDREIA GUTKNECHT e JOÃO HENRIQUE SARAGOÇA desobedeceram ordem legal de funcionário público em duas ocasiões, praticando o crime previsto no art. 330 do Código Penal.*

A denúncia foi inicialmente recebida (Evento 21), os réus citados (Evento 25) e apresentaram resposta à acusação (Evento 27).

Em virtude de preliminares terem sido arguidas na resposta à acusação, abriu-se vista (Evento 29) ao Ministério Público, o qual se manifestou sobre estas (Evento 33).

Na sequência, o juízo *a quo* rejeitou a denúncia em relações aos crimes ambientais, por ao seu sentir não estarem presentes os requisitos de justa causa para o prosseguimento da ação penal, com supedâneo no art. 395, III, do Código de Processo Penal (Evento 36).

Irresignado, o *Parquet* interpôs Recurso em Sentido Estrito juntamente com as razões recursais. Em seus argumentos aponta a existência de justa causa para a persecução penal, porquanto o Alvará de Construção n. 875/2018 e a declaração concedida pelo Órgão Gestor da APA Serra Dona Francisca, não prejudicariam a materialidade dos delitos dos artigos 60 e 64 da Lei de Crimes Ambientais. Por tais motivos, pede o provimento recursal para a reforma da decisão singular e consequente recebimento da denúncia. Subsidiariamente, pugna pela suspensão da ação penal e do consequente prazo prescricional em virtude de ações cíveis que em tese poderiam impedir, por ora, a análise dos supostos crimes praticados (Evento 42).

Foram apresentadas contrarrazões (Evento 54) e os autos ascenderam a este Egrégio Tribunal de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Rui Arno Richter, manifestando-se pelo conhecimento e provimento do recurso, de modo a cassar a decisão atacada, dando-se o devido prosseguimento à Ação Penal (Evento 10).

Este é o relatório.

## VOTO

O recurso deve ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, irresignado com a decisão proferida pela MMA. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Joinville, que rejeitou parcialmente a denúncia ofertada pelo *Parquet* sob alegação de ausência de justa causa.

Aduz a representante do Ministério Público, como relatado, a existência de justa causa para a persecução penal, porquanto o Alvará de Construção n. 875/2018 e a declaração concedida pelo Órgão Gestor da APA Serra Dona Francisca não prejudicariam a materialidade dos delitos dos artigos 60 e 64 da Lei de Crimes Ambientais.

Pois bem.



De antemão, cita-se que não há qualquer insurgência ministerial quanto ao não recebimento da denúncia pela prática, em tese, do art. 48 da Lei n. 9.605/1998, havendo recurso unicamente ao que tange a rejeição da denúncia por falta de justa causa no que se refere aos arts. 60 e 64 do mesmo Diploma Legal.

*Prima facie*, há de se constar que a rejeição da denúncia por ausência de justa causa deve ocorrer tão somente quando ela é evidente, ou seja, quando é notória a existência de imputação por fato atípico ou a ausência de elementos indiciários mínimos que fundamentem a persecução penal.

Nesta fase processual, vigora o princípio do *in dubio pro societate*, sendo que será através da persecução penal, após a produção probatória judicial pelas partes processuais, que ficará demonstrada a culpabilidade ou não daqueles que são acusados.

Neste sentido:

*HABEAS CORPUS OBJETIVANDO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - CRIME AMBIENTAL (ARTIGOS 54 E 60 DA LEI N. 9.605/98) - ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR FALTA DE JUSTA CAUSA - ARGUMENTAÇÃO PAUTADA NA ATIPICIDADE DA CONDUTA E NA INEXISTÊNCIA DE PROVA PERICIAL A COMPROVAR OS DANOS AMBIENTAIS - MATÉRIA A SER DISCUTIDA DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL - IMPOSSIBILIDADE DE PROFUNDA ANÁLISE DE PROVAS PELA VIA ELEITA - INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO - ORDEM DENEGADA. "Só se justifica o trancamento da ação penal por meio de habeas corpus em situações excepcionais, quando o fato descrito na denúncia evidentemente não constituir crime ou quando não houver nem mesmo indícios da autoria e da materialidade. Quando a peça acusatória preenche satisfatoriamente esses requisitos e estão presentes os necessários indícios, não há que se falar em constrangimento ilegal, o que impõe a denegação da ordem" (HC n. 2002.024701-0, rel. Des. Jaime Ramos) (TJSC, Habeas Corpus n. 2007.012860-8, de Chapecó, rel. Túlio Pinheiro, Primeira Câmara Criminal, j. 24-04-2007).*

*AÇÃO PENAL - EXORDIAL ACUSATÓRIA CONTRA PREFEITO MUNICIPAL - FORO PRIVILEGIADO - DENÚNCIA FORMALMENTE PERFEITA E QUE DESCREVE, EM TESE, A PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 54, § 2º, INC. V E 60, DA LEI N. 9.605/98 (CRIMES AMBIENTAIS) - MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA - RECEBIMENTO. Cumpridas as exigências contidas no art. 41 do Código de Processo Penal, presentes indícios veementes da tipicidade e da prática dos crimes contra o meio ambiente, capitulados na denúncia, e, não havendo comprovação cabal da improcedência da acusação, deve ser recebida, pois há justa causa para deflagração da ação penal. (TJSC, Inquérito n. 2003.013694-0, de Ituporanga, rel. Irineu João da Silva, Segunda Câmara Criminal, j. 10-05-2005).*

Feitas estas considerações, passa-se à análise do recurso.

A decisão impugnada (Evento 36) argumentou que a análise dos dois tipos penais nos artigos 60 e 64 exigiria complementação por parte do direito administrativo, uma vez que ambos referem-se a atos administrativos (licença e autorização). Por este motivo, elencou a existência de ações de outras esferas judiciais em andamento, ao passo que no âmbito do direito administrativo a legalidade das condutas realizadas pelos recorridos estaria em litígio, e que, neste momento, estaria presente autorização para que continuassem desenvolvendo as atividades no imóvel edificado objeto da presente ação penal.

Consta ainda da decisão singular que não seria possível verificar no atual momento a tipicidade da conduta e que o prosseguimento da ação estaria por ferir o princípio da fragmentariedade do direito penal.

Por fim, apontou que a construção dos réus foi realizada mediante expressa autorização administrativa, representada pelo Alvará de Construção n. 875/2018 da Prefeitura Municipal de Joinville.

Pois bem.

Em que pese os argumentos da decisão singular, tem-se que o recurso ministerial comporta provimento.

Os artigos 60 e 64 da Lei n. 9.605/1998 dispõem no seguinte sentido:

*Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:*

[...]

*Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:*

[...]

Segundo se extrai da denúncia já relatada, os recorridos foram denunciados por promoverem a construção em solo não edificável, de área de 80m<sup>2</sup> de edificação em alvenaria (parte integrante do empreendimento principal, com área total de 914,13m<sup>2</sup>), bem como pela construção de calçada externa às edificações, 4 pergolados em madeira (de aproximadamente 12 m<sup>2</sup> cada), de uma ponte de pedestres e um acesso em concreto.

De uma análise sumária, tendo em vista que a análise meritória compete a instrução processual, apenas a construção principal, com área total de 914,13 m<sup>2</sup> (da qual 80m<sup>2</sup> está em área não edificável), estava autorizada pelo Alvará de Construção n. 875/2018 citado pela magistrada singular.

Por estas considerações, vislumbra-se que a edificação, *a priori*, teria sido construída em desacordo com autorização administrativa concedida pela Prefeitura Municipal de Joinville.

Da visualização do Auto de Embargo n. 38415/2018 lavrado pelo Município de Joinville, visualiza-se que o motivo da decisão administrativa pelo embargo foi o fato da construção, supostamente, estar em desacordo com o projeto (Evento 1, INQ28).

No ponto, destaca-se que analisando o habite-se sanitário n. 31153/2018 da Vigilância Sanitária

(Evento 1, INQ548), percebe-se que o local da construção tinha como atividade principal a de agrosilvopastoril, situação por óbvio deveras diferente da fabricação e comercialização de cervejas, atividade esta praticada pelos réus.

De mais a mais, há elementos indiciários de que não havia autorização para a edificação em Área de Preservação Permanente (solo não edificável).

Como se vê, há elementos indiciários que permitem o prosseguimento da ação penal, ainda que posteriormente os réus comprovem sua inocência, tendo em vista que neste momento processual não há a necessidade da certeza delitiva para a persecução.

Sobre o tema, do Superior Tribunal de Justiça, em crimes análogos:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONSTRUÇÃO EM TERRENO DA UNIÃO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE NARRA O FATO E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS. NÃO-COMPROVAÇÃO DO DOLO OU CULPA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NO ÂMBITO ESTREITO DO WRIT. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. APARENTE INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRESCRIÇÃO. CRIME PERMANENTE. NÃO-OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.*

*1. O trancamento de ação penal em sede de habeas corpus reveste-se sempre de excepcionalidade, somente admitido nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado constitui crime.*

*2. A estreita via eleita não se presta como instrumento processual para exame da existência ou não de procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o que só poderá ser feito após o encerramento da instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.*

*3. Não se configura inepta a denúncia que descreve, de forma pormenorizada, a conduta do recorrente de construir em área de preservação ambiental, que se amolda à figura do tipo penal descrito no art. 60 da Lei 9.605/98.*

*4. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não se exige, na primeira fase da persecutio criminis, que a autoria e a materialidade da prática de um delito sejam definitivamente provadas, uma vez que a verificação de justa causa para a ação penal pauta-se em juízo de probabilidade, e não de certeza.*

*5. Havendo estrita observância dos requisitos legais previstos no art. 41 do Código Processo Penal, quais sejam, a exposição do fato criminoso, narrando todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado e a tipificação dos delitos por ele cometidos, não há falar em inépcia da peça acusatória.*

*[...]*

*8. Ordem denegada.*

*(HC 104.369/TO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 29/03/2010).*

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTS. 38, 54, § 2º, INCISO V E 60, TODOS DA LEI Nº 9.605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA.*

*I - A peça acusatória deve vir acompanhada com o mínimo embasamento probatório apto a demonstrar, ainda*

*que de modo indiciário, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Se não houver um lastro probatório mínimo a respaldar a denúncia, de modo a tornar esta plausível, não haverá justa causa a autorizar a instauração da persecutio criminis. (Precedentes).*

*II - O trancamento da ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é possível se houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, o que não ocorre na espécie. (Precedentes).*

*III - Na hipótese dos autos, o paciente, segundo afirmado na exordial acusatória, na qualidade de sócio-gerente da empresa TUTTO PARTICIPAÇÕES E IMÓVEIS SOCIEDADE CIVIL LTDA teria destruído e danificado floresta considerada de preservação permanente, utilizando-a com infringência das normas de proteção ambiental, a uma, causando poluição de qualquer natureza em níveis tais que podem resultar em destruição significativa da flora, por lançamentos de resíduos sólidos, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos, a duas, construindo e fazendo funcionar no local obras potencialmente poluidoras, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes, tudo isso de acordo com laudo do Instituto de Criminalística e do Departamento Estadual de Proteção aos Recursos Naturais. Em suma, narra a denúncia que o paciente teria violado gravemente a legislação ambiental, pois teria causado poluição, construído obra potencialmente poluidora, suprimido vegetação, assoreado córrego, etc. Assim, verifica-se que há, ao menos em tese, a descrição de condutas criminosas que, em princípio, se adequam perfeitamente aos tipos penais previstos nos arts. 38, 54, § 2º, inciso V e 60, todos da Lei nº 9.605/98, razão pela qual se mostra prematuro o pretendido trancamento da ação penal, tendo em vista a existência de um lastro probatório mínimo a respaldar a denúncia, de modo a tornar plausível a persecutio criminis.*

*Ordem denegada.*

*(HC 86.145/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 19/11/2007, p. 261).*

De outro norte vislumbra-se a prescindibilidade de eventual anulação do alvará da edificação, ao contrário do que fundamentou a decisão impugnada.

No ponto, destaca-se que há elemento indiciário que permite aferir a possibilidade de que a edificação tenha sido construída, com potencial poluidor, em desacordo com autorizações dos órgãos competentes, ante a suposta diferenciação entre o aprovado e o construído.

Também existem indícios de que ao menos parte da construção encontrar-se-ia em solo não edificável, em razão de seu valor ecológico.

De mais a mais, não vislumbra-se a presença de licenciamento ambiental que autorizaria o exercício de atividade potencialmente poluidora (não a autorização do órgão gestor, que é mero pressuposto para o seu deferimento).

O Conselho Estadual de Meio Ambiente de Santa Catarina (CONSEMA), através da Resolução n. 099/2017, lista os empreendimentos que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, sujeitas ao licenciamento ambiental municipal.

O contrato social da empresa ré traz como objeto a “FABRICAÇÃO DE CERVEJAS ARTESANAIS; COMÉRCIO VAREJISTA E DEGUSTAÇÃO DE CERVEJAS ARTESANAIS E BAR”.

A supracitada atividade se enquadra, em tese, no código 27.40.10 da referida Resolução:

*27.40.10 - Fabricação e engarrafamento de cervejas, chopes, inclusive maltes.*

*Pot. Poluidor/Degradador: Ar: P Água: M Solo: P Geral: M*

*Porte Pequeno: 0,1 AU(3) 0,2 (RAP)*

*Porte Médio: 0,2 AU (3) RA1 (RAP)*

Assim, num juízo de cognição sumária, não vislumbra-se situação apta a apontar falta de justa causa para o prosseguimento da ação penal, porquanto existentes condutas que, em tese, podem ser enquadradas nos tipos penais descritos.

Quanto ao argumento da necessidade de decisão em outras esferas do Direito antes da análise penal, ou sua fragmentariedade, tem-se que o direito penal ambiental é independente das searas administrativas e cível, conforme esta Câmara Criminal já decidiu:

*APELAÇÃO CRIMINAL. DOIS RÉUS. CRIMES CONTRA O MEIO AMBIENTE. ARTIGOS 38-A, 46, PARÁGRAFO ÚNICO, C/C 53, INCISO II, “B”, E 60 TODOS DA LEI N. 9.605/98. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. [...] PESSOA FÍSICA. PRELIMINAR. NULIDADE PROCESSUAL. OMISSÃO DE FORMALIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO NO ARTIGO 72 DA LEI N. 9.605/98 DE QUALQUER REGRAMENTO À APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS PARA POSTERIOR INGRESSO NA VIA JUDICIAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. TESE RECHAÇADA. [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0001739-18.2014.8.24.0052, de Porto Uniao, rel. Luiz Neri Oliveira de Souza, Quinta Câmara Criminal, j. 16-05-2019).*

Como bem apontado pelo parecer da douta Procuradoria-Geral de justiça, existe a “*possibilidade de a sentença penal condenatória fazer coisa julgada no processo civil. Contudo, a recíproca não é verdadeira*”.

Neste vértice, não há como impedir a persecução penal do presente feito em virtude de discussões em ação civil pública sobre a legalidade do empreendimento como um todo, tendo em vista que na ação penal de origem se analisa a potencialidade lesiva frente ao meio ambiente e as eventuais ilegalidades do empreendimento no ponto de vista ambiental.

Quanto ao tema, há de se dizer que o Digesto Processual Penal elenca em seu art. 93 que “*se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o*

*juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente”.*

Entretanto, no caso em comento, não vislumbra-se uma difícil elucidação a ponto de impedir o prosseguimento da persecução penal.

Na Ação Civil Pública n. 5003229-56.2019.8.24.0038 que tramita perante o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Joinville, a própria tese defensiva elenca a em teoria desnecessidade do licenciamento ambiental (Evento 39, DEFESAPREVIA1, Página 17) para o empreendimento objeto dos supostos delitos. Nesta toada, percebe-se que tal situação não é de difícil elucidação, tendo em vista que a mera análise dos autos, e seu comparativo com o ordenamento jurídico vigente, permite a comprovação da regularidade, ou não, da construção.

De outro norte, a eventual ocorrência de supressão arbórea ilícita e alteração do curso do corpo hídrico local, discutida na supracitada ação civil pública, diz respeito à situação obviamente divergente de potencialidade lesiva ambiental e construção em solo não edificável.

Em mesmo sentido, a ação n. 5000377-59.2019.8.24.0038, proposta pela ré Gutknecht Cervejaria Ltda em face do Município de Joinville, embora sentenciada em primeiro grau, nem mesmo teve a realização de laudo pericial, tendo a autoridade singular utilizado meios diversos para seu convencimento. No ponto, destaca-se que há recurso do Ministério Público e do Município.

Assim, tem-se a existência de elementos indiciários mínimos que permitem a persecução penal, porquanto presentes dúvidas quanto à legalidade das construções, que, em tese, podem ser de potencial poluidor, bem como teriam sido construídas em solo não edificável.

De outro norte, não se desconhece a alegação defensiva de que o Conselho Gestor da Área de Preservação Ambiental Serra Dona Francisca, teria anuído para a instalação do empreendimento Gutknecht Microcervejaria, de propriedade dos réus.

Entretanto, numa análise preliminar, não parece crível que um Conselho Gestor possa suprir a necessidade de um licenciamento ambiental, visto que, *a priori*, tal autorização do referido conselho seria mero pressuposto para o necessário licenciamento.

Também não se desconhece os argumentos de que a Área de Preservação Ambiental onde foi construído o empreendimento seria uma Zona de Uso Intensivo, não sendo uma área intocável, podendo possuir edificações conforme determinadas qualificações próprias.

Ocorre que todos estes argumentos, defensivos e acusatórios, denotam maior dilação probatória, até mesmo com provas técnicas, para a referida análise da legalidade da edificação, sua locação em áreas de preservação ambiental e o potencial poluidor deste, e, neste momento processual, unicamente no que tange o recebimento da denúncia, não vislumbra-se falta de justa causa para a persecução penal.



Inclusive, caso houvesse o acolhimento das teses defensivas de legalidade do empreendimento, estar-se-ia diante de situação de absolvição sumária e não de falta de justa causa para a persecução penal como decidido no primeiro grau.

Portanto, vislumbra-se ser o caso de acolhimento do pleito ministerial para, via de consequência, reformar a decisão impugnada e receber a denúncia quanto aos delitos dos artigos 60 e 64 da Lei n. 9.605/1998, porquanto exposto fato em tese criminoso, com suas circunstâncias, qualificações dos réus e do crime, nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal, havendo ainda indícios das práticas criminosas apontadas.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso em sentido estrito.

**Desembargadora CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER**

**Relatora**

## PRIMEIRO GRAU

### AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL Nº 5023149-90.2021.8.24.0023 / SC

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

AUTOR: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

### DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC) e pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (DPE/SC) em face do Estado de Santa Catarina, em que requerem:

*b) a concessão da TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA, INAUDITA ALTERA PARS, com fulcro no art. 300 do Código de Processo Civil, a fim de que seja imposta ao Estado de Santa Catarina obrigações de fazer consistentes em:*

*b.1) implementar, com início no prazo de 48h, medidas não farmacológicas eficazes à contenção da transmissão comunitária do vírus SARS-COV-2, consistentes na extensão das medidas do Decreto Estadual n. 1.172/2021 por mais pelo menos 14 dias contínuos, aplicáveis nas 24h do dia e incluindo os dias de semana, ou até que seja zerada a fila de espera por leitos de UTI, o que ocorrer primeiro, sem prejuízo de outras restrições de atividades que o demandado entenda possíveis e necessárias à maior eficiência da medida, em especial com relação a atividades industriais;*

*b.2) apresentar, dentro do prazo de 48h, plano voltado à minimização do impacto econômico aos segmentos e pessoas físicas diretamente afetados pelas restrições de funcionamento, a partir da análise macroeconômica do Estado e do impacto aos envolvidos, principalmente às microempresas, empresas de pequeno porte e profissionais autônomos e liberais, consoante indicado no item 5.2;*

*b.3) apresentar, dentro do prazo de 48h, plano de ação de fiscalização das medidas de restrição de circulação implementadas, envolvendo a atuação dos órgãos identificados nos arts. 3 e 5º do Decreto Estadual n. 1.172/2021;*

*b.4) apresentar, no prazo de 7 dias, plano de retomada gradual e segura das atividades, contendo avaliação e recomendações de equipe técnica da Secretaria de Estado da Saúde ou Comitê Científico sobre a forma e o momento para que aconteça, com análise técnica do cenário epidemiológico, no intuito de evitar novo descontrole da transmissão;*

*b.5) no prazo de 7 dias, (re)compor um comitê técnico, integrado a sua própria estrutura ou independente, com participação também de agentes externos e que emita pareceres com a análise dos cenários epidemiológicos relacionados à pandemia e recomendação de ações necessárias com base em “evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”, como exigido pelo art. 3º, §1º, da Lei n. 13.979/2020, bem como que os pareceres elaborados por essa equipe sejam de conhecimento público ou, no mínimo, juntados semanalmente aos autos;*

*b.6) no prazo sugerido de 5 dias, promova a transparência das filas de espera por leitos de UTI eclínicos no Estado de Santa Catarina, mediante publicação integral da lista no portal das listas de espera (<https://listadeespera.saude.sc.gov.br/>), com os mesmos cuidados de garantia da privacidade e intimidade dos pacientes definidos na Lei Estadual n. 17.066/2017 e atualização no mínimo a cada 24h ou, caso razões técnicas o impeçam, que a lista seja disponibilizada em arquivo pdf no portal do Estado de Santa Catarina, com os mesmos cuidados de garantia da privacidade dos pacientes e periodicidade; (evento 1/1, p. 82-83).*

Os autos aportaram conclusos.

Das questões processuais

Decide-se, inaudita altera pars, porquanto o material cognitivo carreado aos autos é suficiente à formação do convencimento, além do que a irrefutável premência da situação envolvendo a pandemia do Covid-19 exige a imediata entrega da prestação jurisdicional, sem maiores delongas.

Ainda, reconhece-se o interesse processual do MPSC e da DPE/SC para a propositura da actio, porquanto a edição do Decreto estadual 1.200/2020 não atende quaisquer das pretensões deduzidas na petição inicial. Ao revés, esse ato normativo apenas mantém as restrições anteriormente estabelecidas pelo Decreto estadual n. 1.172/2021, com o acréscimo de pontuais proibições, as quais foram consideradas insuficientes pela parte autora.

E, como leciona Luiz Guilherme Marinoni, “o interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo”. (Curso do processo civil: teoria geral do processo. v. 1. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 176).

Há, portanto, necessidade e utilidade no provimento jurisdicional buscado, o que configura o interesse processual da parte autora.

### **Do pedido de tutela provisória**

A Lei n. 7.347/1985 estipula que o magistrado poderá conceder liminarmente a medida reclamada, precedido ou não de justificação prévia, em decisão sujeita ao recurso de agravo de instrumento (art. 12).

Por sua vez, o Código de Processo Civil, em aplicação complementar (Lei n. 7.347/1985, art. 19), estabelece que a concessão da tutela de urgência exige o preenchimento dos requisitos previstos no art. 300,

caput, e § 3º, do CPC: a) probabilidade do direito; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo; e c) reversibilidade dos efeitos da decisão.

No caso concreto, o MPSC e a DPE/SC sustentam que o Estado de Santa Catarina está conduzindo de forma inadequada a política pública de saúde relacionada à pandemia de Covid-19, doença causada pelo Novo Coronavírus (Sars-Cov-2).

Aduzem, em síntese, que as redes públicas e particular de saúde do Estado enfrentam um cenário de esgotamento de recursos hospitalares, pois não existem leitos de unidade de terapia intensiva (UTI) suficientes para a internação de todos os cidadãos infectados com a doença.

Narram que a pandemia de Covid-19 atingiu o momento de maior gravidade, como recorde diários de número de mortes ocasionado pelas altas taxas de infecção e pelo colapso do sistema hospitalar.

Afirmam que o Estado de Santa Catarina não segue as recomendações dos órgãos técnicos instituídos para orientar a execução das ações de combate à pandemia do Novo Coronavírus.

Defendem a necessidade de adoção de outras medidas restritivas, além daquelas já implementadas, para diminuir a taxa de contágio e minimizar o número de óbitos.

Diante disso, pleiteiam a instituição de medidas não farmacológicas eficazes à contenção da transmissão do vírus, consubstanciada na extensão das medidas previstas no Decreto estadual n. 1.172/2021 - agora substituído pelo Decreto estadual n. 1200/2021 - por mais 14 dias contínuos, sem prejuízo da instituição de planos de ação destinados à fiscalização do cumprimento das ações, à minimização do impacto econômico das pessoas físicas e jurídicas afetadas e à retomada gradual e segura das atividades.

Postulam, ainda, a (re)composição de comitê técnico-científico para orientar acerca das ações necessárias ao enfrentamento da pandemia de Covid-19, e a divulgação da lista de espera dos leitos de UTI.

### **Da contextualização da pandemia no Estado de Santa Catarina**

A plataforma “Power BI” existente no sítio eletrônico mantido pela Secretaria de Estado da Saúde (SES) desvela o avanço da pandemia de Covid-19 no território catarinense. (Disponível em: <<https://www.coronavirus.sc.gov.br/>>. Acesso em 12 mar. 2021).

Em 1.6.2020, havia o registro de 9.498 pessoas contaminadas e de 146 óbitos causados pelo Novo Coronavírus desde o início da pandemia.

Na data de 4.8.2020, os números de contaminados e de óbitos provocados pelo Covid-19 subiram para 92.157 e 1.235, respectivamente.

No dia 31.10.2020, a contabilização acumulava 258.940 pessoas contaminadas e 3.114 falecimentos em decorrência do Covid-19.

Em 18.12.2020, os dados compilados pela SES evidenciavam o total de 453.322 pessoas contaminadas e 4.652 óbitos gerados pelo Covid-19. Além disso, em 22.12.2020, 15 das 16 regiões de saúde estavam classificadas como de risco epidemiológico gravíssimo.

Na data de 12.3.2021, o número de contaminados pelo Covid-19 no território catarinense se elevou para 717.454 pessoas.

Desse número total, distingue-se que o contágio de 197.675 pessoas ocorreu no transcurso de apenas 70 dias deste ano de 2021, o que representa 27,5% de todos os infectados no período de aproximadamente 365 dias em que perdura a pandemia.

Ainda, os dados compilados pelo Ministério da Saúde demonstram que Santa Catarina apresenta uma taxa de infecção de 10.013,6 pessoas contaminadas a cada 100 mil habitantes, enquanto, no âmbito nacional, o índice geral é de 5.366,6/100 mil habitantes.

(Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 12 mar. 2021).

Além disso, o número de óbitos também sofreu acentuada elevação.

Em 12.12.2020, o Estado de Santa Catarina contabilizava 50 mortes causadas pelo Covid-19 num único dia e um total de 4.473 falecimentos. Na data de 11.3.2021, ocorrem 100 óbitos num único dia e o número total de mortes atingiu a expressiva monta de 8.377 óbitos.

Isso significa que, do total de óbitos ocorridos no interregno de aproximadamente 365 dias de pandemia, cerca de 4.000, que equivale à quase 50%, foram registrados no curto intervalo de 90 dias. O número de óbitos diários seguiu a mesma proporção, saltando de 50, em 12.12.2020, para 100, na data de 11.3.2021.

(Disponível em: <<https://www.coronavirus.sc.gov.br/>>. Acesso em: 15 mar. 2021).

Não fosse o suficiente, extrai-se do site mantido pela SES que, pela terceira semana consecutiva, todas as 16 regiões do Estado de Santa Catarina estão classificadas com risco potencial gravíssimo.

(Disponível em: <<http://www.coronavirus.sc.gov.br/wp-content/uploads/2021/03/matriz0603.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2021).

A par de a elevação dos números de contaminados e de óbitos, houve o progressivo aumento da demanda hospitalar até se atingir o ponto de colapso das redes pública e privada de atendimento à saúde.

A macrorregião do Oeste foi a primeira a sentir os efeitos deletérios do recrudescimento da pandemia e da ruína dos sistemas público e privado de saúde.

Em 7.2.2021, 95% dos leitos de UTI existentes nos hospitais da macrorregião estavam ocupados com pacientes contaminados pelo Covid-19. (Disponível em: <<https://www.sc.gov.br/noticias/temas/coronavirus/coronavirus-em-sc-governo-da-inicio-operacao-para-transferir-pacientes-da-regiao-oeste-por-via-aerea>>. Acesso em: 12 mar. 2021).

Diante disso, os órgãos de saúde do Estado de Santa Catarina iniciaram a transferência de pacientes que necessitavam de tratamento em UTI para hospitais de outros municípios catarinenses.

A despeito dessa medida, a situação continuou a se agravar na macrorregião, até que, em 18.2.2021, o Hospital Unimed Chapecó informou ao MPSC “que já alcançou todos os limites de sua capacidade de atendimento (já ampliada para atendimento de pacientes de COVID), quer seja em leitos de enfermaria e/ou Unidades de Terapia Intensiva - UTI, e não descarta a necessidade de fechar as portas do Pronto Atendimento COVID, ainda que por um período, nas próximas horas, para que seja possível dar conta dos atendimentos, que já superamos número de 230 (duzentos e trinta) por dia”. (evento 1/34, p. 35).

No dia 23.2.2021, a direção do Hospital Regional São Paulo, situado em Xanxerê, veiculou carta aberta à população e às autoridades públicas noticiando o atingimento da capacidade máxima de internação em enfermaria e UTI, assim como dos serviços de urgência e emergência de pacientes à espera de vaga em leito hospitalar. (evento 1/33).

Na data de 25.2.2021, a entidade responsável pela gestão do Hospital São José, sediado em Maravilha, informou ao MPSC que “o colapso está instalado, a falta de leitos é real e a grande procura por atendimento em nosso Pronto Socorro é elevada”. (evento 1/32).

O colapso do sistema hospitalar se propagou para outras regiões do Estado de Santa Catarina.

Na data de 3.3.2021, o Hospital Unimed Litoral, situado em Itajaí, encaminhou ofício ao MPSC informando a ocupação total de todos os leitos de UTI, com fila de espera para atendimento de saúde nesta modalidade, além do atingimento da capacidade máxima da enfermaria. (evento 1/21).

No mesmo dia, o presidente do Instituto Maria Schmitt, responsável pela gestão do Hospital Florianópolis, deu ciência ao MPSC acerca da superlotação de pacientes infectados pela Covid-19, porquanto o nosocômio contava com 52 leitos para atender 90 pacientes internados. (evento 1/28).

Em igual sentido, a Unimed Grande Florianópolis, no dia 8.3.2021, noticiou a ocupação total dos leitos de UTI e enfermaria para Covid-19, e determinou a suspensão de admissão de novos pacientes no pronto atendimento. (evento 1/22).

Essa mesma situação de esgotamento dos meios de atendimento se repetiu nos hospitais Baía Sul e SOS Córdio, ambos situados em Florianópolis, e no Hospital São Camilo, sediado em Imbituba, conforme se infere dos ofícios e comunicados subscritos em 9.3.2021. (evento 1/19, 1/31 e 1/51).

Ainda, em 3.3.2021, os órgãos de saúde, **para minimizar a situação**, iniciaram a transferência de pacientes que aguardavam vaga em UTI para o Estado do Espírito Santo. Porém, a transferência foi suspensa, no dia 9.3.2021, haja vista o aumento da necessidade hospitalar daquele ente federado.

Por conseguinte, existe, no Estado de Santa Catarina, desde 27.2.2021, uma longa fila de espera para internação de pessoas infectadas pelo Covid-19 em leitos de UTI, conforme evidenciam os relatórios emitidos pela Gerência Estadual de Regulação de Internações Hospitalares (evento 1/5-16) e assim sintetizados:



| Data      | Número de pacientes aguardando leitos de UTI |
|-----------|--|
| 27.2.2021 | 245  |
| 28.2.2021 | 305  |
| 1.3.2021  | 352  |
| 2.3.2021  | 391  |
| 3.3.2021  | 395  |
| 4.3.2021  | 415  |
| 5.3.2021  | 468  |
| 6.3.2021  | 543  |
| 7.3.2021  | 570  |
| 8.3.2021  | 600  |
| 9.3.2021  | 621  |
| 10.3.2021 | 6 62   |

Ainda, a Superintendência de Serviços Especializados e Regulação da Secretariade Estado da Saúde informou que, no mês de fevereiro de 2021, as Centrais de Regulação encaminharam “478 solicitações de busca para UTI ADULTO COVID para pacientes que estavam recebendo assistência médica hospitalar nas emergências ou unidades de internação clínica. Destas, 26 solicitações foram encerradas por óbito”. (evento 1/17).

Para arrematar, há notícia de que o Secretário de Estado da Saúde, na data de 23.2.2021, encaminhou ofício ao Ministério da Saúde comunicando a falta de medicamentos do “kit intubação”, principalmente de relaxantes neuromusculares.

Não pairam dúvidas, portanto, de que o Estado de Santa Catarina vive o pior momento da pandemia, pois, além de os alarmantes números de pessoas contaminadas e de óbitos causados pelo Covid-19, existe o colapso das redes pública e privada de atendimento à saúde.

Mais do que isso, os dados apontam que as pessoas, por ausência de atendimento necessário à sua convalescença, estão morrendo à espera de tratamento compatível com a gravidade do quadro clínico. O quadro é estarrecedor.

Das ações implementadas pelo Estado de Santa Catarina para o enfrentamento da pandemia

O Decreto estadual n. 515/2020, editado em 17.3.2020, declarou situação de emergência de saúde pública relacionada à pandemia de Covid-19. (Disponível em: <[http://dados.sc.gov.br/dataset/149a36ac-19c6-47b3b873-9c0512f7a4db/resource/73d09d8d-3e06-4347-8442100d35280230/download/decreto\\_515-17.03.2020.pdf](http://dados.sc.gov.br/dataset/149a36ac-19c6-47b3b873-9c0512f7a4db/resource/73d09d8d-3e06-4347-8442100d35280230/download/decreto_515-17.03.2020.pdf)> Acesso em: 12 mar. 2020).

Esse normativo estadual inaugurou a adoção de uma série de medidas restritivas no âmbito estadual, como a suspensão das atividades e serviços públicos e privados não essenciais, a proibição da circulação de veículos de transporte coletivo urbano e a vedação da entrada de novos hóspedes no setor hoteleiro.

A seguir, em 12.3.2020, o Secretário de Estado da Saúde, para uma melhor gestão dos recursos humanos, materiais e científicos destinados à superação da pandemia, instituiu o Centro de Operações de Emergência em Saúde (COES), conforme consta na Portaria n.179/2020:

Art. 1º Instituir o Centro de Operações de Emergência em Saúde (COES), destinado a integrar ações e serviços de saúde, com os seguintes objetivos:

I - Contribuir para a organização e o fortalecimento da Secretaria de Estado da Saúde por meio de ações integradas entre as áreas da saúde, de acordo com os conceitos de gestão de risco para emergências em saúde;

II - Identificar e mapear as áreas de risco e a população exposta;

III - Planejar, avaliar e coordenar as atividades em resposta às emergências em saúde no Estado de Santa Catarina;

IV - Estabelecer medidas baseadas na gestão de risco, a partir das linhas de ação para a redução de risco, manejo das emergências e recuperação no âmbito do SUS;

V - Elaborar planos de preparação e resposta do setor saúde, por tipologia da emergência, contemplando todas as áreas, em consonância com as diretrizes do SUS;

VI - Na ocorrência de emergência em saúde, analisar os dados da Avaliação de Risco, Danos e Identificação das Necessidades, para subsidiar a elaboração de um plano de ação para atenção integral e reabilitação;

VII - Assegurar o fornecimento adequado de recursos necessários (humanos, veículos, material, medicamentos, equipamentos, insumos estratégicos etc.);

VIII - Garantir articulação e comunicação entre as Secretarias Municipais de Saúde, Macrorregionais de Saúde, Secretaria de Estado da Saúde e o Ministério da Saúde;

IX - Analisar o impacto das ações desenvolvidas sobre a cobertura e a qualidade assistencial;

X - Monitorar as ameaças e ocorrências de emergências em saúde no âmbito do Estado de Santa Catarina;

XI - Articular, junto aos demais órgãos envolvidos, a atuação da saúde de forma integrada;

XII - Avaliar a capacidade de resposta dos Municípios ou regiões atingidas por emergências em saúde, compondo forças tarefas para auxiliar nos processos de prevenção de doenças e mitigação dos danos e agravos à saúde da população exposta, durante e no pós-evento;

XIII - Elaborar informes, notas técnicas, instruções normativas e outros instrumentos capazes de esclarecer a população sobre as formas de prevenção contra as situações de emergência em saúde;

XIV - Elaborar informes sobre a situação para conhecimento dos gestores, técnicos do setor saúde e imprensa. (Disponível em: <<http://sigio2.doe.sea.sc.gov.br/sigio/Portal/VisualizarJornal.aspx?tp=pap&cd=2346>>. Acesso em: 11 mar. 2021).

Acerca da composição do COES e de seu caráter deliberativo, o art. 2º da Portaria. 179/2020 preceitua:

Art. 2º O COES será constituído por representantes das seguintes áreas:

- I. Gabinete do Secretário Estadual de Saúde;
- II. Assessoria de Comunicação;
- III. Superintendência de Gestão Administrativa;
- IV. Superintendência de Planejamento em Saúde;
- V. Superintendência de Vigilância em Saúde;
- VI. Superintendência dos Hospitais Públicos Estaduais;
- VII. Superintendência de Serviços Especializados e Regulação;
- VIII. Superintendência de Urgência e Emergência;
- IX. Diretoria de Educação Permanente em Saúde;
- X. Diretoria de Atenção Primária a Saúde;
- XI. Diretoria de Assistência Farmacêutica;
- XII. Diretoria de Articulação Regional;
- XIII. Diretoria de Vigilância Sanitária;
- XIV. Diretoria de Vigilância Epidemiológica;
- XV. Laboratório Central de Saúde Pública;
- XVI. Gerência de Saúde Ambiental/Vigidesastres;
- XVII. Gerência do Centro de Informações e Assistência Toxicológica;
- XVIII. Coordenadoria de Tecnologia da Informação e Governança Eletrônica;
- XIX. Gerência de Regulação Estadual e de Internação Hospitalar;
- XX. Gerência de Meio Ambiente e Produtos/LACEN;
- XXI. Gerência de Biologia Médica/LACEN;
- XXII. Gerência de Vigilância de Zoonoses, Acidentes por Animais Peçonhentos e Doenças Transmitidas por Vetores/DIVE;
- XXIII. Centro de Informações Estratégicas de Vigilância em Saúde/Unidade de Resposta Rápida.

§ 1º O COES terá caráter consultivo e deliberativo e seus integrantes serão indicados por meio de expediente subscrito pelo dirigente de sua respectiva área e designados por Portaria do Secretário de Estado da Saúde.

§ 2º Poderão ser convidados a integrar e/ou participar dos trabalhos e debates do COES, especialistas e representantes de outras instituições públicas ou privadas, bem como de organismos internacionais e organizações da sociedade civil.

§ 3º As atividades e atribuições do COES serão reguladas por Regimento Interno próprio, a ser elaborado por seus integrantes.

§ 4º Os integrantes do COES se reunirão ordinariamente em periodicidade a ser estabelecida em seu regimento interno para as atividades de planejamento e monitoramento das situações de emergência em saúde e diariamente enquanto esta permanecer.

A criação do COES foi ratificada pelo art. 2º do Decreto estadual n. 525/2020, de 17.4.2020, que declarou estado de calamidade pública para fins de enfrentamento da pandemia de Covid-19:

Art. 2º A Secretaria de Estado da Saúde (SES), por meio do Centro de Operações e Emergências em Saúde (COES), é o órgão central do Poder Executivo de coordenação técnica das ações necessárias ao enfrentamento de que trata o art. 1º deste Decreto.

Ato contínuo, o Governador do Estado de Santa Catarina editou Decreto estadual n. 785/2020, prorrogando a declaração do estado de calamidade e mantendo a delegação feita ao COES para estabelecer as medidas de enfrentamento de acordo com a matriz de risco epidemiológico:

Art. 8º-A Para fins de enfrentamento da pandemia da COVID-19, fica assim estabelecida a matriz de risco epidemiológico-sanitário da SES:

I - risco moderado;

II - risco alto;

III - risco grave; e

IV - risco gravíssimo.

§ 1º O COES, por meio de portaria, estabelecerá as medidas de enfrentamento da COVID-19 conforme a classificação das regiões de saúde na matriz de risco epidemiológico-sanitário, de acordo com os incisos do caput deste artigo.

§ 2º A classificação de cada região de saúde na matriz de risco epidemiológico-sanitário será atualizada semanalmente por meio de ato do COES.

O COES, portanto, foi erigido pela Chefia do Poder Executivo estadual como órgão técnico de saúde incumbido de realizar a “[...] coordenação técnica das ações necessárias ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus”, conforme, aliás, foi reconhecido no OFÍCIO GAB/PGE 492/20, encaminhado ao Procurador-Geral de Justiça e que foi subscrito pelo Procurador-Geral do Estado, pelo Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos e pelo Secretário de Estado da Saúde. (evento 1/22, autos n. 5090883-92.2020.8.24.0023).

Dessa mesma correspondência se retiram importantes elementos que evidenciam a relevância das deliberações do COES, como órgão técnico-científico, para a estruturação das políticas públicas de combate à Covid-19:

1. Já há um fluxo de trabalho entre as diversas instâncias que atuam no enfrentamento à situação em saúde pública, tendo sido esclarecido que a decisão se dará pelo Gabinete de Gestão da Crise, a partir da orientação técnica do COES; [...];
  - a. que a implementação progressiva das medidas de distanciamento social é direcionada pelo COES, consistindo em equipe multidisciplinar apta a orientar as ações sanitárias e epidemiológicas empreendidas, em especial o impacto sobre a rede pública de saúde;
  - b. que o COES já se constitui como um comitê técnico de especialista em epidemiologia, infectologia, gestão de risco sanitário, regulação e serviços especiais, assistência hospitalar, segurança do paciente, etc. [...];
  - c. que a liberação gradual de atividades tem sido precedida de protocolos de medidas sanitárias a serem seguidas, o que tem ocorrido por meio da publicação de portarias do COES, às quais se tem conferido ampla publicidade; [...]; (evento 1/22, p. 18-19, autos n. 5090883-92.2020.8.24.0023).

Assim, forçoso reconhecer que o Estado de Santa Catarina vinha pautando as ações de enfrentamento da pandemia estritamente em conformidade com critérios técnico-científico e consoante as deliberações do COES, como aliás, determinou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.427, quando conferiu “[...] interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção”. (rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 21.5.2020).

Todavia, em 14.12.2020, o Estado de Santa Catarina modificou radicalmente as formas de gerenciamento e de execução das ações para o controle da pandemia do Covid-19, passando a deliberar sobre a imposição de medidas sanitárias restritivas sem considerar a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que as “decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades Internacional e nacionalmente reconhecidas. Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j.24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei nº13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas “com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde”». (MC na ADI n. 6.427, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 21.5.2020).

Veja-se que Governador do Estado de Santa Catarina editou os Decretos estaduais ns. 1.003/2020 e 1.027/2020, autorizando o desenvolvimento de diversas atividades sociais e econômicas, sem que houvesse evidências científicas acerca da eficácia das medidas.

As declarações prestadas ao MPSC por Fernanda Melo (evento 1/37) e Raquel Ribeiro Bittencourt (evento 1/40), ambas servidoras da SES, confirmam que as decisões tomadas pelo Poder Executivo estadual não seguem as deliberações do COES.

Conforme declarou Raquel Ribeiro Bittencourt, «o Parecer 17 alertou para a paralisação das atividades. Era alertada a progressão dos casos. A estratégia de abrir leitos do Estado foi de suma importância, porém atua apenas numa frente, qual seja a mitigação. O problema é complexo, que envolve uma ação de evitar o contágio. A abertura de leitos é importantíssima, mas não é suficiente. O Parecer 17 não foi acatado [...]». (evento 1/40).

O referido Parecer 17, que foi elaborado pelo Centro de Informações Estratégicas de Vigilância em Saúde (CIEVS), em 3.12.2020, contém a seguinte recomendação:

O referido Parecer 17, que foi elaborado pelo Centro de Informações Estratégicas de Vigilância em Saúde (CIEVS), em 3.12.2020, contém a seguinte recomendação:

Diante do exposto, reiteramos as recomendações já realizadas no Centro de Operações de Emergências em Saúde (COES) de que o Estado de Santa Catarina estabeleça imediatamente medidas de restrição mais severas dos serviços essenciais a fim de reduzir o número de casos ativos e consequentemente um controle mais efetivo da epidemia, evitando a saturação dos serviços de saúde. (evento 1/36).

Ademais, as justificativas apresentadas pelo Estado de Santa Catarina para a edição do Decreto estadual n. 1.003/2020 não tem o condão de suprir a necessidade de apresentação de evidências científicas, como determina o art. 3º, § 1º, da Lei n. 13.979/2020:

[...]

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

Segundo consta no art. 9º, parágrafo único, o Decreto estadual n. 1.003/2020 foi editado com a finalidade de «[...] conferir segurança sanitárias aos serviços de hospedagem na temporada de verão, com vistas a garantir que os hotéis, pousadas, albergues e afins prestem os serviços observando todo o regramento sanitário e a coibir os serviços de hospedagem clandestinos».

Já o Secretário de Estado da Saúde, no ofício n. 2273/2020, assim justificou as medidas de flexibilização:

Os Decretos Estaduais ns. 1.027/2020 e 1.003/2020 foram resultado de um amplo debate multisetorial do Governo e seus órgãos técnicos, o que resultou em medidas razoáveis que, no entendimento deste órgão – repise-se, técnico -, não contribuem em nada para o agravamento da pandemia. Muito pelo contrário, as novas normativas fortalecem e facilitam a fiscalização do Estado e o cumprimento dos critérios de segurança estabelecidos, bem como afastam a clandestinidade. (evento 88/4, autos n. 5090883-92.2020.8.24.0023).



Ainda, constam no ofício as seguintes informações:

O atual regramento da atividade social-econômica de “hospedagem em hotéis, pousadas, albergues e afins” visa sanar dois reflexos indesejados que não podem ser desconsiderados pelo Poder Público no enfrentamento da pandemia de COVID-19. O primeiro é o fator econômico-financeiro. Em 2019, o turismo representou 12% do PIB estadual e R\$ 630 milhões em arrecadação de ICMS no Estado de Santa Catarina. O setor de serviços, maior impactado pela redução no turismo, foi responsável pela criação de mais de 33 mil postos de trabalho em solo catarinense. Assim, vislumbra-se a dependência do Estado de Santa Catarina, tanto para custeio da máquina pública como para geração de empregos, não podendo o Poder Público deixar de ponderar estes fatores quando da elaboração dos regramentos aqui discutidos.

Fácil perceber que as justificativas elaboradas pelo Poder Executivo estadual não demonstram, de forma clara, a metodologia, os critérios, os indicadores e as metas que culminaram com a sugestão de adoção das medidas sanitárias restritivas. Também não indicam que houve a prévia ouvida do COES ou do Conselho de Estado da Saúde (CES), este último que, por força da Lei n. 8.142/1990, também ostenta a condição de órgão técnico de saúde e tem a seguinte atribuição:

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e I - o Conselho de Saúde.

[...]

§ 2. O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

Da mesma forma ocorre em relação às exposições de motivos ns. 1 e 2/2021, as quais justificam o Decreto estadual n. 1.168/2021 (evento 1/48), razão pela qual aludidos documentos não tem serventia para substituir as orientações e deliberações do COES.

Por derradeiro, não se pode deixar de observar que a SES não tem o status de instância técnico-científica. Trata-se de um órgão público de natureza político-administrativa, com atribuições voltadas à gestão, controle, coordenação, formulação, regulação, acompanhamento, avaliação, monitoramento, gerenciamento, entre outras, por força do fenômeno da desconcentração administrativa (Lei Complementar estadual n. 741/2019).

É de se concluir, portanto, que o Estado de Santa Catarina deixou de considerar as orientações técnicas e as deliberações do COES e passou a efetivar as ações de enfrentamento da pandemia sem ponderar evidências científicas.

Da ineficiência do Estado de Santa Catarina na implementação de ações de enfrentamento da pandemia

É fato inconteste que a pandemia foi paulatinamente se agravando no Estado de Santa Catarina até atingir o cenário de catástrofe, tal como uma tragédia anunciada.

Atualmente, as pessoas não tem acesso aos sistemas de saúde público e privado. Diversos hospitais não atendem pacientes com sintomas leves. Os leitos de internação em enfermaria estão lotados, inclusive há fila de espera para transferência à UTI. Os profissionais de saúde que atuam na linha de frente estão esgotados.

Como consequência, pessoas estão evoluindo para óbito enquanto aguardam vaga para internação em UTI. E o número diário de mortes alcançou a casa da centena.

Tudo isso revela que as redes público e privada de saúde do Estado de Santa Catarina não foram preparadas, de forma apropriada, para o enfrentamento da segunda onda da pandemia, e que a flexibilização ampla e irrestrita das atividades sociais e econômicas, levadas a efeito no mês de dezembro de 2020 sem o amparo em critérios técnico-científico, foi fator determinante para o colapso do sistema de saúde.

Essa ineficiência estatal no combate da pandemia do Covid-19 também foi reconhecida pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE) no processo @RLI 21/001462836. Na ocasião, o Conselheiro Luiz Eduardo Cherem, adotando o parecer da Diretoria de Atividades Especiais, consignou:

*[...] No entanto, percebe-se que mesmo com todo investimento realizado e com o esforço na área de assistência, a resposta dos gestores estaduais e municipais frente à elevação do número de casos e de mortes decorrentes de COVID-19 não tem sido satisfatória.*

*Importante destacar que mesmo com os esforços do Governo por leitos UTI, anteriormente citados, a transferência de pacientes para o Estado do Espírito Santo atrelado à lista de espera por leitos de UTI mostra que estes não têm sido suficientes para fazer frente ao momento pandêmico em Santa Catarina.*

*A estratégia em pauta, beira a estagnação, já que os recursos humanos para o atendimento dos leitos de UTI Covid são restritos em função das especificidades e experiência necessária à assistência destes pacientes, fazendo com que a viabilidade de aumento de leitos tenha que ser planejada e quantificada de forma a garantir o acesso especializado necessário.*

*[...]*

*As estratégias adotadas até o presente momento deixam claro que a curva de demanda é muito maior que a assistência disponibilizada, comprovando o insucesso da ação e a necessidade de adoção de ações paralelas. (evento 1/49, p. 19-20).*

*Em arremate, assinalou Sua Excelência:*

*Diante do exposto considerando que as estratégias adotadas pelo Estado no combate aos efeitos da pandemia têm sido insuficientes, revelando-se, ainda, incoerentes com o cenário apresentado e insensíveis quanto à preservação da vida [...]. (evento 1/49, p. 25).*

O MPSC, por sua vez, acompanha a situação de insuficiência das ações do Estado de Santa Catarina desde o início da pandemia, tendo proposto, neste Juízo, duas outras Ações Cíveis Públicas.

Na Ação Civil Pública n. 5057977-49.2020.8.24.0023, em que o MPSC questiona a transferência das responsabilidades de gerenciamento e de execução das ações para o controle da pandemia, efetivada pelo Decreto estadual n. 630/2020, foi reconhecida a ineficácia das medidas adotadas pelo Governador do Estado de Santa Catarina e proferida decisão impondo as seguintes obrigações de fazer ao ente político:

(i) alterar os instrumentos que compõem o programa de descentralização e regionalização das ações de combate à Covid-19, definindo expressamente quais são as ações de saúde que devem ser adotadas pelos entes políticos em cada um dos graus de risco que integram a Matriz de Avaliação do Risco Potencial Regional prevista no art. 1º, § 1º, II, da Portaria SES n. 464/2020; (ii) implementar diretamente as medidas sanitárias previstas na Lei n. 13.979/2020 no âmbito regional, de acordo com a Matriz de Avaliação de Risco Potencial Regional, e em conformidade com as recomendações dos órgãos técnicos estaduais e do COES, quando a região de saúde atingir o grau de risco potencial gravíssimo, independente da atuação dos Municípios.

Naquela ação, o MPSC e o Estado de Santa Catarina firmaram acordo, com o seguinte teor:

1) A Secretaria Estadual da Saúde (SES), até o dia 25 de setembro de 2020, apresentará ao Ministério Público um estudo complementar à Matriz de Avaliação de Risco Potencial Regional contemplando um regramento específico para tratar da situação das regiões de saúde que permanecem em risco potencial gravíssimo, definindo o tempo máximo e as medidas adequadas a serem aplicadas, em conformidade com a Lei n. 13.979/2020; 2) O item (ii) da decisão que concedeu a tutela provisória passa a vigorar com a seguinte redação: (ii) implementar diretamente as medidas sanitárias previstas na Lei n. 13.979/2020 no âmbito regional, de acordo com a Matriz de Avaliação de Risco Potencial Regional, em conformidade com as recomendações e no prazo indicado pelos órgãos técnicos da SES quando a região de saúde atingir o grau de risco potencial gravíssimo e os Municípios, após notificação com prazo de até 72h, permanecerem inertes; 3) Decorrido o prazo de 72h da notificação, o Estado de Santa Catarina deverá determinar o cumprimento das medidas recomendadas pelos órgãos técnicos da SES mediante a edição do normativo correspondente e a implementação das medidas legais; 4) O Estado de Santa Catarina encaminhará cópia das notificações dos Municípios para o Ministério Público acompanhar e adotar as medidas cabíveis; [...]. (evento 67, ação civil pública n. 5057977-49.2020.8.24.0023).

A despeito de o MPSC e o Estado de Santa Catarina terem pactuado a transação, o primeiro noticiou o descumprimento das obrigações ajustadas, o que ensejou a autuação do procedimento de cumprimento de sentença n. 5080242-45.2020.8.24.0023.

A seguir, o MPSC ajuizou a Ação Civil Pública n. 5090883-92.2020.8.24.0023, objetando o levantamento das medidas restritivas anteriormente impostas às atividades sociais e econômicas e

que foi promovida pelos Decretos estaduais ns. 1.003/2020 e 1.027/2020.

Na apreciação do pedido de concessão de tutela provisória, entendeu-se que a decisão do Governador do Estado de Santa Catarina, por ter sido tomada ao arrepio de orientações técnico-científicas e sem a prévia deliberação do COES, violava o princípio constitucional da vedação do retrocesso social e, também, o direito fundamental à saúde. Diante disso, e por se divisar a probabilidade de configuração do cenário que se apresenta, foi determinado ao ente político o cumprimento de obrigações destinadas a frear os índices de contaminação:

- (i) limitar a hospedagem em hotéis, pousadas, albergues e afins de acordo com a Portaria SES n. 743/2020 e suas alterações posteriores;
- (ii) definir o funcionamento de casas noturnas, boates, pubs, casas de shows e afins em conformidade com a Portaria SES n. 744/2020 e suas alterações posteriores;
- (iii) estabelecer o funcionamento dos cinemas e teatros em consonância com a Portaria SES n. 737/2020 e suas alterações posteriores; e
- (iv) delimitar a realização de eventos sociais, segundo as disposições da Portaria SES n. 710/2020 e suas alterações posteriores.

Essa decisão foi mantida, na sua maior parte, pela eminente Desembargadora Ana Lia Moura Lisboa Carneiro quando da apreciação do pedido de concessão de efeito suspensivo no recurso de Agravo de Instrumento n. 5047056-03.2020.8.24.0000. Foram afastadas apenas as restrições impostas ao funcionamento de cinemas e teatros.

Contudo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no Pedido de Suspensão de Liminar n. 5047103-74.2020.8.24.0000, entendeu “[...] que a manutenção da decisão questionada causará grave lesão à ordem e à economia públicas” e, por conseguinte, deferiu o efeito suspensivo, dispensando o Estado de Santa Catarina do cumprimento das obrigações. O decisum considerou, na essência, a plausibilidade das informações prestadas pelo Secretário de Estado da Saúde no ofício n. 2273/2020, anexado no evento 88/4 dos autos n. 5090883-92.2020.8.24.0023, *ipsis litteris*:

Desde o Parecer 017/2020 CIVES/DIVE/SUV/SES/SC, que analisa o quadro vivenciado em 02/12/2020, foi substancialmente ampliada a capacidade de atendimento, com a habilitação de dezenas de UTIs e a liberação de recursos para implantação de 170 (cento) e setenta novos leitos no ano que se inicia.

Portanto, há planejamento do Estado quanto à ampliação de leitos e soluções alternativas,

- conforme documento CI n. 261/2020 - Superintendência de Serviços Especializados e Regulação -, que trata de forma clara e detalhada sobre o tema, demonstrando que os órgãos de saúde trabalham com vários cenários possíveis, havendo soluções para pronto estabelecimento em cada caso.

Infelizmente, a realidade factual, que era totalmente previsível - o TCE tem a mesma opinião

(evento 1/49, p. 18) -, é bem diversa daquela que foi retratada pelo Secretário de Estado da Saúde. Não houve um planejamento eficiente e nem a fiscalização efetiva para o cumprimento das mínimas restrições introduzidas pelos Decretos estaduais ns. 1.003/2020 e 1.027/2020.

Além disso, uma parcela da população não tem consciência de coletividade e nem preocupação social (solidariedade), pois insiste em desrespeitar as normas sanitárias, especialmente aquelas que impedem a aglomeração de pessoas e impõem o uso de máscara de proteção individual “para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos coletivos [...]” (Lei n. 13.979/2020, art. 3º-A).

Afora isso, não se pode considerar que, no mês de janeiro deste ano, tenha havido melhora no quadro da pandemia em função das medidas adotadas pelo Estado de Santa Catarina.

De acordo como o médico infectologista Fábio Gaudenzi de Faria, houve a diminuição da testagem e da notificação de casos ativos entre o fim de 2020 e no início deste ano, sobretudo em razão de a contaminação ter abarcado jovens que apresentaram apenas sintomas leves:

Houve diminuição de testes/diagnósticos no fim do ano por dificuldade de acesso aos laboratórios, alguns municípios anunciaram período de recesso, além da mobilidade da população. A maioria dos jovens teve casos leves, não houve interesse em realizar a testagem. A partir de fevereiro, nota-se aceleração importante do contágio. Houve aumento dos casos ativos. Possivelmente devido à falta de testagem do final do ano. Sempre há atraso dos dados de internação. Há mudança do perfil em casos jovens, em teoria pode representar circulação muita intensa nessa faixa etária. Houve uma falsa percepção de redução de contágio no fim do ano. A saturação da rede atual pode ser relacionada à mobilidade decorrente do final de dezembro e início de janeiro. (evento 1/38).

Para além, observa-se que o Estado de Santa Catarina, mesmo ciente do conteúdo do Parecer 17 (evento 1/36) elaborado pelo Centro de Informações Estratégicas de Vigilância em Saúde (CIEVS), em 3.12.220, que alertava sobre a possibilidade de ocorrer o aumento do número de contaminações e de óbito e da probabilidade de saturação das redes pública e privada de saúde, optou por autorizar a retomada das atividades sociais e econômicas.

Na balança do Poder Executivo estadual, prevaleceu exclusivamente o interesse econômico, sequer sendo empregada a técnica da ponderação ou sopesamento de outros princípios e valores constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana.

Em sendo assim, é possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre a ineficiência das ações adotadas pelo Estado de Santa Catarina e o cenário de flagelo vivenciado pela população.

De conseguinte, e invocando a célebre manifestação do Min. Ricardo Lewandowski no voto proferido na Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 770, que se amolda como uma luva ao caso em comento, pode-se afirmar que a “[...] pandemia desencadeada pelo novo coronavírus, que, em menos de um ano, infectou e vitimou fatalmente centenas de

milhares de pessoas no País e no mundo, revelou, dentre outras coisas, as fraquezas e virtudes de nossa forma de governança, em especial do sistema público responsável por assegurar os direitos fundamentais à vida e à saúde contemplados nos arts. 5º, 6º e 196 da Constituição Federal». (MC na ADPF n. 770, julgado em 24.2.2021).

Desse modo, impende reconhecer a ineficiência do Estado de Santa Catarina na implementação de ações de enfrentamento da pandemia do Covid-19.

### **Dos direitos fundamentais à vida e à saúde**

A Constituição Federal não é uma mera carta de regramento da organização do Estado Democrático de Direito. Além de inaugurar uma nova ordem jurídica, a Constituição Federal institui os valores básicos e os direitos fundamentais que devem ser assegurados, delimita as funções de administrar, legislar e julgar, e estabelece as limitações processuais. Em verdade, a Constituição Federal estabelece a supremacia da lei e fixa as limitações ao exercício do poder, ocupando, por isso, o centro do sistema jurídico. (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 31 e 535).

De acordo com o art. 5º da Constituição Federal, “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 [...]”.

Esse mandamento constitucional consagra os direitos fundamentais de primeira geração (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56), isto é, os direitos subjetivos outorgados aos cidadãos para garantir a dignidade da pessoa humana e limitar o poder estatal no Estado Democrático de Direito.

Ainda, preceitua o art. 196 da Constituição Federal que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Assim, o direito à saúde, que configura um direito fundamental de segunda geração, atribui “[...] ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57).

A seu turno, o art. 178 da Constituição Federal consigna que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle”.



Nessas circunstâncias, compete ao Poder Público empreender ações para disponibilizar atendimento e tratamento de saúde e, também, atuar na prevenção da difusão de moléstias, tudo para propiciar o bem-estar da população. Trata-se de postulado constitucional voltado à prestações positivas para o resguardo dos direitos fundamentais à vida e à saúde.

Para Ingo Wolfgang Sarlet,

Com efeito, a despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade é, essencialmente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, precondição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível. (A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 344).

Por serem direitos fundamentais, o direito à vida e à saúde devem ser garantidos imediatamente pelo Estado, até porque o § 1º do art. 5º da Constituição Federal expressa que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet,

Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível. (A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 389).

E, na sequência, ensina o renomado jurista que “o que importa é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade”. (A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 393).

Não por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 770, assentou que “[...] A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, a obrigação de o Estado dar-lhe efetiva concreção, por meio de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196)”.

E, no voto relator, Min. Ricardo Lewandowski, constou:

É por isso que inexistente qualquer dúvida de que o direito social à saúde coloca-se acima da autoridade de governantes episódicos, pois configura, como visto, um dever cometido ao Estado, compreendido como uma “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.<sup>5</sup> Vale lembrar, por oportuno, que o Brasil, segundo a Constituição de 1988, adotou a forma federal de Estado, “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal” (art. 1º, caput, da CF).

O dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos que se encontrem sob sua jurisdição - brasileiros e estrangeiros residentes no País - apresenta uma dimensão objetiva e institucional, que se revela, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde - SUS (art. 198, I, II e III, da CF), ao qual compete, dentre outras atribuições, “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos”, como também “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” (art. 200, I e II, da CF).

De se concluir, portanto, que os direitos fundamentais à vida e à saúde tem efeito vinculante, ou seja, devem ser realizados imediatamente pelo poder público.

### **Da legitimidade da intervenção judicial**

Leciona Ingo Wolfgang Sarlet que a falta de observância da vinculação da Administração Pública à realização dos direitos fundamentais pode “[...] levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais [...]”. (A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 393).

Isso decorre daquilo que o Min. Roberto Barroso denomina de constitucionalização, ou seja, “[...] a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico” (Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 428).

Portanto, no Estado Democrático de Direito - em que ocorre uma conexão interna entre a democracia e o Estado de direito (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 93), admite-se a intervenção judicial “[...] em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”. (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 449).

É por isso que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, e adotando o mesmo entendimento da Corte Constitucional da Colômbia, encampou a tese de que as múltiplas violações a direitos fundamentais configuram um estado de coisas inconstitucional e, por consequência, autorizam a intervenção judicial.

Segundo o relator, Min. Marco Aurélio,

A forte violação de direitos fundamentais, alcançando a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial justifica a atuação mais assertiva do Tribunal. Trata-se de entendimento pacificado, como revelado no julgamento do aludido Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, no qual assentada a viabilidade de o Poder Judiciário obrigar a União e estados a realizarem obras em presídios para garantir a integridade física dos presos, independentemente de dotação orçamentária. Inequivocamente, a realização efetiva desse direito é elemento de legitimidade do Poder Público em geral.

Há mais: apenas o Supremo revela-se capaz, ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. Isso é o que se aguarda deste Tribunal e não se pode exigir que se abstenha de intervir, em nome do princípio democrático, quando os canais políticos se apresentem obstruídos, sob pena de chegar-se a um somatório de inércias injustificadas. Bloqueios da espécie traduzem-se em barreiras à efetividade da própria Constituição e dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

Repita-se: a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal frente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais. Verificada a paralisia dos poderes políticos, argumentos idealizados do princípio democrático fazem pouco sentido prático. (Julgado em 9.9.2015).

Ainda, de acordo com o Min. Marco Aurélio, ocorre o estado de coisas inconstitucional quando se fizerem presentes “três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades”.

Esse entendimento também foi reproduzido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 2:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. ALEGADA AUSÊNCIA DE IMPLANTAÇÃO EFETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA E ADMINISTRATIVA. CRIAÇÃO DE NOVOS CARGOS E PRERROGATIVAS. ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA E JULGADO IMPROCEDENTE O PEDIDO.

[...]

4. O controle judicial de omissão em matéria de políticas públicas é possível – e, mais que isso, imperativo – diante de quadros de eternização ilícita das etapas de implementação dos planos constitucionais ou, ainda, em face de violação sistêmica dos direitos fundamentais, uma vez que o princípio da separação dos Poderes não pode ser interpretado como mecanismo impeditivo da eficácia das normas constitucionais, sob pena de transformar os programas da Carta Maior em meras promessas. Precedente: ADPF 347 MC, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 9/9/2015, DJe 19/2/2016. [...]. (rel. Min. Luiz Fux, julgado em 15.4.2020).

No caso em tela, constata-se que houve o colapso dos sistemas público e privado de saúde. Mais de 600 pessoas permanecem internadas em leitos de enfermaria aguardando transferência para tratamento em UTI, enquanto outras tantas sequer conseguem atendimento em unidades hospitalares. Também ocorreu a alta expressiva dos números de contaminados e de óbitos, alguns destes das pessoas que esperam vaga para internação em UTI.

Nesse momento, o Estado de Santa Catarina sequer consegue assegurar o mínimo existencial, ou seja, “[...] o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos [...]”. (A eficácia dos direitos fundamentais. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 464).

O Estado de Santa Catarina, além de não mais garantir o atendimento à saúde, deixou de assegurar o direito à vida. Esse lamentável e desolador cenário, sem sombra da dúvida, configura grave transgressão aos direitos fundamentais erigidos pela Constituição Federal.

Calha à fiveleta a transcrição do voto do Conselheiro Luiz Eduardo Cherem, do TCE:

Santa Catarina já foi referência na gestão da pandemia, quanto em março de 2020 fechou boa parte dos serviços, tornando medidas altamente restritivas.

Atualmente, segundo levantamento do jornal americano The New York Times [...], somos o pior Estado do país no número de caso a cada 100.000 habitantes, com base nos dados de 21 a 27 de fevereiro.

Nos encontramos no pior momento da doença desde o início da pandemia, e com a curva pandêmica em aceleração, indicando que o cenário será ainda pior nos próximos dias. Paralelamente temos medidas restritivas impostas muito mais brandas do que as empregadas em março de 2020, trazendo incoerência à gestão da pandemia.

A condução não coerente instaura insegurança à população como um todo, tornando necessária ações de educação e orientação, visando especialmente atingir aos grupos socialmente rebeldes, aqueles que insistem, mesmo diante da piora do cenário, em não seguir os regramentos estabelecidos para as diversas atividades. (evento 1/49, p. 22).

Não fosse o suficiente, verifica-se que essa estarrecedora situação de saúde decorre diretamente da ineficiência do Estado de Santa Catarina nas ações e medidas para o enfrentamento da pandemia, sobretudo pela retomada de atividades sociais e econômicas sem critérios técnico-científicos.

Nesse panorama, entende-se configurado um contexto de estado de coisas inconstitucional, pois se tem presente uma violação generalizada dos direitos fundamentais à vida e à saúde, a incapacidade do Estado de Santa Catarina de modificar a situação e a necessidade de atuação de uma pluralidade de autoridades para fazer cessar as transgressões.

Especificamente a respeito da necessidade de atuação, a Resolução n. 004/2021 do Conselho Estadual de Saúde recomenda “que o Governo do Estado de Santa Catarina adote imediatamente as medidas expressas na Carta do Conselho Nacional dos Secretários de Saúde- CONASS, publicada em 01 de março de 2021, adaptada à realidade do Estado [ ]”. (evento 1/42).

Por essas razões, não há espaço para a persistência da ineficiência do Estado de Santa Catarina sob o fundamento de que detém o poder discricionário para agir. Em se tratando de uma política pública definida pelo legislador constituinte como responsabilidade do Estado - garantia dos direitos fundamentais -, não há discricionariedade para o administrador. Como afirma Ronald Dworkin, “o sentido forte de poder discricionário não é equivalente à licenciosidade e não exclui a prática”. (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017, p. 53).

Assim, diante da judicialização da política pública, isto é, da submissão de questões políticas e sociais ao controle judicial (BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 443), cabível a intervenção do Poder Judiciário sem que isso represente ofensa à separação dos poderes (CF, art. 2º) ou intromissão indevida nas funções típicas do Poder Executivo estadual, até porque, como dantes mencionado, a obrigação de garantia dos direitos fundamentais à vida e à saúde tem caráter vinculante.

No ponto, pontificou o Supremo Tribunal Federal:

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOPTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. grave que, sob o manto da competência exclusiva

ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. [...] 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. [...]. (MC na ADI n. 6341, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15.4.2020).

E:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Direito Constitucional. Ação civil pública. Delegacia de polícia. Destacamento de servidores para a manutenção do funcionamento. Regime de plantão. Necessidade. 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 dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal. 2. Agravo regimental não provido. (Ag. Reg. no RE n. 669.635, 2ª Turma, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17.3.2015).

Em suma, configurado o estado de coisas inconstitucional, impositiva a determinação de medidas para a restauração da ordem constitucional violada.

### **Do pedido de concessão in limine da medida restritiva de *lockdown***

Há forte probabilidade do direito invocado pela parte autora, porquanto ficou demonstrada a necessidade de intervenção judicial para fazer cessar o estado de coisas inconstitucional reinante na execução das ações de saúde de enfrentamento à pandemia de Covid-19.

O periculum in mora igualmente desponta evidente, pois a efetivação de uma política pública de saúde eficaz no combate à pandemia de Covid-19 tem caráter emergencial e se presta a garantir os direitos fundamentais à vida e à saúde.

Além disso, há necessidade de imediato pronunciamento judicial diante da ausência de capacidade de suporte dos sistemas público e privado de saúde para garantir tratamento adequado às pessoas infectadas pelo Covid-19.

Não bastasse, somente a condução de uma política de saúde calcada em critérios técnico-científicos tem potencial para assegurar o regular funcionamento dos sistemas público e suplementar,



singularidade que também desvela a situação de urgência.

Sem embargo, não cabe ao Poder Judiciário, nesse momento processual, avaliar a conveniência e nem decidir sobre a decretação da medida de lockdown (item b.1 da petição inicial).

Como bem obtemperou o Min. Marco Aurélio, no estado de coisas inconstitucional “o Tribunal não chega a ser um ‘elaborador’ de políticas públicas, e sim um ‘coordenador institucional’, produzindo um ‘efeito desbloqueador’” (STF, MC ADPF n. 347/DF, j. 9.9.2015).

A não bastar, no caso específico da política pública de saúde voltada ao enfrentamento da pandemia, determina o art. 3º, § 1º, da Lei n. 13.979/2020, que “as medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

A norma legal, como se nota, institui uma vinculação obrigatória entre as orientações científicas e as medidas sanitárias restritivas previstas no art. 3º da Lei n. 13.979/2020, como o isolamento, a quarentena, o uso obrigatório de máscaras, e a determinação de realização compulsória de exames, testes e vacinação.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que “a autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”. (MC na ADI 6421, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 21.5.2020). (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.421/DF, rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 21.5.2020).

Nesse prisma, compete, a princípio, ao Governador do Estado de Santa Catarina, após a prévia deliberação do COES, que constitui a instância técnico-científica criada por Sua Excelência para a coordenação técnica das ações necessárias ao enfrentamento da pandemia (Decreto estadual n. 562/2020, art. 3º), implementar, se assim for recomendada, a medida extrema de lockdown.

Na realidade, não é possível ao Poder Judiciário, neste momento processual, substituir a decisão do Governador do Estado de Santa Catarina (pedido “b.1” da petição inicial), pois, em razão da desarticulação do COES, sequer há conhecimento sobre a orientação científica e adequação técnica da medida extrema.

À vista disso, exsurge como providência indeclinável, nesta fase processual, compelir o Estado de Santa Catarina ao cumprimento das seguintes obrigações:

### **Dos demais pedidos de tutela provisória.**

O pedido deduzido no item b.6, consistente na imposição de obrigação de divulgação da lista de pessoas que aguardam, no âmbito do SUS, em fila de espera para internação em leitos de enfermaria de UTI, comporta deferimento.

A Lei estadual n. 17.066/2017, assim estabelece:

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), em todas as esferas de Governo no Estado de Santa Catarina, deve publicar e atualizar, em seu site oficial na internet, a lista de espera, atualizada, dos pacientes que aguardam consultas (discriminadas por especialidade), exames, intervenções cirúrgicas e quaisquer outros procedimentos na sua área de gestão.

Parágrafo único. As listagens disponibilizadas devem ser específicas para cada modalidade de consulta (discriminada por especialidade), exame, intervenção cirúrgica ou procedimentos e abranger todos os pacientes inscritos em quaisquer das unidades do SUS do Estado de Santa Catarina, incluindo as unidades conveniadas e outros prestadores que recebam recursos públicos.

Art. 2º A divulgação das informações de que trata esta Lei deve observar o direito à privacidade do paciente, que poderá ser identificado pelo número do Cartão Nacional de Saúde (CNS) ou pelo Cadastro de Pessoas Físicas (CPF).

Art. 3º A lista de espera de que trata esta Lei deve ser disponibilizada em cada esfera de Governo pelo gestor do SUS, que deverá seguir a ordem de inscrição para a chamada dos pacientes, salvo nos procedimentos emergenciais, reconhecidos como tal.

Parágrafo único. O gestor estadual do SUS deve unificar as listas estaduais, levando em consideração os critérios técnicos para o atendimento do paciente.

Em contraposição, defende o Poder Executivo estadual que “[...] esta transparência já é garantida, uma vez que essas informações estão sendo divulgadas constantemente e, inclusive, são de conhecimento dos órgãos que emitiram a recomendação ora respondida. De todo modo, serão levadas em consideração as recomendações para que estas informações se tornem de mais fácil acesso à população; para tanto a área técnica que gerencia o site <https://listadeespera.saude.sc.gov.br/index.html> necessita de tempo razoável para avaliação”. (evento 48, p. 5).

Todavia, deixou o Estado de Santa Catarina de indicar ao MPSC qual o canal se destina ao cumprimento da Lei estadual n. 17.066/2017.

Em adição, registre-se que a pandemia do Novo Coronavírus se instalou no território catarinense há cerca de um ano, período mais do que suficiente para que fossem promovidos os ajustes necessários ao cumprimento da Lei estadual n. 17.066/2017.

Não fosse o suficiente, é consabido que, no âmbito da Administração Pública, vigora o princípio constitucional da publicidade (CF, art. 37), singularidade que desvela que a divulgação das listas de espera não deve ficar restrita apenas aos órgãos de controle.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal pronunciou que “a Constituição Federal de 1988

consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade”. (MC na ADI n. 6.347, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 30.4.2020).

Dessa forma, manifesta a probabilidade do direito invocado quanto pedido formulado no item b.6 da petição inicial, devendo o Estado de Santa Catarina promover a divulgação das listas de pessoas infectadas pelo Covid-19 que, no âmbito do SUS, aguardam vaga para internação em leitos de enfermaria e de UTI, observada a diretriz encartada no art. 2º da Lei estadual n. 17.066/2017.

Oportuno ressaltar que essa providência não viola o direito à privacidade/intimidade (CF, art. 5º, X) e nem importa em vulneração das disposições da Lei n. 13.709/2018. É que a divulgação da lista de pessoas que aguardam vaga para internação em UTI vai ao encontro do interesse público, na medida em que permite o acompanhamento da evolução e a fiscalização do fornecimento do serviço afeto à pandemia.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao apreciar a matéria, reconheceu a constitucionalidade de lei municipal que determinava a divulgação de lista de espera de consulta médicas, exames e cirurgias:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DO RIO GRANDE. LEI DE INICIATIVA DO LEGISLATIVO QUE DETERMINA A DIVULGAÇÃO DE LISTAS DE ESPERA EM CONSULTAS, EXAMES E CIRURGIAS ELETIVAS. VÍCIO DE INICIATIVA INEXISTENTE. VIOLAÇÃO À INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. 1. A lei municipal, de iniciativa do Poder Legislativo, que determina a divulgação de listas de espera de consultas, exames e cirurgias eletivas pelo sistema público de saúde do Município não padece de vício de iniciativa, na medida em que não cria atribuições à Secretaria Municipal de Saúde, tampouco interfere no funcionamento do serviço de saúde. 2. Norma que objetiva a concretude do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos, resguardando sua transparência. Constitucionalidade de leis similares, editadas em outros Municípios, reconhecida por este Órgão Especial. 3. Violação à privacidade dos pacientes que não se verifica, mormente porque não há obrigatoriedade de divulgação de prontuário médico e/ou diagnóstico. Ademais, a lei prevê regulamentação daquilo que for cabível pelo Poder Executivo, ocasião em que poderão ser adotadas medidas visando à proteção das informações a ser divulgadas. IMPROCEDÊNCIA DA ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70080943996, Tribunal Pleno, rel. Des. Ricardo Torres Hermann, julgado em 27.5.2019).

Na mesma esteira, o risco de ineficácia da medida, advindo da não divulgação imediata das listas de espera dos leitos de enfermaria e de UTI desponta manifesta, porquanto o Estado de Santa Catarina atravessa a pior fase da pandemia, inexistindo utilidade no cumprimento dessa obrigação somente com o trânsito em julgado.

Finalmente, quanto ao requisito da reversibilidade estampado no § 3º do art. 300 do Código de Processo Civil, ensinava o Min. Teori Zavascki que “a reversibilidade diz com os fatos decorrentes

do cumprimento da decisão e não com a decisão em si mesma. Esta, a decisão, é sempre reversível, ainda que sejam irreversíveis as consequências fáticas decorrentes de seu cumprimento”. Assim, ainda que se trate de “provimento por natureza reversível, o dever de salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental à segurança jurídica do réu impõe que o juiz assegure meios para que a possibilidade de reversão ao status quo ante não apenas seja formal, mas que se mostre efetiva na realidade fática” (Antecipação da tutela. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 103).

Disso resulta como certo que a não concessão da tutela provisória tem potencial para causar danos irreversíveis, maculando, de forma irreparável, o direito à saúde e à informação da população catarinense, enquanto que o ônus decorrente do cumprimento da medida não é capaz de afetar um bem jurídico de igual importância.

Quanto às demais medidas requestadas pelos autores (itens b.2, b.3 e b.4 da petição inicial), carecem de viabilidade jurídica.

A elaboração de uma política pública, compreendida como um “[...] tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas)” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2017, p. 36), constitui ato governamental de competência dos Poderes Executivo e Legislativo.

Dito de outro modo, constitui tarefa do Poder Judiciário intervir para garantir a execução de uma política pública, sendo-lhe vedado, contudo, determinar a sua elaboração ou mesmo efetivar a sua estruturação, haja vista a providência implicar na realização de escolhas que refogem da alçada da decisão judicial.

Na dicção de Luís Roberto Barroso,

*Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação.*

*Por sua vez, a questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribui as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo.*

*O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais. (Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 431 e 435-436).*

Além do mais, a elaboração de um plano para a minimização do impacto econômico (item b.2) produz reflexos nos campos financeiro, orçamentário e fiscal e, também, no planejamento público, motivo pelo qual deve constitui um ato privativo dos Poderes Executivo e Legislativo.

Na ótica de Regis Fernandes de Oliveira,

*A efetivação dos direitos fundamentais e democráticos pressupõe a escolha dos instrumentos e a liberação de verbas para o atendimento e a realização das políticas públicas. O atendimento dos interesses básicos da sociedade pressupõe a tomada de uma decisão política do gasto. Este é, essencialmente, uma deliberação política, isto é, fundada na conveniência e oportunidade do interesse público. Como os recursos são finitos, a arte de bem administrar pressupõe a boa decisão na escolha. (Curso de direito financeiro. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 413).*

*Assim também entendem Fábio Luis Franco e Antonio Darienso Martins,*

*A partir do advento da LC 101/2000, que introduziu em nosso ordenamento jurídico a Lei de Responsabilidade Fiscal, regulamentou-se de forma plena o controle dos orçamentos públicos, que devem obedecer às regras e vinculações contidas no texto constitucional, o que limita sensivelmente o poder discricionário da administração pública, e por conseguinte, o manuseio da ACP como meio de se obter destinação diversa para os recursos públicos daquelas previstas no orçamento ou ainda no Plano Plurianual. (A ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. Revista de processo. São Paulo, v. 135, p. 68, mai. 2006).*

Acresça-se ao que foi dito que a criação de uma política pública é ato que demanda o competente processo legislativo e para o qual o Poder Judiciário não tem iniciativa de proposição.

Dessa forma, inviável a imposição de obrigação para o Estado de Santa Catarina elaborar um plano para a minimização do impacto econômico (item b.2).

No que concerne à fiscalização dos estabelecimentos e atividades (item b.3), verifica-se que o Decreto estadual n. 1.200/2021, que modificou a redação do art. 33 do Decreto estadual n. 562/2020, assim dispõe:

*Art. 33. Na forma do art. 52 da Lei nº 6.320, de 20 de dezembro de 1983, ficam investidos como autoridades de saúde os militares e servidores da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Santa Catarina e da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina, cabendo-lhes a fiscalização das medidas específicas de enfrentamento previstas neste Decreto, bem como daquelas dispostas em atos normativos estaduais e municipais, especialmente da SES, sem prejuízo da atuação de órgãos com competência fiscalizatória específica.*

*§ 1º Em complemento ao previsto no caput deste artigo e durante a calamidade pública decorrente da COVID-19, fica o Secretário de Estado da Saúde autorizado a investir como autoridades de saúde servidores públicos estaduais e municipais que ocupem cargos de competência fiscalizatória.*

*§ 2º Havendo descumprimento das medidas estabelecidas neste Decreto ou em Portarias do Secretário de Estado da Saúde, as autoridades competentes devem apurar eventual prática de infrações administrativas previstas na Lei federal nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, ou na Lei nº 6.320, de 1983, bem como do crime*

*previsto no art. 268 do Código Penal, sem prejuízo da interdição do local da atividade ou do estabelecimento infrator.*

Outrossim, segundo divulgado pelo Comando-Geral da Polícia Militar de Santa Catarina, em 27.2.2021, foi destacado um efetivo de 500 policiais, além das fileiras convencionais, para atuarem nas ações de fiscalização das medidas restritivas de combate à pandemia. (Disponível em: <<https://www.pm.sc.gov.br/noticias/policia-militar-fortalece-operacao-contr-a-pandemia-em-sc>>. Acesso em: 12 mar. 2021).

Assim, necessário reconhecer a ausência de interesse processual em relação ao pedido constante no item b.3, sobretudo em razão de que a ineficiência da atividade fiscalizatória deve ser combatido por outro meio.

Alfim, quanto ao pedido de apresentação de plano de retomada gradual e segura das atividades (item b.4 da petição inicial), está contemplado na ordem de submissão do Governador do Estado de Santa Catarina à execução das deliberações técnicas emanadas do COES.

Ademais, encontra-se em pleno vigor, por força do acordo judicial celebrado na Ação Civil Pública n. 5057977-49.2020.8.24.0023, a vinculação das ações de enfrentamento à Matriz de Avaliação de Risco Potencial Regional, que dispõe sobre as atividades sociais e econômicas em cada risco potencial.

Assim, cabe ao Estado de Santa Catarina definir a retomada gradual e segura das atividades - quando a situação epidemiológica assim permitir -, levando em consideração as orientações do COES e a Matriz de Avaliação de Risco Potencial Regional.

Destarte, a concessão da tutela provisória, em parte, é medida que se impõe.

1. Isto posto, defiro parcialmente o pedido de tutela provisória deduzido nesta ação civil pública (CPC, art. 300 c/c Lei n. 7.347/1985, art. 12), para o fim de impor ao Estado de Santa Catarina o cumprimento das seguintes obrigações de fazer:

(i) restabelecer, no prazo de 24h, a contar da intimação da Procuradoria-Geral do Estado, o regular funcionamento do Centro de Operações de Emergência em Saúde (COES) como instância técnico-científica e como órgão deliberativo acerca das ações de enfrentamento da pandemia (Decreto estadual n. 562/2020, art. 3º), mantida a mesma constituição dos representantes listados no art. 2º da Portaria SES n. 179/2020;

(ii) submeter à prévia deliberação do COES, a partir da intimação da Procuradoria-Geral do Estado, todas as ações e planos que envolvam: (a) imposição de medidas sanitárias restritivas; (b) autorização para a retomada das atividades sociais e econômicas; e (c) alteração na Matriz de Avaliação de Risco Potencial Regional;

(iii) implementar, no prazo de 24h, a começar no momento da comunicação formal do



Secretário de Estado da Saúde, as deliberações do COES que recomendarem a imposição de medidas sanitárias restritivas e a flexibilização da retomada das atividades sociais e econômicas;

(iv) levar à apreciação e à deliberação do COES, no prazo de 48h, computado a partir da intimação da Procuradoria-Geral do Estado, o pedido de decretação de lockdown deduzido nesta Ação Civil Pública - e que também foi recomendado pelo Tribunal de Contas do Estado -, assim como implementar, no prazo de 24h após a conclusão da reunião do COES, as medidas sanitárias restritivas que sejam recomendadas por aquele colegiado, mediante a edição dos normativos correspondentes;

(v) instituir, no prazo de 5 dias, a datar da intimação da Procuradoria-Geral do Estado, a divulgação das listas de espera por leitos de UTI e de enfermaria dos pacientes infectados com a Covid-19 no sítio eletrônico oficial do Novo Coronavírus ou da home page destinada ao cumprimento da Lei estadual n. 17.066/2017, com a atualização a cada período de 24h, observada a diretriz encartada no art. 2º dessa citada norma.

Nesse momento, com a finalidade de garantir o fiel cumprimento das obrigações, e conforme autorizam os arts. 297 e 536 do CPC, arbitro multa pecuniária no valor diário de R\$ 50.000,00 para o caso de descumprimento desta decisão, não descartando a adoção de outras medidas em caso de inexecução.

Diante das responsabilidades do Governador e do Secretário de Estado da Saúde pelo fiel cumprimento das obrigações acima estipuladas, desde logo promovo o direcionamento das astreintes as suas pessoas e advirto que a omissão tem a potencialidade de configurar a prática de crime de responsabilidade (Lei n. 1.079/1950, art. 12) e de ato de improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992, art. 11, II).

Ainda, com esteio no art. 139, IV, do CPC, asseguro aos representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública a prerrogativa de acompanharem as reuniões do COES. Caberá ao Secretário de Estado da Saúde dar ciência prévia ao MPSC e à DPE/SC acerca da data, horário e local dos encontros, com antecedência mínima de 12h, pelo meio mais expedito de comunicação.

Promova-se a intimação do Estado de Santa Catarina pelo endereço eletrônico [judicial@pge.sc.gov.br](mailto:judicial@pge.sc.gov.br), conforme determina a Portaria GAB/PGE n. 008/2021, publicada no Diário Oficial do Estado de Santa Catarina n. 21.463, em 22/2/2021.

Nos termos do art. 7º, II, da Resolução Conjunta GP/CGJ n. 7/2021, determino a expedição e a distribuição, em regime de plantão, dos mandados de intimação pessoal do Governador do Estado de Santa Catarina e do Secretário de Estado da Saúde para o cumprimento desta decisão.

2. Comunique-se à Corregedoria-Geral da Justiça, na forma do item «b» da Circular CGJ n. 153/2020.

3. Relego a apreciação dos pedidos de ingresso no feito para empós o exame do pedido de tutela provisória

Assim, cumpridos os mandados necessários, retornem os autos conclusos na fila CONCLUSO1.

4. Cite-se o Estado de Santa Catarina para oferecer contestação em 30 dias (CPC, art. 335, caput, c/c art. 183).

5. Em seguida, intimem-se os autores para apresentarem réplica no prazo legal (CPC, art. 351 c/c art. 180).

Intimem-se.

Florianópolis, data da assinatura digital.

**JEFFERSON ZANINI**

Juíz de Direito

## PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI ANTITÓXICOS Nº 0006985-54.2019.8.24.0008/SC

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ACUSADO: ALEX WENDER DA CRUZ

ACUSADO: CLAUDINEI ALVES MOREIRA

ACUSADO: CARLOS EDUARDO ORZECOWSKI

ACUSADO: DOUGLAS VINICIUS DA ROSA

ACUSADO: DUAN HENRIQUE VIEIRA DOS SANTOS

ACUSADO: EDSON CARLOS MOREIRA

ACUSADO: IAGO PATRICK VIEIRA XAVIER DE LIMA

ACUSADO: MARCOS PAULO RODRIGUES

ACUSADO: MOACIR MAICON ALEXANDRINO PEREIRA

ACUSADO: RICARDO XAVIER DE LIMA

ACUSADO: RODRIGO DA FONSECA GONCALVES

ACUSADO: YGOR LUIZ ROSA

### SENTENÇA

Na Comarca de Blumenau, o Representante do Ministério Público, no uso de suas atribuições legais, com base na Portaria nº 111.19.00028 incluso no evento 18 do IP nº 0004289-45.2019.8.24.0008, ofereceu denúncia contra Duan Henrique Vieira dos Santos, qualificado no evento 06, dando-o como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006; Iago Patrick Vieira Xavier de Lima, Ricardo Xavier de Lima, Alex Wender da Cruz, Moacir Maicon Alexandrino Pereira, Edson Carlos Moreira e Carlos Eduardo Orzechowski, qualificados no evento 06, dando-os como incursos nas sanções do artigo 2º, § 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 e artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, todos na forma dos arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal; e Marcos Paulo Rodrigues, Ygor Luiz Rosa, Claudinei Alves Moreira, Douglas Vinicius da Rosa, Rodrigo da Fonseca Gonçalves, qualificados no evento 06 destes autos principais, dando-os como incursos nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, todos na forma dos arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal, em razão dos seguintes fatos delituosos, assim descritos na exordial acusatória:

*“Crime de organização criminosa – denunciados IAGO, RICARDO, ALEX, MOACIR, EDSON e CARLOS1 Desde data até o momento não esclarecida nestes autos, mas a ser apurada na instrução processual, e se sabendo que pelo menos desde fevereiro de 2019, no Município de Blumenau/SC, os denunciados IAGO (vulgo “Testa”), RICARDO (vulgo “Bruxo/Xobru” e “Kaido/Caido”), ALEX (vulgo “Lombriga”), MOACIR (vulgo “Tataba/Batata”), EDSON (vulgo “Fósforo”), CARLOS (vulgo “Du”), CLAUDINEI (vulgo “Baiano”), MARCOS (vulgo “Marcola”), YGOR (vulgo “Neguinho”), DOUGLAS (vulgo “Negão”) e RODRIGO (vulgo “Canjica”) integraram, pessoalmente, organização criminosa estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes, em especial os de homicídio, tráfico de drogas e de associação para o tráfico de drogas, infrações penais cujas penas máximas são superiores a 4 anos. Extrai-se dos autos que os denunciados integram (participando, auxiliando, comandando, coordenando, estabelecendo conexão e, de qualquer modo, concorrendo para o crime) a organização criminosa conhecida popularmente pela sigla PGC – Primeiro Grupo Catarinense, facção criminosa originária do Estado de Santa Catarina, composta por um número indeterminado de faccionados, superando a casa dos milhares, e cuja finalidade precípua é a prática de crimes, em especial os acima referidos. O grupo, que tem estrutura bem definida com hierarquias, tem atuação criminosa dentro e fora do sistema prisional, principalmente no tráfico de drogas, associação para o tráfico, homicídios, crimes contra o patrimônio e crimes previstos na Lei nº 10.826/2003 (Lei de Armas). O propósito do PGC, formalizado até em estatuto próprio, visa, basicamente, uma expansão da facção para uma predominância criminosa. Além disso, é objetivo do PGC sedimentar uma estrutura para ir de encontro ao sistema, causando temor ao Poder Judiciário, Ministério Público, sistema prisional e às forças policiais, com intuito de conseguir regalias nas unidades prisionais e continuar a organizar o crime, mesmo de dentro dos estabelecimentos penais. A estrutura hierárquica do PGC possui funções e status bem definidos. No topo do comando está o 1º Ministério, formado por sete integrantes vitalícios. Abaixo, está o 2º Ministério, também com sete integrantes, todos, obrigatoriamente, presos já recolhidos na em ala da Penitenciária de São Pedro de Alcântara, a qual chamam de “Torre”. Na sequência, vem os Disciplinas: os gerais (de municípios ou grandes localidades), de bairros ou de localidades (ruas e localidades menores) e de unidades prisionais. Na ponta, estão os faccionados “comandados”, os quais, além de cumprirem as determinações, praticam os mais variados crimes “permitidos” em benefício próprio e da organização, alimentando e mantendo toda a estrutura. Dessa forma, a facção consegue gerenciar e controlar melhor seu efetivo, aplicando uma cadeia de comando para as ordens e diretrizes, as quais são transmitidas nas cidades pelos integrantes que exercem a função de Disciplina2, conforme fluxograma a seguir. (imagem) Compõem ainda a estrutura de poder da facção dez mulheres chamadas de Leais Femininas, as quais comandam o PGC Feminino, também com estatuto próprio, mas vinculado ao “geral”. O PGC se mantém por meio do pagamento de mensalidade (chamada de dízimo ou caixa) por seus integrantes, e também pela venda de rifas. Essa arrecadação é proveniente principalmente do tráfico ilícito de drogas, locação de armas e de outros instrumentos para práticas de furtos e roubos e outras modalidades delitivas. Dentro da organização, os disciplinas de bairro/localidades exercem funções de comando, podendo organizar o funcionamento do tráfico de drogas de sua região, distribuir espaços e, ainda, cobrar e controlar o pagamento do caixa/dízimo. O grupo vale-se de armas de fogo para o exercício das atividades criminosas, bem como retalia condutas não aceitas, impondo “pena de morte” aos faccionados que descumprirem as “regras” da organização, e reprime os locais dominados, por meio de ameaças e violência, efetivando, assim, processo de intimidação coletiva. Assim, em razão de diligências investigativas acerca do homicídio de Ailson José da Silva, vulgo “Magrão”, o qual teve sua morte determinada por faccionados do PGC em razão de desacerto oriundo do tráfico de drogas realizado pelo referido grupo criminoso na localidade denominada “Repa”/”República Argentina” 3, foi apreendido, no dia 15/2/2019, no interior do veículo PEUGEOT/206, placas MAW-6104, pertencente ao denunciado MARCOS, vulgo “Marcola”, uma caderneta cujas anotações referem-se à organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense na localidade conhecida como “República Argentina”/”Repa”, no Bairro Ponta Aguda, neste Município, e sobre a coordenação do tráfico de drogas naquela localidade, constando, ainda, entre essas e outras anotações, uma espécie de ata de reunião de faccionados do PGC da “Repa” que tratava de procedimentos*

a serem seguidos na referida localidade pelos criminosos que ali atuam/atuavam e sobre o “afastamento” de Ailson, vulgo Magrão”, a qual foi assinada por quase todos os denunciados com suas respectivas alcunhas<sup>4</sup> e também pelas alcunhas “Don Juan”, posteriormente identificado como o adolescente infrator João Victor Demétrio da Silva, e pelas pessoas de alcunhas “Fiel” e “Tile”, até o momento não identificadas. A partir das alcunhas indicadas nas anotações apreendidas, combinadas com os dados extraídos dos telefones celulares do adolescente infrator João Victor e dos denunciados MARCOS e RODRIGO, aliados aos relatos informais prestados pelos cinco primeiros denunciados, e das informações extraídas da rede mundial de computadores e do sistema integrado de segurança pública, constatou-se os detentores das referidas alcunhas e apurou-se que o adolescente infrator João Victor Demétrio da Silva, vulgo “Don Juan”, exercia o cargo de disciplina do Bairro Ponta Aguda<sup>5</sup>, no Município de Blumenau/SC, sendo, portanto, responsável pela distribuição de substâncias entorpecentes aos demais traficantes da localidade, por recolher o dízimo destinado à facção e por recolher a porcentagem do lucro do tráfico e ditar as regras do comércio de drogas no local, tudo conforme as normas do Primeiro Grupo Catarinense. Apurou-se, também, que os denunciados IAGO, vulgo “Testa”; RICARDO, vulgo “Bruxo/xobru” e “Kaido/Caido”; ALEX, vulgo “Lombriga”; MOACIR, vulgo “Batata/Tataba”; EDSON, vulgo “Fósforo”; CARLOS, vulgo “Du”; MARCOS, vulgo “Marcola”; YGOR, vulgo “Neguinho”; CLAUDINEI, vulgo “Baiano”; DOUGLAS, vulgo “Negão”; RODRIGO, vulgo “Canjica”, são faccionados e atuam, em prol da organização criminosa em questão, comercializando drogas no Bairro Ponta Aguda, neste Município, sob as regras de comportamento e disciplina estampadas na caderneta apreendida no interior do veículo do denunciado MARCOS (cópia da caderneta às fls. 4/5 dos Autos nº 0006985-54.2019.8.24.0008), e sob às ordens do Primeiro Grupo Catarinense e do gerente e coordenador da facção na localidade conhecida como “Repa”. Dentro da organização criminosa em referência, restringida a localidade denomina “Repa”/”República Argentina”, os denunciados ALEX, IAGO, RICARDO, CARLOS, YGOR, RODRIGO e DOUGLAS, conforme inferese das anotações constantes na caderneta apreendida, pagavam semanalmente o valor de R\$ 20,00 ao adolescente infrator João Victor Demétrio da Silva para terem “espaço”, ou seja, pagavam ao adolescente para que pudessem comercializar drogas naquela região, o que era feito por eles em atenção às regras estabelecidas pelo disciplina do local, o qual definia o horário e o turno de cada um dos traficantes, bem como estabelecia a realização de rodízio entre eles no ponto de venda de drogas concedido. Igualmente, o denunciado MOACIR, vulgo “Batata/Tataba”, apesar de não constar nos manuscritos apreendidos como faccionado pagante por “espaço” (ponto de venda de drogas) na “Repa”, ele traficava drogas na região e prestava contas com o adolescente João Victor Demétrio da Silva, conforme infere-se da conversa mantida entre eles e extraída do telefone celular de João Victor, a qual consta no relatório AAI 111.19.0004-003 de fls. 198/212, cuja versão colorida está anexa, e que nessa oportunidade transcreve-se: MOACIR: ô, escuta, tu tais aonde seu praguinha? MOACIR: ô, então salve, salve seu praguinha, aqui é o Batata na voz, escuta eu acabei de chegar do trampo, tá ligado irmão, já tô subindo pra pista ali com teu trampo ali também, firmeza Zica, se vô virá uma moeda ali eu já te dou um salve daí. João: Ei tens pó ainda? João: Hiago quer uns 50. MOACIR: ô, verdade pô, tem ali, tá ligado. Eu vou pagar uma ducha aqui. Bater um rango aqui. Daqui a pouco eu tô subindo, daí a hora que eu tiver subindo eu te dou um salve, firmeza zica. João: ô, firmeza seu atentado. MOACIR: ô, tem mais trampo aí pô? Trouxe mais trampo? MOACIR: ó, tem mais duas, tá ligado. Vendi aquelas de 20, daí sobrou aquelas de 30, tá ligado feio, sobrou mais duas de 30. Aí sobrou 3, aí eu vendi uma ontem, tá ligado, o cara vai me pagar hoje. Já vou subir aí pra pista e já vou intimar ele na real. Daí sobrou mais duas de 30 daí e aquelas 16 pt. MOACIR: escuta João: tem João: praga João: quantas pt tens aí ainda MOACIR: ô, então pô, é... tu me deu aquelas 03 de ontem, aí eu contei e ficou 16 pt tá ligado, com aquela 03 que tu me deu ontem junto com as outras que eu tinha, daí ficou 16. MOACIR: aquela menorzinho tava comigo na hora que eu contei, tá de prova, tá ligado, me ajudou a contar ainda. MOACIR: ô, só vou terminar de bater um rango aqui já to subindo tá ligado zika. Tu vai ficar ai na pista? Já to chegando aí, daqui uma meia hora tô colando aí. João: não piá tranquilo seu praga. João: to aki Por sua vez, o denunciado EDSON, vulgo “fósforo”, prestava auxílio direto aos demais faccionados do grupo criminoso, por meio da exploração do tráfico de drogas na região e, assim como os demais, participando da delimitação e segurança do local em que instalaram o grupo criminoso em comento. Por sua vez, o denunciado



CLAUDINEI, vulgo «Baiano», auxiliava a organização criminosa materialmente, pois cedia a sua residência, situada na Rua Militão Schneider, nº 229, Bairro Ponta Aguda, no Município de Blumenau/SC, para reuniões do grupo criminoso e execuções de crime (tal como foi o caso do crime de homicídio apurado nos Autos nº 0003159-20.2019.8.24.0008 que tramita na 1ª Vara Criminal desta Comarca). A vantagem obtida pelos denunciados IAGO (vulgo «Testa»), RICARDO (vulgo «Bruxo/xobru» e «Kaido/Caido»), ALEX (vulgo «Lombriga»), MOACIR (vulgo «Batata/Tataba»), EDSON (vulgo «Fósforo»), CARLOS (vulgo «Du»), MARCOS (vulgo «Marcola»), YGOR (vulgo «Neguinho»), CLAUDINEI (vulgo «Baiano»), DOUGLAS (vulgo «Negão»), RODRIGO (vulgo «Canjica») em decorrência da sua participação na organização criminosa consistia no lucro advindo do tráfico de drogas desempenhado; na garantia da exploração do espaço, já que somente aquele grupo explorava o comércio ilícito de drogas naquele local; bem como na proteção que recebiam uns dos outros e de outros faccionados do PGC. Crime de associação para o tráfico de drogas Os denunciados IAGO (vulgo «Testa»), RICARDO (vulgo «Bruxo/xobru» e «Kaido/Caido»), ALEX (vulgo «Lombriga»), MOACIR (vulgo «Batata/Tataba»), EDSON (vulgo «Fósforo»), CARLOS (vulgo «Du»), MARCOS (vulgo «Marcola»), YGOR (vulgo «Neguinho»), CLAUDINEI (vulgo «Baiano»), DOUGLAS (vulgo «Negão»), RODRIGO (vulgo «Canjica»), desde data até o presente momento não esclarecida nestes autos, mas a ser apurada na instrução processual, e se sabendo que pelo menos desde fevereiro de 2019, no Município de Blumenau/SC, associaram-se, de forma permanente e estável, para o fim de praticar, e tendo praticado, reiteradamente o crime de tráfico de drogas no Bairro Ponta Aguda, preparando, adquirindo, vendendo, expondo à venda, oferecendo, guardando, transportando, trazendo consigo, entregando a consumo e fornecendo drogas, em especial maconha, crack e cocaína. Ao que consta, na residência do denunciado CLAUDINEI, localizada na Rua Militão Schneider, nº 229, Bairro Ponta Aguda, no Município de Blumenau/SC, ocorriam, com o consentimento dele, reuniões promovidas pela facção criminosa conhecida pela sigla PGC, para deliberação, entre outros crimes, sobre a distribuição e venda de drogas na região, as quais eram comandadas pelo adolescente infrator João Victor Demétrio da Silva (vulgo «Don Juan»), ocupante da função de disciplina dentro da facção criminosa, o qual, nessa função, concedia «espaço» (ponto de venda de drogas), mediante pagamento semanal da quantia de R\$ 20,00, para que traficantes faccionados comercializassem drogas na região conhecida como «República Argentina/»Repa», desde que, obviamente, atendessem as normas e rotinas estabelecidas por ele e pela facção no local Sendo assim, os denunciados YGOR, DOUGLAS, RODRIGO, IAGO, RICARDO, ALEX e CARLOS, realizavam o tráfico de drogas sempre em duplas, em jornadas de 12h, iniciando às 7h de um turno até 7h do turno seguinte, em escala rotativa a cada três dias, num comércio ininterrupto de entorpecentes. Conforme consta na ata de reunião do grupo criminoso apreendida, a escala do tráfico de entorpecentes na «Repa» foi definida nos seguintes termos: o denunciado CARLOS, na companhia da pessoa de alcunha «Japa», no período noturno; o denunciado YGOR, na companhia da pessoa de alcunha «Camisa», no período noturno; o denunciado RICARDO, em companhia da pessoa denominada por Vítor, no período diurno; o denunciado RODRIGO, na companhia da pessoa denominada Nando, no período diurno; o denunciado YGOR, na companhia do denunciado DOUGLAS, no período noturno; o denunciado IAGO, em companhia da pessoa denominada como Pandeco, no período noturno; o adolescente João Victor, em companhia da pessoa denominada como Camisa, no período noturno; e o denunciado ALEX às terças-feiras na companhia do denunciado IAGO. Além disso, algumas conversas extraídas do telefone celular do adolescente João Victor, que constam no Relatório de Investigação Criminal AAI.111.19.0004-003 (juntado às fls. 198/212, cuja cópia colorida está anexa), evidenciam a atuação do adolescente infrator na obtenção das drogas e a função dos denunciados IAGO e MOACIR como comerciantes dos entorpecentes. O adolescente infrator João Victor, após longo diálogo pelo aplicativo WhatsApp com o usuário do terminal telefônico nº 47/9292-5477, denominado por ele como Ney, negocia a aquisição de entorpecente para a «Repa» e encaminha para Ney o áudio de um terceiro (até o momento não identificado) que afirma que o denunciado IAGO estaria com droga de má qualidade e, inclusive, estaria com dificuldade em vendê-la, veja-se: «Não é porque o... Se tu for pegar ali com ele, pegar droga boa feio, tá com uma ruim ali empurrando, tá ligado, feio? Tá empurrando ali e os cara reclamaram, o Iago tá com essa droga aqui e os cara nem pegam mais com o Iago tá ligado, por que é ruim».



Igualmente, extraiu-se do telefone celular de João Victor conversa entre ele e o denunciado MOACIR, também, realizada pelo aplicativo WhatsApp, em que tratam sobre o comércio de entorpecentes, conforme, aliás, transcrito no primeiro tópico (Do crime de organização criminosa), em que é possível verificar o adolescente infrator solicitando a ele 50g de cocaína para entregar para o denunciado IAGO, e o denunciado MOACIR prestando contas com o menor e solicitando para ele «mais trampo». No que tange ao denunciado CLAUDINEI, vulgo «Baiano», apurou-se que ele auxiliava materialmente a organização criminosa e, conseqüentemente, a associação para o tráfico estabelecida na região conhecida como «Repa», pois, como já dito, cedia a sua residência, situada na Rua Militão Schneider, nº 229, Bairro Ponta Aguda, no Município de Blumenau/SC, para que os denunciados MARCOS, YGOR, DOUGLAS, RODRIGO, IAGO, RICARDO, ALEX, MOACIR, EDSON e CARLOS, assim como outros criminosos, lá se reunissem para tratar de delitos, notadamente a prática do tráfico de drogas naquela localidade, tanto que a ata de reunião apreendida, que defini as regras e rotina do comércio de drogas no local, foi firmada em uma reunião na residência dele. O denunciado ALEX, além de estar associado para o fim de praticar o crime de tráfico de drogas com os denunciados MARCOS, YGOR, DOUGLAS, RODRIGO, IAGO, RICARDO, CLAUDINEI, MOACIR, EDSON e CARLOS, também estava associado para a prática de tal delito, desde data até o presente momento não esclarecida nestes autos, mas a ser eventualmente apurada na instrução processual, e se sabendo que pelo menos desde maio de 2019, no Município de Blumenau/SC, com o usuário do terminal telefônico nº 47/9218-6763, denominado entre seus contatos no aplicativo WhatsApp como «Mopri». Segundo consta, o denunciado ALEX e a pessoa denominada como «Mopri», associaram-se, de forma permanente e estável, para o fim de praticar, e tendo praticado, o crime de tráfico de drogas, preparando, adquirindo, vendendo, expondo à venda, oferecendo, guardando, transportando, trazendo consigo, entregando a consumo e fornecendo drogas, em especial o crack, tanto que, por mais de uma vez, eles conversam por meio do aplicativo WhatsApp sobre o preparo e venda de drogas, evidenciado pelo diálogo entre eles que, enquanto «Mopri» coordenava o tráfico, o comércio direto era realizado pelo denunciado ALEX, o qual também era responsável por fracionar as drogas para venda. Aliás, transcreve-se trechos da conversa entre o denunciado ALEX e o contato denominado «Mopri» sobre o tráfico de drogas realizado por eles, extraído do relatório de análise preliminar do telefone celular de IMEIs: 1359651086426753 e 2359313051072233, de propriedade de ALEX, juntado nos Autos às fls. 281/288, cuja versão colorida está anexa. Logo após o denunciado ALEX enviar a fotografia de uma porção grande de substância semelhante à crack sobre uma balança de precisão para «Mopri», este escreve e a conversa se desenvolve: Mopri: o tá moiado a quebra Mopri: fica ligado ALEX: tô ligado ALEX: só tirei 30 dele e nem mexi ALEX: amanhã cpa vou fazer as xabu Em outro trecho da conversa, «Mopri» indaga o denunciado ALEX: Mopri: Mas tu vai no corre? Mopri: Pra mim avisa a mulher ali ALEX: Não vai dá pra ir Mopri: Pdc Mopri: O cara queria 150 Mopri: Tão Mopri: Vo manda o cara nem vim Por sua vez, o denunciado EDSON, vulgo «Fósforo», assim como os demais mencionados, explorava o tráfico de drogas na região da República Argentina, sendo que o proveito decorrente dessa comercialização beneficiava a todos os facionados do PGC e aos associados ao tráfico naquela localidade. Das apreensões e dos crimes de tráfico de drogas e de associação para o tráfico (Autos apensos nºs 0006562-94.2019.8.24.0008 e 0002214-79.2019.8.24.0025) Deferidas buscas e apreensões nos endereços diligenciados pela Autoridade Policial (fls. 228/237 dos Autos nº 0006985-54.2019.8.24.0008), no dia 11 de junho de 2019, terça-feira, foi dado cumprimento às ordens, sendo localizados e apreendidos: - na residência do denunciado ALEX, situada na Rua Geraldo Manoel, nº 91, Bairro Ponta Aguda, no Município de Blumenau/SC: 1 porção de cocaína, acondicionada individualmente em embalagem de plástico azul, apresentando a massa bruta de 9,47g e 1 porção de maconha, acondicionada individualmente em embalagem de plástico branco, apresentando a massa bruta de 10,34g; 1 balança de precisão; 1 Smartphone da marca LG e R\$ 240,00, droga que ALEX guardava, para fins de comercialização, em benefício da organização criminosa e da associação para o tráfico estabelecida com os denunciados IAGO, RICARDO, MOACIR, EDSON, CARLOS, MARCOS, YGOR, CLAUDINEI, DOUGLAS, RODRIGO, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, além de dinheiro oriundo dos crimes e objetos instrumentos da prática criminosa (consoante Auto de Exibição e Apreensão de fl. 11 dos Autos nº 0006562-94.2019.8.24.0008 e Auto de Constatação nº 119/2019 de fl. 20);

*- na residência do denunciado DUAN, situada na Rua Pedro Lemos, nº 40, Bairro Barracão, no Município de Gaspar/SC, onde o denunciado IAGO, sabendo das medidas cautelares desferidas em seu desfavor, escondia-se, os policiais, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão, localizaram e apreenderam: 2 porções de maconha sobre o balcão da cozinha e 1 porção de maconha no quarto do denunciado DUAN, droga que os denunciados DUAN e IAGO guardavam, para fins de comercialização, em benefício deles e da associação para o tráfico estabelecida entre IAGO e os denunciados RICARDO, MOACIR, EDSON, CARLOS, MARCOS, YGOR, CLAUDINEI, DOUGLAS, RODRIGO e ALEX, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Na mesma oportunidade, os policiais localizaram e apreenderam, nas dependências do quarto do denunciado DUAN, 1 balança de precisão, comprovantes de depósitos e manuscritos com a sigla PGC, e, ainda, durante as buscas na residência, apreenderam 1 rolo de plástico filme, 3 notas promissórias e R\$ 416,00, instrumentos da prática criminosa e dinheiro oriundo do crime. A droga, somada e periciada, consistiu em 3 porções de maconha com a massa líquida de 63,10g (consoante Auto de Exibição e Apreensão de fl. 13 dos Autos nº 0002214-79.2019.824.0008 e Auto de Constatação nº 0119/2019 de fl. 15 ).*

Por tais fatos, requereu o Ministério Público que o feito siga o procedimento comum ordinário previsto no artigo 394 do Código de Processo Penal, com a oitiva das 02 (duas) testemunhas arroladas e interrogatório, e a consequente condenação final do acusado, com o perdimento dos bens apreendidos em favor da União (evento 06).

A denúncia foi recebida em 05/08/2019 (evento 38), os acusados foram citados (eventos 66, 78, 79, 89, 99 e 251), apresentando respostas à acusação (evento 102, 104, 106, 111, 119, 171, 172, 173, 174, 297).

Os autos foram suspensos em relação aos réus Carlos Eduardo Orzechowski, Marcos Paulo Rodrigues e Ricardo Xavier de Lima (evento 137).

Revogada a suspensão do processo com relação ao réu Carlos Eduardo Orzechowski diante de sua localização (evento 228).

Juntado termo de colaboração premiada realizada entre o Ministério Público e o réu Iago Patrick Xavier de Lima (eventos 336/337).

Realizada audiência para colaboração premiada (evento 367) e homologado o acordo (evento 368).

A Defesa de Iago desistiu da oitiva das testemunhas Rafael Darci, Derbal Nogueira, Priscila Soares de Maçaneiro, Bruna Talita Vieira dos Santos, Andriele Zeitz, Juliana Carvalho Machado, Gabriele Zeitz, Vera Marcia Velho, Zilmo Fon Moretti, Jaiciano Pereira, Alex Sandro Gahiel Lopes Cardoso (evento 374).

Durante a instrução foram inquiridas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público Douglas Teixeira Barroco, Geandro Chiarelli, Juarez Maynard Pereira, Eduardo Pacheco Schramm e Rodrigo de Souza, as testemunhas arroladas pela defesa de Alex, Priscila Soares de Maçaneiro e Camila Cristina Santos da Silva, as testemunhas arroladas pela defesa de Ygor, Jonatas Gabriel de Jesus e Elenir Alves, a testemunha arrolada pela defesa do acusado Moacir, Pedro Necker, as testemunhas

arroladas pela defesa de Duan, Gabriele Zeitz, Vera Marcia Velho, Zilma Foss Moreti e Andriele Zeitz, foi homologada a desistência da oitiva da testemunha Alan França Vieira, arrolada pelo réu Ygor. Após, foram interrogados os réus, iniciando-se pelo interrogatório do colaborador Iago Patrick Vieira Xavier de Lima. Na sequência, foram interrogados Duan Henrique Vieira dos Santos, Moacir Maicon Alexandrino Pereira, Ygor Luiz Rosa, Claudinei Alves Moreira, Douglas Vinícius da Rosa, Rodrigo da Fonseca Gonçalves, Alex Wander da Cruz e Edson Carlos Moreira (evento 470).

Encerrada a instrução, foi aberto prazo para memoriais.

O Ministério Público requereu a cisão do feito em relação aos acusados Marcos Paulo Rodrigues e Ricardo Xavier de Lima; requereu a absolvição do acusado Duan Henrique Vieira dos Santos em razão da insuficiência de provas; requereu a condenação dos demais acusados nos termos da denúncia, acrescido o crime de organização criminosa pela majorante de ter sido o crime praticado com uso de arma de fogo; e por fim, requereu seja observado quanto ao colaborador/acusado Iago Patrick Vieira Xavier de Lima o benefício estabelecido no acordo de colaboração premiada (evento 532).

A Defesa de Carlos Eduardo Orzechowski, Claudinei Alves Moreira, Douglas Vinicius da Rosa, Edson Carlos Moreira, Ricardo Xavier de Lima e Rodrigo da Fonseca Gonçalves, preliminarmente, requereu a cisão processual com relação aos acusados Marcos Paulo Rodrigues e Ricardo Xavier de Lima por estarem em local incerto e não sabido, razão pela qual, deixou a Defesa de apresentar alegações finais. No mérito, requereu a absolvição dos acusados diante da insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento do tráfico privilegiado e da atenuante da menoridade relativa com relação dos acusados Douglas Vinícius da Rosa, Edson Carlos Moreira e Marcos Paulo Rodrigues (eventos 605 e 630).

A Defesa de Duan Henrique Vieira dos Santos, preliminarmente, arguiu nulidade por inépcia da denúncia, ausência de justa causa e por as provas produzidas na fase policial serem ilegítimas. No mérito, requereu a absolvição ante a insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, do tráfico privilegiado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Alternativamente, requereu que o tempo de prisão cautelar seja detraído da condenação e declarada extinta a pena pelo seu cumprimento. Requereu ainda a concessão de AJG e o deferimento de proposta de não persecução criminal (evento 609)

A Defesa de Alex Wender da Cruz requereu a absolvição ante a insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento do tráfico privilegiado (evento 610).

A Defesa de Iago Patrick Vieira Xavier de Lima, preliminarmente, arguiu nulidade por inépcia da denúncia, ausência de justa causa e por as provas produzidas na fase policial serem ilegítimas. No mérito, requereu a absolvição ante a insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a desclassificação para o crime de uso de drogas ou o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, do tráfico privilegiado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Alternativamente, requereu seja reduzida a pena eventualmente imposta visto

a colaboração premiada firmada pelo acusado. Requereu ainda a concessão de AJG e o deferimento de proposta de não persecução criminal (evento 612).

A Defesa de Moacir Maicon Alexandrino Pereira, preliminarmente, arguiu incompetência absoluta quanto ao crime de organização criminosa, requerendo a remessa do feito à 1ª Vara Criminal de Blumenau para que os fatos sejam submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri. No mérito, requereu seja afastada a credibilidade da versão prestada pelo delator uma vez que não submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Requereu a absolvição dos delitos pelos quais é imputado ante a insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena base no mínimo legal, com o reconhecimento do tráfico privilegiado e o afastamento das majorantes de ser a organização criminosa armada uma vez que não foram apreendidos materiais bélicos nos autos e de ser constituída com menores já que não há nos autos documento que comprove a idade dos menores. Subsidiariamente, requereu seja aplicado o princípio da consunção com relação aos crimes de organização criminosa e associação para o tráfico de drogas (evento 633).

A Defesa de Ygor Luiz Rosa, preliminarmente, arguiu nulidade por incompetência do juízo, requerendo a remessa dos autos à 1ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau. No mérito, requereu a absolvição ante a insuficiência probatória e a desconsideração do testemunho do relator eis que este não observou requisitos para a validade da delação. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da atenuante da menoridade e do tráfico privilegiado (evento 635).

Alex constituiu nova defensora, apresentando novas alegações finais, onde, preliminarmente, arguiu nulidade absoluta do processo por cerceamento de defesa. No mérito, requereu a absolvição ante a insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da atenuante da menoridade, o afastamento das majorantes de ser a organização criminosa armada uma vez que não foram apreendidos materiais bélicos e de ser constituída com menores já que o menor exercia cargo hierarquicamente superior ao do réu. Requereu ainda o reconhecimento do tráfico privilegiado (evento 637)

Rodrigo constituiu defensor, apresentando novas alegações finais, onde, preliminarmente, arguiu nulidade por ausência de justa causa. No mérito, requereu a absolvição ante a insuficiência probatória (evento 666).

Em 24/05/2019 foi decretada a prisão preventiva de Iago Patrick Vieira Xavier de Lima, Ricardo Xavier de Lima, Alex Wender da Cruz, Moacir Maicon Alexandrino Pereira, Edson Carlos Moreira e Carlos Eduardo Orzechowski (evento 20 do IP 0004289-45.2019.8.24.0008).

Alex Wender da Cruz foi preso em 11/06/2019, Ygor Luiz Rosa foi preso em 13/08/2019, Claudinei Alves Moreira foi preso em 13/08/2019, Carlos Eduardo Orzechowski foi preso em 23/09/2019, Douglas Vinicius da Rosa foi preso em 13/08/2019, Edson Carlos Moreira foi preso em 11/06/2019, Rodrigo da Fonseca Goncalves foi preso em 13/08/2019, Duan Henrique Vieira dos Santos foi preso em 11/06/2019 (evento 01) e solto em 02/07/2019 (evento 51 dos autos nº 0002214-79.2019.8.24.0025), Iago Patrick Vieira Xavier de Lima foi preso em 11/06/2019 (evento 50 dos autos nº 0004289-45.2019.8.24.0008) e solto em 26/02/2020 (evento 480 dos autos nº 0006985-

54.2019.8.24.0008), Moacir Maicon Alexandrino Pereira foi preso em 11/06/2019 (evento 43) e o STJ em 19/08/2019 revogou o decreto preventivo (evento 93, autos nº 0004289-45.2019.8.24.0008).

Marcos Paulo Rodrigues e Ricardo Xavier de Lima estão em local incerto e não sabido, pendente o cumprimento do mandado de prisão.

É o relatório.

## **DECIDO.**

Trata-se de ação penal que teve por base denúncia aforada pelo Ministério Público, em face dos acusados Duan Henrique Vieira dos Santos, qualificado no evento 06, dando-o como incurso nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006; Iago Patrick Vieira Xavier de Lima, Ricardo Xavier de Lima, Alex Wender da Cruz, Moacir Maicon Alexandrino Pereira, Edson Carlos Moreira e Carlos Eduardo Orzechowski, qualificados no evento 06, dando-os como incurso nas sanções do artigo 2º, § 4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 e artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, todos na forma dos arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal; e Marcos Paulo Rodrigues, Ygor Luiz Rosa, Claudinei Alves Moreira, Douglas Vinicius da Rosa, Rodrigo da Fonseca Gonçalves, qualificados no evento 06, dando-os como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, todos na forma dos arts. 29, *caput*, e 69, *caput*, ambos do Código Penal.

**De início, por se tratar de questão processual pendente, determino a cisão processual com relação aos réus Marcos Paulo Rodrigues e Ricardo Xavier de Lima que estão em local incerto e não sabido. CUMPRA-SE.**

### **I. Preliminares**

#### **Da alegação de incompetência absoluta**

As defesas dos réus Moacir e Ygor sustentaram, em suas derradeiras alegações, a nulidade do processo sob o argumento de que os crimes ora imputados deveriam ser apreciados pelo juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Blumenau, na qual tramitam os autos nº 0003159-20.2019.8.24.0008, sob o rito do Tribunal do Júri.

Argumentam, em síntese, que há conexão da matéria fática discutida naquele processo e no presente feito, vez que ambos decorrem do encontro fortuito de um caderno contendo anotações relativas à facção criminosa PGC, no âmbito de investigação do homicídio de Ailson José da Silva. Destacam que, como a origem dos processos é a mesma, as provas de uma infração necessariamente



influenciariam na outra e, assim, não haveria como serem separados os julgamentos, sendo caso de prevalência da competência do júri, por extensão.

Razão não lhes assiste, contudo. Explico.

Como se sabe, a conexão e a continência, previstas nos artigos 76 e 77 do Código de Processo Penal, não são critérios de fixação de competência, mas sim de modificação desta, atraindo para um determinado juízo delitos e/ou infratores que poderiam ser julgados separadamente. A finalidade dessa união é, em suma, permitir ao julgador uma melhor visão do quadro probatório, de modo a evitar contradições e garantir maior celeridade e eficiência processual, por meio da economia de atos.

Essa junção nem sempre é cogente, no entanto. A própria legislação elenca hipóteses em que deve ocorrer a separação obrigatória dos processos (artigo 79 do CPP) ou a cisão facultativa (artigo 80 do CPP). Quanto a esta última, em especial, é preciso fazer alguns apontamentos.

Assim estabelece o dispositivo em questão:

Art. 80. Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou **por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação**.

Destarte, por força do artigo 80 do Código de Processo Penal, ainda que os processos devam – como regra – estarem reunidos em virtude de conexão ou continência, é admitida a separação dos feitos em casos especiais, devidamente justificados. Desfeita a conexão, não se mantém a prorrogação da competência antes existente, e o novo processo poderá ser objeto de nova distribuição, seja por sorteio, seja por atração de outra regra de organização judiciária.

Essa é a lição de Renato Brasileiro de Lima:

*“A nosso juízo, uma vez desfeita a conexão em razão da separação facultativa, não há motivo algum para ser mantida a prorrogação da competência. Logo, aquele feito que inicialmente não era da competência do juízo prevalente deverá retornar ao juiz que era originariamente competente para julgá-lo, caso não tivesse havido o reconhecimento da conexão. Consequentemente, com a disjunção processual, haverá nova alteração da competência que fora anteriormente prorrogada, perdendo o juiz até então competente exatamente aquela parcela de competência que adquiriu em virtude da conexão ou continência.” (Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 747)*

Como o legislador não tem condições de prever todas as hipóteses em que a separação de processos é necessária, a parte final do artigo 80 do CPP confere discricionariedade motivada ao magistrado para admitir a tramitação do processo mediante juízos distintos, sem que a isso importe



na sua incompetência. Esse é exatamente o caso dos autos.

Verifica-se do cotejo da investigação preliminar que, de fato, a origem probatória é semelhante, uma vez que ambos os processos discutem, em certa medida, o conteúdo das anotações apreendidas no Inquérito Policial nº 111.19.0015. Todavia, ainda que a origem seja comum em razão do encontro fortuito de provas, atrelado aos presentes autos se desenvolveu o Inquérito Policial nº 111.2019.00028, cujo objetivo foi aferir com maior profundidade o funcionamento do braço da facção criminosa PGC nas redondezas da Rua República Argentina, especialmente quanto às atividades do comércio de drogas.

A separação das investigações, àquele momento, foi oportuna para a melhor colheita de provas, uma vez que o processamento conjunto sabidamente poderia ensejar o tumulto processual, mormente diante da necessidade de otimizar os trabalhos das forças policiais.

Na fase judicial a situação não é diversa. Em consulta à tramitação dos autos originários nº 0003159-20.2019.8.24.0008, em trâmite na 1ª Vara Criminal desta Comarca, verifico que foram pronunciados Rodrigo da Fonseca Gonçalves, Ygor Luiz Rosa e Claudinei Alves Moreira, estando pendentes os recursos em sentido estrito em relação aos dois primeiros. Quanto a Claudinei, como não houve insurgência, o feito foi cindido e, nos autos nº 0000248-98.2020.8.24.0008, o réu foi levado à plenário e condenado pela prática dos crimes descritos nos artigos 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal; 211 do Código Penal; e 2º, § 4º, inciso I, da Lei n. 12.850/13, em decisão já transitada em julgado (30/11/2020, evento 1030 daqueles autos).

Consigno, em adendo, que o processo perante o rito do júri já havia sido cindido previamente no tocante a Douglas Vinicius da Rosa e Marcos Paulo Rodrigues (autos nº 0006842-65.2019.8.24.0008). Como consta da respectiva tramitação, em relação a Douglas já houve o trânsito em julgado da decisão de pronúncia (21/07/2020, evento 395 dos respectivos autos), estando o réu aguardando a designação de data para a realização da sessão pública de julgamento. Por outro lado, no que pertine a Marcos, o feito foi objeto de nova cisão (autos nº 0008963-66.2019.8.24.0008), processo este que permanece suspenso na forma do artigo 366 do CPP pela não localização do acusado.

No processo em testilha, por seu turno, repercutem as investigações pertinentes à traficância, à associação para o tráfico e à dinâmica da organização criminosa atuante no bairro Ponta Aguda. Devido à especialidade da matéria discutida, a competência foi atraída para esta vara especializada, a qual compete o processamento e julgamento das ações criminais previstas na Lei nº 11.343/06, consoante Resolução nº 35/2008 do Tribunal de Justiça.

A propósito, quando se fala em nulidade de ato processual, é de bom alvitre salientar que a nulidade deve ser oportunamente alegada. Não é razoável, tampouco lógico, admitir que a suposta ilegalidade de um ato ocorrido no início da tramitação seja somente questionada ao final da persecução penal, com o único intuito de criar chicanas em favor da defesa, sendo que durante todo o trâmite os defensores tenham se mantido silentes no ponto. O regime jurídico de trato das nulidades processuais não se compadece com tentativas de alegar «nulidades de algibeira».

Nesse sentido:

[...] 3. Nos termos do pacífico entendimento desta Corte Superior, o Processo Penal é regido pelo **princípio do pas de nullité sans grief e, por consectário, o reconhecimento de nulidade, ainda que absoluta, exige a demonstração do prejuízo (CPP, art. 563)**. Precedente. 4. Além da comprovação do prejuízo suportado pela parte, esta Corte Superior de Justiça, na esteira do entendimento consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, entende que **a nulidade deve ser oportunamente alegada**, não sendo razoável admitir que a ilegalidade de ato processual praticado ainda no início da persecução penal venha a ser questionada em sede de habeas corpus impetrado perante esta Corte, após os sucessivos defensores que atuaram na causa terem permanecido silentes. [...] (HC 365.684/PB, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 20/09/2016)

No caso em tela, a arguição de suposta incompetência absoluta jamais foi trazida a apreciação deste juízo durante todo o *iter* procedimental sendo, no mínimo, oportunista a suscitação pelas defesas somente quando da apresentação das alegações finais. Ora, isso especialmente é relevante quando, em duas oportunidades, os tribunais visualizaram supressão de instância na discussão do argumento, como se extrai da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina em 25/07/2019 (HC nº 4019326-68.2019.8.24.0000, cujo acórdão consta do evento 82 dos autos apensos nº 0004289-45.2019.8.24.0008) e pelo Superior Tribunal de Justiça em 03/10/2019 (RHC nº 116.635/SC, evento 176), especialmente relação ao réu Moacir.

Ressalto, nesse ponto, que tanto o réu Moacir quanto o réu Ygor apresentaram respostas à acusação por meio de seus procuradores constituídos (eventos 111 e 119, em 26/08/2019 e 03/09/2019), oportunidade em que a tese não fora levantada. De igual modo, realizada toda a instrução processual, inclusive com audiência de instrução (evento 470, em 17/02/2020), não houve manifestação nesse sentido. Tal panorama reforça o possível silêncio estratégico, com vistas ao reconhecimento de nulidade em momento posterior ao julgamento desfavorável, conduta sabidamente rechaçada pela jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, vez que violadora da boa-fé processual.

Neste caminhar, tenho por inoportuno o reconhecimento da conexão processual, especialmente diante do elevado número de réus e da multiplicidade de conexões já realizadas, sendo uma delas com sentença transitada em julgado, forte no artigo 82 do CPP e na Súmula nº 235 do STJ. A reunião de um feito que diz respeito à apuração de delitos da Lei de Drogas, com diversos acusados não investigados pelo crime contra a vida, implicaria em inequívoco prejuízo ao adequado trâmite processual e no atraso da formação da culpa. Em adendo, conforme exposto, não se está diante de hipótese de conexão obrigatória, mas de separação facultativa, sem prorrogação da competência do rito dos crimes contra a vida.

Assim, reconhecida a competência deste juízo para o julgamento da demanda, rejeito a preliminar aventada.

### **Da inépcia da denúncia e da ausência de justa causa**

Arguiram as defesas de Duan e de Iago, em sede preliminar, a nulidade da instrução ante a inépcia da denúncia e a ausência de justa causa.

Considerando que a matéria já foi debatida em sede de recebimento da denúncia, não trazendo a defesa nenhum argumento novo, reporto-me à decisão do evento 187, com o fim de evitar tautologia.

### **Nulidade das provas obtidas na fase inquisitorial**

Arguiram as defesas de Duan e de Iago, em sede preliminar, a nulidade das provas obtidas na fase policial, resguardando-se aos seguintes argumentos “Deve ser reconhecida a nulidade das provas colhidas durante a fase policial, eis que ilegais as mesmas, obtidas em desacordo com o procedimento legal.” (p. 08) e “As provas colhidas na fase policial são provas ilegítimas, eis que obtidas com violação de regra processual, de liberdades pública e de direito da personalidade, não podendo, conseqüentemente, ser utilizada como meio de convencimento em juízo.” (p. 08).

Entretanto, a defesa não menciona especificamente de quais provas está se referindo, fazendo afirmação genérica e singela de que o conteúdo produzido pela Autoridade Policial é ilegítimo.

De qualquer sorte, analisando o caderno probatório, não vislumbro nenhuma nulidade a ser declarada, vez que o inquérito policial obedeceu a todas as normas que lhe competia.

### **Do cerceamento de defesa e da falta de defesa técnica**

O acusado Alex, ao constituir nova defensora, apresentou mais uma vez as derradeiras razões (evento 637), oportunidade em que arguiu a nulidade absoluta de toda a ação penal por ausência de defesa técnica. Sucessivamente, pugnou pelo reconhecimento da ilegalidade a partir da juntada da procuração do causídico Marcelo José Lauer.

Apesar dos argumentos trazidos, entendo que a insurgência defensiva não comporta o acolhimento.

Em suma, o fundamento do pleito de nulidade decorre de suposta existência de conflito de interesses em razão de colidência de defesas entre o acusado Alex e o corréu Iago, que firmou acordo de colaboração premiada, na época representados pelo mesmo procurador.

Ocorre que, na esteira do entendimento uníssono dos Tribunais Superiores, “a colidência de defesas só está configurada quando um réu atribui ao outro a prática criminosa que, por sua natureza, só pode ser imputada a um único acusado, de modo que a condenação de um ensejará, obrigatoriamente, a absolvição do outro, ou quando o delito tenha sido praticado de maneira que a culpa de um réu exclua a do outro” (RHC 39.287/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017).

Destaco que o Supremo Tribunal Federal possui idêntica orientação sobre a matéria:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE LATROCÍNIO E LESÃO CORPORAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DE COLIDÊNCIA DE DEFESAS E NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO AO RÉU SEM SUA PRÉVIA INTIMAÇÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE EFETIVO PREJUÍZO PARA A DEFESA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A nomeação de um só defensor para co-réus com defesas colidentes por ocasião da audiência de acareação, não é capaz de acarretar a nulidade do processo, sem a demonstração de efetivo prejuízo para a defesa, de acordo com o princípio pas de nullité sans grief, adotado pelo artigo 563 do Código de Processo Penal. 2. Esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que “a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta” (HC 85.155, de minha relatoria, DJ 15.04.2005). 3. Ademais, “a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que **a alegação de colidência de defesas somente pode ser reconhecida em hipóteses nas quais a impetração comprove, de plano, que a tese sustentada pela defesa na origem com relação a um dos co-réus tenha sido apta para atribuir, com exclusividade, os indícios de autoria e materialidade quanto a outro(s) co-réu(s)**. É dizer, a defesa do paciente em sede de habeas corpus deve apresentar argumentos e documentos que demonstrem o efetivo prejuízo em razão da alegada colidência entre as defesas (pas de nullités sans grief)” (HC 85.017, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 03.08.2007). [...] . 5. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 97062, Relator(a): Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, DJe-075, Divulg 23-04-2009, Public 24-04-2009, Ement Vol-02357-04 PP-00726 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 521-525)

Assim, eventual nulidade por colidência de defesas pressupõe a demonstração de que houve, entre acusados defendidos pelo mesmo patrono, apresentação de teses conflitantes e com a atribuição de culpa feita exclusivamente a um acusado, de modo a excluir o corréu de qualquer responsabilidade.

Tal situação não ocorre no caso em análise, uma vez que o acusado Iago não usa o instrumento de colaboração para delatar acusados e eximir-se de culpa ou punição, mas apenas revela o papel de cada corréu no grupo criminoso. Inclusive, o próprio delator assume participação nos crimes que a ele são imputados. De igual modo, Alex em nenhum momento atribuiu a responsabilidade de maneira exclusiva aos outros acusados, limitando-se, em sua segunda peça de alegações finais, a impugnar as provas trazidas pelo Ministério Público.

Em adendo, consigno que não há impedimento legal para que um mesmo procurador represente dois acusados judicialmente enquanto inicia, em relação a um deles, tratativas para celebração de acordo de colaboração premiada.

Ainda que a prática não seja da melhor técnica profissional e possa violar, ao menos em tese, postulados inerentes ao bom exercício da advocacia, não é suficiente para ensejar nulidade apta a macular toda o trâmite processual. Trata-se de situação que deve ser resolvida no âmbito ético-disciplinar, na esteira do controle administrativo exercido pela Ordem dos Advogados do Brasil, que evidentemente escapa à discussão delineada no presente processo.

Não vislumbro que a situação relatada nos autos se refira à hipótese de falta de defesa técnica,

uma vez que, apesar das intercorrências que sustenta, o acusado Alex sempre esteve representado nos autos, e não há notícia da prática de erros grosseiros capazes de prejudicar a apreciação de mérito da conduta a si imputada.

Por fim, também causa estranheza a alegação de desconhecimento por parte de Alex de que sua defesa era feita pelo advogado Evandro Dinis Barbieri após o substabelecimento de seu procurador originário. Isso, porque ao assinar a lista de presenças da audiência de instrução no dia 12.02.2020 (evento 475), o réu em questão preencheu seu nome e após rubrica justamente ao lado do nome do advogado substabelecido. Outrossim, o acusado foi indagado durante o interrogatório se teve oportunidade de “*conversar de forma reservada com seu advogado, Dr. Evandro*” (evento 470, vídeo 1145).

Deste modo, tenho que não houve prejuízo à defesa capaz de gerar nulidade processual, de modo que alijo a preliminar suscitada.

### **Da credibilidade do testemunho do delator.**

Por derradeiro, os acusados Moacir, Ygor, Carlos, Claudinei, Douglas, Edson e Rodrigo questionam em suas alegações a suposta falta de credibilidade do testemunho do delator Iago, sustentando que seu silêncio parcial acarretou cerceamento ao direito de defesa dos demais réus.

Cumprе ressaltar, todavia, que de nulidade não se trata, mas sim do grau de convencimento judicial sobre a prova obtida em razão da celebração de acordo de colaboração premiada nestes autos. Trata-se, portanto, de matéria afeta ao mérito da persecução penal, e com este deverá ser abordada, sob pena de acarretar na análise equivocada sobre a natureza do instituto ora discutido.

Não havendo outras preliminares ou questões prejudiciais a apreciar, passo à análise das questões de mérito.

## **II. Do mérito.**

É necessário fazer uma digressão prévia acerca do contexto dos fatos.

Conforme já debatido em sede de análise de preliminar de incompetência, os fatos apurados nestes autos originaram-se de investigação acerca de homicídio praticado, tendo por vítima Ailson José da Silva. Naquele expediente, foram identificados autores e mandantes do homicídio, bem como, através de celulares e documentos apreendidos, foi possível constatar a existência de possível organização criminosa para desempenhar a atividade de comércio de drogas no bairro Ponta Aguda.

Então, com base no relatório de investigação realizado, no inquérito policial distribuído sob o nº 0004289-45.2019.8.24.0008, foi decretada a prisão preventiva e determinada a expedição de mandados de busca e apreensão (evento 20) para os seguintes réus, nos seguintes endereços, com os seguintes desfechos:

Ricardo Xavier de Lima, Rua Geraldo Manoel da Rosa, s/n, bairro Ponta Aguda, Blumenau/SC (evento 25), sendo certificado que a casa estava desabitada (evento 40).

Moacir Maicon Alexandrino Pereira, Rua Antônio Raulino, nº 65, bairro Ponta Aguda, Blumenau/SC (evento 24) estando Moacir ausente quando do cumprimento do mandado e não sendo localizado nada de ilícito na residência. Entretanto, a mãe do acusado indicou o local onde ele estava trabalhando, sendo possível, portanto, dar cumprimento ao mandado de prisão expedido em seu desfavor (evento 43).

Edson Carlos Moreira, Rua Lauro Zommer, nº 301, bairro Ponta Aguda, Blumenau/SC (evento 23), não sendo localizado nada de ilícito na residência (evento 45) e sendo cumprido o mandado de prisão em seu desfavor.

Carlos Eduardo Orzechowski, Rua Geraldo Manoel da Rosa, s/n, nos fundos do Bar do Augusto, bairro Ponta Aguda, Blumenau/SC (evento 22), estando Carlos ausente quando do cumprimento do mandado e não sendo localizado nada de ilícito na residência (evento 42).

Foi dado cumprimento ao mandado de busca e apreensão na residência de Ricardo Xavier de Lima, sendo certificado que a casa estava desabitada (evento 25).

Alex Wender da Cruz, Rua Geraldo Manoel da Rosa, s/n, ao lado do nº 91, bairro Ponta Aguda, Blumenau/SC (evento 33), sendo cumprido os mandados de busca e apreensão e de prisão, sendo Alex preso em posse de 10g de maconha, 9,7g de cocaína e R\$ 240,00 (evento 44), o que originou o APF nº 0006562-94.2019.8.24.0008.

Iago Patrick Vieira Xavier de Lima, Rua José Isidoro Corrêa, em frente ao número 155, bairro Ponta Aguda, Blumenau/SC (evento 26), estando Iago ausente quando do cumprimento do mandado e não sendo localizado nada de ilícito na residência (evento 41). Entretanto, foi cumprido o mandado de prisão na Comarca de Gaspar, quando Iago foi preso em 11/06/2019 em flagrante delito (autuado sob o nº 0002214-79.2019.8.24.0025) em parceria com Duan Henrique Vieira dos Santos, pela prática de tráfico de drogas e associação para o tráfico, em posse de 63g de maconha, 1 balança de precisão, 01 rolo de papel filme, 03 notas promissórias, 05 comprovantes de depósitos, 01 pedaço de papel contendo anotações e R\$ 416,00.

Feitas estas breves considerações, as condutas imputadas aos réus estão tipificadas nas Leis nº 11.343/06 e 12.850/2013, que dispõem:

Art. 33, L. 11.343/06: 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.

Art. 35, L. 11.343/06: Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não,



qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Art. 2º, L. 12.850/2013: Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 2º As penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo.

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

I - se há participação de criança ou adolescente.

Os quesitos autoria e materialidade estão bem estampados de todo processado, como se fará ver.

Quanto ao IP nº 0006562-94.2019.8.24.0008, a materialidade se vislumbra no APF nº 111.19.00021 (doc. 02), no BO nº 00111.2019.0000168 (doc. 05/09), no auto de apreensão (9,7g, 01 balança de precisão, 10g de maconha, 01 celular LG e R\$ 240,00 doc. 12), no auto de constatação nº 119/2019 (doc. 01), cujas drogas foram incineradas (evento 18), além do laudo pericial nº 9201.19.02266 que concluiu que “1. A substância química Cocaína ou Éster Metílico de Benzoilecgonina na sua forma ácida (cloridrato) foi detectada no item 1; 2. A erva periciada, descrita no item 2, trata-se de Cannabis sativa, substância vegetal da família Cannabaceae, conhecida vulgarmente como Maconha, apresentando o princípio ativo Tetrahydrocannabinol (THC)” (evento 13).

Quanto ao IP nº 0002214-79.2019.8.24.0025, a materialidade se vislumbra no APF nº 35.19.00015 (doc. 03), no BO nº 00035.2019.0002935 (doc. 04/09), no auto de apreensão (63g de maconha, 1 balança de precisão, 01 rolo de papel filme, 03 notas promissórias, 05 comprovantes de depósitos, 01 pedaço de papel contendo anotações e R\$ 416,00 doc. 14), no auto de constatação nº 0119/2019 (doc. 16), bem como no laudo pericial nº 9201.19.02277 (evento 79) que concluiu que “A erva periciada, descrita no item 1, trata-se de Cannabis sativa, substância vegetal da família Cannabaceae, conhecida vulgarmente como Maconha, apresentando o princípio ativo Tetrahydrocannabinol (THC)”

Sobre o tema autoria, pelo que se vê dos relatos testemunhais e do interrogatório do acusado, esta é incontestada. Vejamos adiante.

**Douglas Teixeira Barroco**, Delegado de Polícia, relatou que em meio às investigações de um homicídio foi encontrada uma caderneta com anotações de tráfico de drogas e contendo alguns apelidos. Foi possível identificar alcunhas, nos celulares apreendidos, que condiziam com os nomes da agenda e, posteriormente, nos interrogatórios policiais foram confirmados os apelidos. Além disso, o depoente afirmou que a organização era evoluída, com divisão de quem venderia, o tipo

de droga vendido a cada dia da semana, além de que, foi verificado que Ygor e Don Juan (menor de idade) teriam maior influência no grupo, governando reuniões. Quanto ao envolvimento com o PGC, disse que na caderneta havia a sigla escrita e que nos depoimentos na delegacia constatou-se que Ygor e Don Juan seriam batizados do PGC, enquanto outros teriam se filiado para vender drogas. Também, foi verificado nos aparelhos celulares a integração em grupos do PGC. Sobre Claudinei, vulgo Baiano, cedia sua casa para reuniões do grupo e o homicídio foi cometido naquele local, além disso, fornecia a casa em troca de drogas, mas não as vendia. Em relação a Duan, antes dos fatos não havia indicações de sua participação. Moacir Maicon Alexandrino realizava tráfico de drogas, assinava atas das reuniões e tinha o apelido de Tataba, mas disse que não participou do mandado de busca na casa dele. Recorda que os mandados de busca e apreensão cumpridos localizaram drogas com Alex e na prisão em Gaspar. Nos demais, ou não estavam na casa, ou não tinha nada ilícito no local. O delator estava preso e pediu para falar, então foi marcada uma data para o procedimento formal. Na casa do delator foi encontrado entorpecentes. Na residência do Ygor não foram encontrados objetos vinculados ao tráfico. O apelido de Ygor era Neguinho, sendo que este tinha a função de coordenador, realizava a traficância e participava das reuniões do grupo, inclusive tem assinatura dele nas atas das reuniões (evento 470, vídeo 1163).

**Geandro Chiarelli**, Policial Civil, disse que a polícia sabia que o homicídio tinha relação com facção criminosa. Ainda, que das investigações foram obtidas informações em uma caderneta encontrada e com isso, identificadas pessoas que participaram de reuniões que tratavam sobre preço de drogas, entre outros detalhes do tráfico e inclusive sobre a punição que seria dada a vítima do homicídio. Explicou que foram apreendidos aparelhos celulares e que com eles foi possível identificar as pessoas. Afirmou que o menor de idade e Ygor (Neguinho) tinham posição de destaque no grupo. O depoente, ainda, disse que os investigados apresentavam receio quanto a Negão, quando perguntados sobre a participação dele, ficavam em silêncio. Ressaltou que Don Juan, Neguinho e Negão tinham função de comando no grupo. Explicou que a maconha era vendida por conta própria, mas a cocaína e o crack eram vendidas pelo canal de suprimento da facção criminosa. Sendo que o crack e a cocaína, quando chegavam na República, eram fiscalizadas pelo Don Juan. Quanto ao cumprimento de mandado na residência de Claudinei, vulgo Baiano, a vizinhança indicou a casa, que era de festa e reunião dos traficantes, cedida em troca de drogas. O policial alegou ter cumprido mandado na casa de Ygor e que nada de ilícito foi encontrado lá. Também, informou que os indivíduos sabiam da investigação do homicídio e que a vizinhança relatou que em razão disso o tráfico tinha cessado momentaneamente. Assim como, disse recordar que Marcola conversou com os policiais e falou que o rapaz assassinado teria sido morto devido a venda de drogas, que era controlada pela organização. Esclareceu que participou da investigação do homicídio e da investigação da organização criminosa, mas que não acompanhou o relatório. Afirmou não conhecer Maicon Alexandrino. Em relação a colaboração premiada, estava na conversa em que estavam o delator, seu advogado, o promotor e o delegado. Pode afirmar que Don Juan era faccionado do PGC, mas não tem certeza sobre os outros. Também, que não conhece Duan Henrique. Além disso, informou que Claudinei tinha ciência que sua casa era ponto de venda de drogas e reuniões da facção, mas não há indícios de que ele vendia drogas (evento 470, vídeo 1164).

**Juarez Maynart Pereira**, Policial Civil, informou que estava de férias quando a caderneta foi apreendida e quando retornou tomou conhecimento das diligências e dos suspeitos interrogados. A partir disso, foi feita uma operação e alguns deles foram presos. Paralelamente o delegado abriu o inquérito acerca do tráfico de drogas correspondente na caderneta. Contou que alguns indivíduos assinaram a caderneta que continha informações sobre o tráfico na região da Repa. Ainda, que era comandado pelo PGC e que Don Juan seria o Disciplina do grupo, sendo que os demais faziam a venda, contribuindo para a facção criminosa. A identificação ocorreu parte pela apreensão dos celulares (especialmente do Marcola e Canjica), por meio das redes sociais dos investigados, pelo sistema de investigação da polícia e por relatos informais de alguns dos indivíduos que informaram as alcunhas de outros. Explicou que no estatuto da organização criminosa os batizados são tratados como irmãos e que aqueles não são batizados, mas contribuem para a organização, como companheiros. Nesse sentido, foi possível perceber que os batizados eram Don Juan, Neguinho e Negão, visto que não foi possível confirmar se eram irmãos ou companheiros. Em relação a Claudinei, Baiano, o homicídio ocorreu na residência dele e, em depoimento, foi dito o local era utilizado para reuniões, festas e uso de drogas. Também, disse que não foi feita campana devido ao difícil acesso. Informou que fez a busca na casa de Ricardo Xavier, mas que este não morava mais no local. Além disso, sabe que foi encontrado droga com Iago e com Alex, mas não sabe precisar o local. Assim como, disse que já participou de investigações a respeito de Douglas Vinicius. Com relação a Ygor, alegou que na outra investigação a respeito do homicídio, vieram denúncias anônimas que indicaram o apelido de Neguinho. Ainda, que pelo conteúdo da caderneta, Ygor venderia drogas, mesmo que não encontradas com ele. E, em razão da prática policial e as informações recebidas, afirma que Ygor seria batizado. (evento 470, vídeo 1165).

**Eduardo Pacheco Schramm**, Policial Civil, informou que participou exclusivamente do cumprimento do mandado em uma residência no bairro Barracão em Gaspar. Em seguida, contou que a polícia recebeu uma denúncia anônima na unidade de Gaspar, informando que um foragido da operação da Polícia Civil de Blumenau estaria naquele local. Então, foi confirmado com a Polícia de Blumenau que alguns dos procurados teriam se evadido, sendo Iago um deles. A partir disso, verificou-se que Iago estava com o mandado de prisão ativo e a residência denunciada era do irmão dele, Duan Henrique. Com isso, a polícia local se deslocou até a residência de Duan Henrique, constatando a presença dos irmãos na varanda frente à casa, que logo fizeram menção de fuga. Sendo abordados, Duan Henrique na entrada da residência e Iago no interior. Ao serem questionados sobre materiais ilícitos, negaram. Entretanto, em um balcão na cozinha foram encontrados dois torrões de maconha, um exposto e outro em uma sacola. Outros policiais fizeram a busca na residência, sendo encontrado no quarto de Duan mais um torrão de maconha e a balança de precisão. No momento, todos negaram, mas quando perceberam que Duan também seria encaminhado à delegacia, Iago e a esposa de Duan tentaram alegar a propriedade dos itens. Em relação a Duan Henrique, o depoente disse que os policiais já tinham recebido informações a respeito do envolvimento deste com o tráfico de drogas na região. Inclusive, o veículo que estava na posse de Duan era de um outro traficante preso por tráfico de drogas e ligado ao PGC, cerca de 6 meses antes. Posteriormente, Duan foi solto e houve uma nova interferência em sua residência pela polícia de Brusque, em que foi recuperada uma televisão roubada naquela comarca, nesse caso, foi preso pela receptação da televisão (evento

470, vídeo 1162).

**Rodrigo de Souza**, Policial Militar, contou que participou estritamente do mandado na residência de Alex. A polícia faz um briefing com as polícias civil e militar e manda os endereços e a pessoa procurada. Então, a equipe do depoente foi até o endereço de Alex, identificaram-se como polícia militar e informaram sobre o mandado de busca e apreensão. Em seguida, foi realizada a busca e apreensão, sendo o procedimento explicado a Alex que estava presente. Foram encontradas drogas, uma pequena balança de precisão, dinheiro e o celular de Alex, que foi anexado ao processo (evento 470, vídeo 1166).

**Gabriele Zeitz**, disse que conhece Duan Henrique há quatro anos e que este é seu cunhado. Ainda, que Duan trabalhava na sala de costura. Ele teve dois filhos, mas um faleceu. Além disso, disse que a prisão de Duan foi uma surpresa para a família. Informou que é vizinha de Duan e que ele é usuário de maconha. E, que nunca viu movimentação estranha na residência dele. (evento 470, vídeo 1156).

**Vera Marcia Velho**, disse que Duan Henrique é seu genro há quatro anos. E, que antes da prisão dele, este trabalhava na facção de roupa. Ainda, que ele teve dois filhos com sua filha, mas um faleceu. Também, que desconhece o envolvimento de Duan com o crime, que a vida financeira do casal é normal e nunca viu movimentação estranha na casa. Por fim, informou que Duan é usuário de maconha. (evento 470, vídeo 1155).

**Zilma Foz Moretti**, vizinha de Duan Henrique, disse que ele trabalha na sala de costura com Andriele Zeitz, com quem tem relacionamento e um filho. Não sabia do envolvimento de Duan com o tráfico, mas que sabe que este é usuário de maconha. (evento 470, vídeo 1154).

**Priscila Soares De Maçaneiro**, contou que Alex era usuário de maconha, mas que nunca soube que este era traficante, nem que participava de organização criminosa. Além disso, disse que Alex trabalhava como servente de pedreiro. (evento 470, vídeo 1161).

**Andriele Zeitz**, companheira de Duan Henrique, disse que convive com ele há quatro anos e juntos tiveram dois filhos, um falecido. Ainda, que Duan trabalhava com ela na facção de roupa. Duan é usuário de maconha. Também, que estava presente no dia em que Iago foi preso e que o cartão apreendido era seu, sendo que a senha continha a inicial do nome dos seus três filhos: Pedro, Guilherme e Carlos. Sobre a balança e as drogas encontradas na residência, eram de Iago. Relatou que Iago foi até sua residência naquele dia, pois a polícia tinha ido até a casa dele. Nesse meio tempo, ela e seu marido continuaram seus afazeres e saíram duas vezes de casa, enquanto Iago permaneceu na residência. Além disso, as notas promissórias eram de seu pai. O dinheiro era seu, provindo de aluguel e da facção de roupas. Já sobre o carro, era oriundo de uma transação de um terreno (evento 470, vídeo 1153).

**Camila Cristina Santos Da Silva**, disse que Alex era usuário de maconha, mas não sabia que este era traficante, tampouco que participava de organização criminosa. Por fim, que Alex era servente de pedreiro. (evento 470, vídeo 1160).

**Pedro Necker**, conhece Maicon desde a infância, mas perderam o contato. Informou que Maicon trabalha em obras com o pai dele e que não sabia de seu envolvimento com o tráfico de drogas. (evento 470, vídeo 1157).

**Elenir Alves**, vizinha de bairro dos acusados, disse que Ygor namorou com sua filha por dois anos, mas que não sabia que ele vendia drogas. Também, que não reconhece o apelido de Neguinho, sendo que o apelido Ygor era Beijo. (evento 470, vídeo 1158).

**Jonathas Gabriel de Jesus**, é amigo de Ygor desde a infância e que nunca soube que este vendia drogas. Além disso, disse que o apelido de Ygor era Beijo e que nunca ouviu o apelido de neguinho. (evento 470, vídeo 1159).

**Ygor Luiz Rosa**, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio (evento 470, vídeo 1149).

**Claudinei Alves Moreira**, confirmou que é usuário de drogas e que Ygor e Lombriga iam à sua residência para festas e para usar drogas. Negou que haviam reuniões de facção em sua casa, tampouco sabia do envolvimento dele com a facção. Ainda, informou que no dia, Ygor tinha drogas no bolso, mas que era para uso deles naquele dia. Entretanto, Ygor, Marcola e Claudinei foram algemados e encaminhados à delegacia para prestar informações sobre o homicídio. Além disso, disse que conhece Ygor há muito tempo e usam drogas juntos e conhece Marcola do bairro. Assim como, não sabia que os meninos eram envolvidos com facção criminosa. Sobre o homicídio, explicou que estavam usando drogas na sua residência em uma festa e que o rapaz que faleceu começou a usar drogas demais, começou a brigar com Ygor e os outros meninos juntaram-se à briga, em seguida, Claudinei pediu para que cessassem a briga e todos foram embora em um carro branco, sendo que a vítima teria saído andando de lá. Por último, ressaltou que Ygor levava drogas para usarem juntos em sua residência (evento 470, vídeo 1148).

**Douglas Vinícius da Rosa**, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio. (evento 470, vídeo 1147).

**Rodrigo da Fonseca Gonçalves**, disse que nunca foi faccionado e nunca participou de facção nenhuma. Em seguida, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio. (evento 470, vídeo 1146).

#### **Iago Patrick Vieira Xavier de Lima:**

Colaboração premiada: Confirmou conhecer os acusados e os respectivos apelidos na denúncia. Alegou ser companheiro no PGC, sendo que não era irmão. Explicou que companheiro faz o tráfico e anda junto com os irmãos, que eram batizados. Ainda, disse que vendia maconha na Pedra do Amor e que era usuário de cocaína. Sobre o pagamento, disse que recebia drogas de Don Juan (disciplina da região) ou Neguinho (braço de Don Juan), vendia e o lucro ficava consigo, mas pagava R\$ 40,00 de caixinha semanalmente. Cada um vendia um tipo de droga, por isso, vendia apenas maconha e que participa há 2 anos. Além disso, alegou que todos, menos Claudinei, vendiam drogas e que se revezavam em semanas. Ygor e João vendiam crack, Alex e Ricardo vendiam cocaína



e o depoente e Edson vendiam maconha, já Moacir vendia de tudo. Em relação a Claudinei, era usuário de crack e alugava a casa para reunião, festas e venda de drogas para os acusados e sabia que eles tinham envolvimento com o PGC. Ygor e João (disciplina) são irmãos do PGC, já Marcola, era companheiro, tinha um carro e levava os rapazes para buscar e levar drogas. Ressaltou que apenas Ygor e Don Juan (menor de idade, João) eram os únicos que eram irmão do PGC e os outros eram companheiros. Em relação a Duan Henrique, seu irmão, disse que a balança e os 40 gramas de maconha apreendidos em de sua propriedade e que naquele dia estava na casa de Duan, mas que este não era traficante, apesar de ser usuário de maconha. Esclareceu que foi feita uma busca na sua casa e por isso ele foi até a casa de seu irmão, para se apresentar com um advogado naquele dia, sendo que como é usuário de maconha, levou a droga e a balança, mas que a polícia o encontrou lá. Já o dinheiro, pertencia a esposa de Duan, que trabalha na facção de roupas e a senha do cartão tem a inicial dos filhos dela, que estavam gravados em um papel. Contou que quando eram mais novos, tiveram um problema com o PGC, pois tinham um amigo que era do PGC e começou a ameaçar a família dos dois irmãos de morte e por isso, Duan o matou. Por isso, Duan e Iago foram presos e no presídio sofreram diversas ameaças de morte, sendo que Duan sofreu uma tentativa. Bem como, disse que Don Juan fornecia a droga, mas não sabe de onde ele conseguia. Por fim, esclareceu que Don Juan estabelecia o revezamento dos vendedores e que os acusados estão juntos há cerca de 1 ano. (evento 341, vídeo 1167).

Colaboração premiada: contou que dentro do presídio, ele e seu irmão, Duan, sofreram diversas ameaças e tentativa de morte pelo PGC no convívio e por isso foram transferidos para o seguro. Lá, conversou com Rafael da inteligência, que disse aos irmãos que caiu um “pipo” em sua mão e que sabia que outros presos queriam mata-los, com isso, contou tudo o que sabia a respeito das tentativas e ameaças de morte. Então, pediu voluntariamente para conversar com o delegado, conversou com seu advogado e aceitou fazer a colaboração premiada, estando ciente das condições. Esclareceu que corre risco de vida no PRB, inclusive que já houve 2 tentativas de companheiros do PRB contra sua vida, e que, por isso, está cumprindo pena em outro local. (evento 366, vídeo 1143).

Interrogatório: afirmou que todos os acusados vendiam drogas na República Argentina e confirmou as alcunhas dos acusados. Don Juan e Ygor são irmãos no PGC e os outros são companheiros. Explicou que os irmãos têm padrinhos e são batizados e os companheiros se associam para vender drogas e dividir horários. Também, que todos realizavam reuniões para definir horários das vendas e os irmãos também definiam punições para quem fizesse coisas erradas. Explicou que cada um dava dinheiro para o “caixa da quebrada” que era Don Juan, para que este comprasse armamento. Os horários para a venda de drogas eram pré-definidos e as drogas eram fornecidas pelo Don Juan, sendo que Ygor o ajudava, já que era o braço esquerdo do menor. Ainda, disse que os companheiros não participavam das reuniões sobre vidas, mas quando se tratava de venda de drogas. Em relação a Marcola, disse que este não vendia drogas, que era o dono do carro que usavam para se deslocarem, participava das reuniões e que era considerado companheiro. Ygor era o braço esquerdo, quando Don Juan não estava, este assumia a liderança. Claudinei era usuário de drogas e cedia a casa para o uso de drogas e reuniões do grupo em troca de crack e sabia do envolvimento do grupo, porém, não vendia drogas. Negão era muito próximo a Ygor, vendia drogas e estava sempre



armado. Rodrigo, Canjica, era companheiro, vendia drogas e participava das reuniões. Sobre Duan Henrique, seu irmão, explicou que a polícia foi até a casa de seu pai com mandado de busca no seu nome, mas não o encontraram, então foi até casa de Duan com o intuito de se apresentar à polícia no dia seguinte com seu advogado, levou consigo drogas para seu consumo e balança de precisão. Como Duan trabalhava na facção de roupas, ficou sozinho na residência, separou uma porção para fumar e o resto deixou no quarto de Duan. Ressaltou que Duan não traficava. Em relação a Xobru, Alex e Carlos Eduardo, eram companheiros do PGC. Já Moacir, também era companheiro, mas tinha parado de vender drogas e começado a trabalhar. O Fósforo guardava drogas e dinheiro para os irmãos em troca de drogas para seu uso. Assim como, disse que os companheiros mudaram durante o ano, pois mudavam o local da venda, iam para outros pontos. Esclareceu que Marcola era companheiro, mas que sua função era levar os outros integrantes do grupo de carro para vender e buscar drogas. E, Ygor, Neguinho, também vendia drogas (evento 470, vídeo 1152).

**Duan Henrique Vieira dos Santos**, negou vender droga e ser associado a outros crimes e facção criminosa. Ainda, disse que conhece a maioria dos acusados, pois morou por muito tempo na República Argentina, mas não sabia que eles vendiam drogas. Além disso, contou como ocorreu a prisão de seu irmão, Iago, em sua residência, sendo que, como Iago estava sendo procurado pela polícia, a irmã deles ligou para Duan, que foi buscar Iago para que este se apresentasse à polícia até o fim da tarde daquele dia. Entretanto, a polícia apareceu na residência e encontraram maconha que pertencia a Iago, que confirmou levar dentro da bolsa, assim como a balança de precisão. (evento 470, vídeo 1151).

**Alex Wender da Cruz**, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio. (evento 470, vídeo 1145).

**Moacir Maicon Alexandrino Pereira**, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio. (evento 470, vídeo 1150).

**Edson Carlos Moreira**, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio. (evento 470, vídeo 1168).

De início, cumpre mencionar que os agentes da segurança pública têm por dever de ofício a falar a verdade quanto às investigações e casos que se lhes submetem. Além disso têm o compromisso legal, sob pena de prática de crime de falso testemunho. Diante disso, não há qualquer dúvida de que os relatos testemunhais prestado pelos policiais que participaram da investigação dos réus têm inegável valor probatório, mormente quando corroborado por outros elementos de convicção tirados os autos.

De fato, merecem crédito os depoimentos coerentes e harmônicos entre si prestados pelos policiais civis que atuaram no caso. Saliente-se que, em delitos dessa natureza, a prova se vê embasar, na maioria das vezes, em depoimentos dos policiais que atuam na diligência, sendo que não seria lógico e razoável que se lhes fosse investir dessa função de coibir ações criminosas para, ao depoís, sem mais, negar crédito às suas ações e palavras.

Registro que não existe qualquer indicativo de parcialidade ou descompromisso com a verdade por parte dos policiais civis que efetuaram as prisões, os cumprimentos dos mandados de busca e apreensão e demais diligências, não havendo qualquer razão para incriminarem os réus falsamente.

Somente à vista de alguma explicação muito convincente seria possível criar sombras na certeza, daí emergente, da procedência da imputação. Não seria, assim, a simples negativa de autoria que iria minar as bases de sustentação do veredicto condenatório.

Ademais, importante ressaltar que para a caracterização do crime de tráfico de drogas não é imprescindível que o agente seja encontrado efetivamente vendendo a droga, bastando, à sua consumação, a ocorrência de uma das condutas descritas no caput do art. 33 da Lei nº 11.343/06, como no caso concreto.

Durante as diligências realizadas na investigação do homicídio de Ailson mencionado anteriormente, foi apreendido no interior do veículo PEUGEOT/206, placa MAW-6104, pertencente a Marcos Paulo Rodrigues, vulgo “Marcola”, uma caderneta com anotações referentes à organização criminosa Primeiro Grupo Catarinense - PGC na localidade conhecida como República Argentina (“Repa”), no bairro Ponta Aguda.

Nestas anotações constam, entre outras informações, as alcunhas dos integrantes da facção criminosa que participaram de uma reunião “R” que definiu os procedimentos a serem seguidos na localidade (“batida da quebrada”) pelos criminosos que ali atuam. O texto faz referência aos “irmãos” e “companheiros” que estavam presentes na reunião, há referência à sigla da organização criminosa no documento apreendido, bem como são informados o valor do “caixa” da organização criminosa no local, a escala de indivíduos que ficam responsáveis pela venda em cada dia e turno, as regras a serem seguidas pelos integrantes e o valor da venda das substâncias entorpecentes na localidade (evento 01, doc. 03/25).

Assinaram a respectiva ata da reunião “R” (evento 01, doc. 56): Don Juan, Negão, Neguinho, Testa, Bruxo, Lombriga, Marcola, Tataba, Fiel, Canjica, Fósforo, João, Carlos Eduardo e Tilc.

Paralelo a isso, foi apreendido o celular do menor João Victor (alcunha Don Juan) que participa de um grupo de troca de mensagens dentro do aplicativo “WhatsApp” que é composto por integrantes da organização criminosa PGC que atua na cidade de Blumenau, denominado “FAMILIA DE BLU DCS”, que foi criado em 23 de abril de 2019, pelo indivíduo de alcunha “Satan”, identificado como Marcos dos Santos, integrante da cúpula da organização criminosa no Estado de Santa Catarina (evento 01, doc. 197 e seguintes).

Das conversas do menor “Don Juan” com indivíduo chamado de “Ney” é feita referência ao acusado Iago “Não é porque o... se tu for pegar ali com ele, pegar droga boa feio, tá com uma ruim ali empurrando, tá ligado, feio? Tá empurrando ali e os cara reclamaram, ***o Iago tá com essa droga aqui e os cara nem pegam mais com o Iago tá ligado, por que é ruim.***” (evento 01 doc. 210), o que está a comprovar que Iago estava praticando o tráfico de drogas em prol da organização criminosa PGC.

O menor também fala com Batata, alcunha de Moacir, onde combinam entrega e pagamento de entorpecentes, e Moacir informa que já está indo para “a pista”, ou seja, lugar onde comercializam o entorpecente (evento 01 doc. 212) o que está a comprovar também a participação de Moacir nos crimes a ele imputados.

Já quando da prisão de Alex e apreensão de seu telefone celular, em acesso aos dados, foram localizadas conversas com indivíduo registrado como “Mopri” (não identificado) em que é possível visualizar abertamente o diálogo sobre compra e venda de entorpecentes em pelo menos três datas distintas (31/05/2019, 01/06/2019 e 08/06/2019) sendo enviadas fotos de entorpecente e o valor correspondente ao peso de cada material (evento 10).

Paralelo a isso, Iago colaborou com a investigação trazendo informações que somente quem está no seio da organização criminosa é capaz de minuciar. Identificou todos os corrêus por seus nomes e alcunhas, assumindo que praticou o tráfico de drogas em conclusão com integrantes da facção PGC, diferenciando o integrante denominado “irmão” e o integrante denominado “companheiro”.

Segundo Iago, o companheiro pratica o tráfico de drogas e “anda junto” com os irmãos, estes, são que batizados e possuem padrinhos dentro da facção PGC. Desta forma, irmão seriam hierarquicamente superiores aos companheiros na dita organização criminosa.

Iago se intitulou companheiro no PGC, dizendo que apenas Ygor e Don Juan (menor de idade, João) eram os únicos que eram irmão do PGC e os outros denunciados todos, à exceção de Duan, eram companheiros.

Iago assumiu que vendia maconha na Pedra do Amor e que era usuário de cocaína, que recebia drogas de Don Juan - João (disciplina da região) ou Neguinho (braço de Don Juan), vendia e o lucro ficava consigo, mas pagava R\$ 40,00 de caixinha semanalmente.

No dia de sua prisão, Iago tinha ido para a casa de seu irmão Duan, pois soube que a polícia esteve na casa de seu pai com um mandado de busca e apreensão e de prisão em seu desfavor. Foi para a casa de Duan pois no dia seguinte iria se apresentar na Delegacia de Polícia, acompanhado de seu advogado, mas não deu tempo. Que levou sua balança de precisão e uma porção de maconha para a casa de Duan e que então, quando a polícia lhe encontrou na casa de seu irmão, em Gaspar, foi realizado o flagrante, sendo que Duan também foi preso, porém sendo a droga apreendida de propriedade de Iago que estava no local para passar a noite. Justificou que o dinheiro apreendido era de sua cunhada, esposa de Duan, e que ambos trabalhavam com facção de roupas, bem como que a senha do cartão tem a inicial dos filhos dela, que estavam gravados em um papel.

Desta forma, de imediato, **diante de pedido expresso do Ministério Público para que Duan seja absolvido das acusações que lhe foram imputadas, bem como, considerando que nada mais há nos autos que façam referência a sua pessoa, acolhe-se o pedido ministerial, por força do princípio acusatório. Por esta razão deixo de tecer maiores comentários com relação a este acusado, vez que se vê absolvido.**

Ainda, de acordo com a delação de Iago, cada réu vendia um tipo de droga fazendo revezamento

semanal entre si. Desta forma, Iago e Edson vendiam maconha, Ygor e João vendiam crack, Alex e Ricardo vendiam cocaína e Moacir vendia todos os tipos de entorpecente, transitando entre os revezamentos impostos pela facção criminosa.

Mencionou ainda que de todos os acusados, Claudinei era usuário de crack e alugava a casa para reunião, festas e venda de drogas para os demais acusados e sabia que eles tinham envolvimento com o PGC, mas não fazia a venda do entorpecente e também não guardava, nem estocava, pois se com ele deixassem drogas, este iria acabar consumindo. Desta forma, Claudinei dava apoio à facção PGC, sendo portanto um companheiro fundamental, pois em sua residência todos se reuniam para debater questões inerentes ao tráfico, e como contraprestação recebia entorpecentes para seu consumo.

Marcos também desempenhava atividades como companheiro da facção e como era o único a possuir carro, era responsável por levar e trazer os rapazes que buscavam drogas. Desta forma, dentro da organização criminosa PGC sua função era transportar o entorpecente que ingressava no bairro Ponta Aguda.

Iago também indicou que era o menor Don Juan (João Victor Demétrio da Silva) quem fornecia a droga, mas não sabe de onde ele conseguia. Por fim, esclareceu que Don Juan estabelecia o revezamento dos vendedores, o que vem de encontro com o conteúdo acessado no celular do menor, em que fica claro que Moacir iria pegar entorpecente com este para vender no seu dia de «trabalho» no comércio nefasto (evento 01, doc. 212).

Pois bem. No que se refere aos argumentos trazidos pelos acusados Moacir, Ygor, Carlos, Claudinei, Douglas, Edson e Rodrigo para questionar a **credibilidade do testemunho do colaborador**, tenho que algumas ponderações devem ser feitas.

De imediato, assento que a colaboração premiada é uma técnica especial de investigação e um meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, consoante artigo 3º-A da Lei nº 12.850/13. Como tal, este instituto se transmuta em fonte de conhecimento investigatório apto a revelar a estrutura de um grupo criminoso e a identidade ou o grau de participação de outros agentes nesta e em outras práticas delituosas.

Mais do que um mero favor de pena, concedido pelo juiz na condição de minorante na fase pertinente da dosimetria, as sucessivas evoluções doutrinárias e legislativas foram responsáveis pela atual conformação do instituto como efetivo instrumento da persecução penal estatal. Não por outro motivo, a consequência direta é seu tratamento como forma especial de *contrato com o Estado*, evidentemente permeado por regramentos de índole constitucional e legal cujo propósito é balizar a atuação dos agentes públicos e do imputado colaborador.

Consoante lição de Nefi Cordeiro:

*“Usa a lei apropriadamente das expressões acordo, negociação, pois tratativas para a autolimitação ao direito penal e a direitos individuais de não autoincriminação, de defesa e ao devido processo legal acusatório. É*

*efetivamente um negócio jurídico entre o estado e o cidadão criminalmente perseguido. [...]*

*A negociação se dá para a demonstração da culpa de coautores e serve então como **meio de obtenção de prova**, como corretamente reconheceu o precedente citado de nossa Suprema Corte: o colaborador se compromete a trazer provas da culpa de terceiros e a recuperar o produto do crime.*

*Menos lembrada, porém, [...] serve também como **indireta fonte investigatória** [...]. É que na investigação de um crime pode seu autor tornar-se colaborador e então revelar (termo que utilizaram legislações precedentes) coautores, a estrutura criminosa, o paradeiro do produto do crime e informações que possam ajudar a salvar a vítima íntegra. Estará o colaborador então realizando resultados legalmente previstos (art. 4º da Lei da Criminalidade Organizada) não como meio de obtenção de provas, mas ainda antes como fonte de conhecimento da inteireza do crime – função investigatória.” (CORDEIRO, Nefi. **Colaboração premiada: caracteres, limites e controles**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 24-26)*

Na condição de negócio processual, a colaboração – ou delação, como indistintamente o termo é empregado –, gera obrigações e direitos entre as partes que participam da avença. Daí porque não possui o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das informações prestadas pelo colaborador. Em outros termos, falta aos demais corréus e delatados interesse e legitimidade quanto à impugnação da validade do acordo e do integral cumprimento de suas cláusulas, tarefa que incumbe ao próprio negociador e ao órgão de acusação.

Por outro lado, é plenamente possível a insurgência dos delatados quanto à credibilidade dada pelo magistrado aos fatos narrados e às informações trazidas pelo delator. Para tanto, é ônus das defesas trazer aos autos elementos capazes de infirmar a versão acusatória, o que pode ser feito por todas as formas em direito admitidas – documentos, filmagens e, inclusive, testemunhas.

Essa é a exata compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, no julgado paradigmático do Habeas Corpus 127.483/PR:

[...] 6. Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). 7. De todo modo, nos procedimentos em que figurarem como imputados, os coautores ou partícipes delatados - no exercício do contraditório - poderão confrontar, em juízo, as declarações do colaborador e as provas por ele indicadas, bem como impugnar, a qualquer tempo, as medidas restritivas de direitos fundamentais eventualmente adotadas em seu desfavor. [...] (HC 127483, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.2015, DJe-021 Divulg. 03.02.2016, Public. 04.02.2016)

A partir dessas premissas, verifico que a insurgência dos acusados retro citados não encontra guarida na realidade fática dos autos.

Como dito, a colaboração premiada funciona no processo penal como uma fonte investigatória indireta e um meio de obtenção de prova. Não há possibilidade, por expressa previsão legal, que

exista condenação fundada apenas nas declarações do delator, conforme artigo 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13.

No caso em questão, materialidade e autoria delitivas são extraídas de diversos elementos constantes das fases policial e judicial da persecução criminal. Desse arcabouço é que se deduz a existência de substrato suficiente para amparar a condenação dos corréus, porquanto as informações trazidas por Iago estão em consonância com as demais provas colhidas.

Destaco, por exemplo, que o delator Iago descreveu de forma minuciosa a divisão de tarefas da organização criminosa atuante nas redondezas da rua República Argentina (evento 341, vídeo 1167, e evento 470, vídeo 1152), nominando a participação dos diversos irmãos e companheiros que assinaram a ata da reunião «R» constante da caderneta apreendida (evento 01, docs. 52-57).

No mesmo sentido, coincidem os relatos de Iago com aqueles prestados pelas outras testemunhas ouvidas durante a instrução, em especial os policiais civis que acompanharam as investigações preliminares. Ainda que não tenham sido tão pormenorizados, é possível visualizar que descreveram de forma geral a estrutura do braço da facção criminosa PGC atuante na “Repa”, ou seja, nas redondezas da rua República Argentina, no bairro Ponta Aguda.

Nesse sentido, elenca-se o depoimento do delegado Douglas Teixeira Barroco, que destacou ser a organização dos acusados evoluída, com divisão de quem venderia a droga, qual tipo seria comercializado e em qual dia da semana, bem como que Ygor e o menor de idade conhecido como “Don Juan” seriam os membros com maior influência no grupo, a quem competia conduzir as reuniões. Destacou que Claudinei era quem cedia a casa para as reuniões e que Moacir, conhecido por “Tataba” realizava o tráfico de entorpecentes (evento 470, vídeo 1163). Não é diferente em relação à narrativa deduzida pelo agente Juarez Maynart Pereira, segundo o qual identificação dos envolvidos e de suas alcunhas decorreu da apreensão de celulares, da análise das redes sociais dos investigados e dos relatos informais de obtidos durante a condução dos trabalhos (evento 470, vídeo 1165).

Os elementos colhidos durante a fase investigativa, especialmente os relatórios de investigação criminal do Inquérito Policial nº 111.2019.00028 (evento 01, docs. 272-279), por seu turno, também estão em consonância com a versão dos fatos enunciada pelo delator.

Não há, portanto, qualquer unilateralidade na prova obtida em razão da colaboração premiada do corréu Iago. O contraditório judicial disponível a todos os acusados no curso de uma ação penal deve ser compreendido de forma ampla, como decorrência lógica do princípio da comunhão das provas, as quais, uma vez produzidas, passam a ser do processo e não das partes isoladamente.

Como antes adiantado, não há dúvida que o ordenamento jurídico assegura aos delatados o direito de rebater a narrativa deduzida por um antigo comparsa. No entanto, **é ônus de cada uma das defesas trazer aos autos elementos capazes de derruir a versão acusatória**, por todas as formas em direito admitidas. Cabe aos acusados apresentar documentos, juntar filmagens, requerer perícias e, inclusive, arrolar testemunhas que contraponham os fatos trazidos ou que infirmem a



idoneidade do delator, tudo isso para corroborar suas próprias alegações. O que não é cabível é tachar a colaboração premiada, instrumento previsto no ordenamento jurídico pátrio e regulamentado pela Lei 12.850/13 como meio probatório ilegítimo, pois fundado na busca de benefícios próprios e na traição.

Na mesma toada, deve ser afastada a alegação de que o delator se valeu do direito ao silêncio e, com isto, violou o compromisso legal de dizer a verdade, esposado no § 14 do artigo 4º da Lei nº 12.850/13. Como se verifica de seu interrogatório, o acusado Iago respondeu detalhadamente as perguntas formuladas pelo juiz, pelo Ministério Público e pelo seu procurador, reiterando seu depoimento à época em que firmado o acordo de colaboração (evento 341, vídeo 1167). Não foram trazidos fatos novos, desconhecidos dos demais réus, impugnáveis pelos meios próprios de prova.

**Em arremate, lembro que o momento oportuno para qualquer insurgência quanto à negativa de produção de provas era a audiência de instrução e, em consulta do termo do ato (evento 470), não houve qualquer ressalva consignada por nenhuma das defesas.**

Logo, à prova oriunda da delação será dada a credibilidade adequada, cotejada pelo confronto com todos os elementos existentes nos autos. Dessa valoração, decorrerá a apreciação de sua eficácia, a qual será oportunamente abordada. Descabe, outrossim, afirmar que o interrogatório do delator consistiu em mera prova unilateral e negociada.

Portanto, tem-se, **com relação ao réu Carlos Eduardo** sua assinatura na ata da reunião “R” do PGC onde foram discutidos diversos assuntos pertinentes à facção criminosa, bem como organizado o tráfico de drogas e regras de convivência na região, além de ter sido delatado por Iago como sendo um companheiro da referida facção;

**Com relação a Neguinho, Ygor Luiz Rosa**, foi constatado que este também assinou a dita ata, foi mencionado pelo Delegado de Polícia que “foi verificado que Ygor e Don Juan (menor de idade) teriam maior influência no grupo, governando reuniões”, foi apurado que Ygor era batizado como “irmão” na facção criminosa PGC, e o delator disse que Ygor vendia crack no bairro Ponta Aguda;

**Com relação a Fósforo, Edson Carlos Moreira**, o delator afirmou que vendia maconha em parceria e revezamento com Edson, bem como que ele guardava drogas e dinheiro para os “irmãos” em troca de drogas para seu uso, o que vem a corroborar sua assinatura na ata apreendida da reunião “R”.

**Com relação a Tataba, Moacir Maicon Alexandrino Pereira**, além de sua assinatura na ata da reunião “R”, foi identificada conversa com o menor “Don Juan” onde este dizia estar indo para a “pista”, ou seja, local onde vendiam os entorpecentes, além de ter sido delatado como vendedor de todos os tipos de entorpecentes.

**Com relação a Negão, Douglas Vinicius da Rosa**, verifica-se sua assinatura da ata da reunião “R”; é mencionado pelo Policial Civil que “os investigados apresentavam receio quanto a Negão, quando perguntados sobre a participação dele, ficavam em silêncio. Ressaltou que Don Juan, Neguinho e Negão tinham função de comando no grupo.”; o que vem de encontro com a palavra

o delator que disse que “Negão” é muito próximo de Ygor, que ele vendia drogas e estava sempre armado. Ficou constatado que Negão é batizado pela facção PGC, sendo um “irmão”.

**Com relação a Lombriga, Alex Wender da Cruz**, este também assinou a ata da reunião “R”; em cumprimento ao mandado de prisão e busca e apreensão, Alex foi preso em posse de 10g de maconha, 9,7g de cocaína e R\$ 240,00 (evento 44), o que originou o APF nº 0006562-94.2019.8.24.0008; do conteúdo acessado do celular de Alex, foram localizadas conversas com indivíduo registrado como “Mopri” (não identificado) em que é possível visualizar abertamente o diálogo sobre compra e venda de entorpecentes em pelo menos três datas distintas (31/05/2019, 01/06/2019 e 08/06/2019) sendo enviadas fotos de entorpecente e o valor correspondente de quantas gramas possui (evento 10). Ainda, de acordo com a delação de Iago, Alex e Ricardo vendiam cocaína. Portanto, as alegações das testemunhas de defesa de que Alex era usuário de maconha em nada contribuem com a prova produzida, que é clara no sentido de que Alex vendia cocaína. Nada obsta a figura de usuário e traficante no mesmo agente, o que é perfeitamente possível e muito comum, como no caso em concreto, em que o agente vende um tipo de entorpecente e consome outro.

**Com relação a Canjica, Rodrigo da Fonseca Gonçalves**, era também companheiro da facção PGC, sendo referido pelo delator que ele vendia drogas e participava das reuniões, o que vem de encontro com a ata da reunião “R” apreendida, onde consta a assinatura do acusado.

**Com relação a Testa, Iago Patrick Vieira Xavier de Lima**, prestou especial esclarecimento aos fatos quando delatou o esquema criminoso, sendo feito acordo de colaboração premiada. Iago traficava drogas no Bairro Ponta Aguda e pertencia à facção PGC na condição de companheiro, referindo que vendia maconha em parceria com Edson, e fornecendo elementos já citados que somente quem convive no meio criminoso, especialmente de facção criminosa, poderia fornecer, tal qual, a participação de cada um dos corréus na organização criminosa. Não bastasse, quando do cumprimento de seu mandado de prisão, foi apreendido 63g de maconha, 1 balança de precisão, 01 rolo de papel filme, 03 notas promissórias, 05 comprovantes de depósitos, 01 pedaço de papel contendo anotações e R\$ 416,00.

Assim, não há dúvidas de que os réus traficavam entorpecente e estavam associados com o objetivo de traficar drogas na região do bairro Ponta Aguda. Em que pese a negativa de autoria dos acusados, as teses defensivas não foram capazes de afastar os elementos probatórios trazidos aos autos, cujos argumentos mais parecem tentativas inócuas de desviar o foco dos fatos e das imputações que lhe são feitas, uma vez que não há de falar em ausência de provas quando se tem provas concretas do cometimento dos crimes, devendo prevalecer, neste caso, as provas angariadas judicialmente, mormente as palavras dos milicianos, que são revestidas de boa fé, não restando dúvidas de que os denunciados praticaram os crimes que lhe são imputados.

Outrossim, acerca da consumação do delito de associação para o tráfico, vale destacar que o STJ possui uma tese solidificada quanto a essa questão, de que *“Para a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é irrelevante a apreensão de drogas na posse direta do agente”*, conforme os Acórdãos proferidos no HC 441712/SP; no RHC

93498/SC; no HC 432738/PR; no HC 137535/RJ; e no HC 148480/BA.

Resta claro que, no caso concreto, os elementos de convicção contidos nos autos fazem prova coerente e firme da autoria dos acusados.

Entretanto, não há como atender o pedido do Ministério Público de que Alex seja condenado duas vezes pelo crime de associação para o tráfico com base única e exclusivamente em trecho de conversa isolada que foi acessada no celular deste. É fato que Alex estava transacionando drogas com o indivíduo “MOPRI” mas até o momento sequer foi possível identificar tal indivíduo, nem as circunstâncias e condições em que praticado(s) o(s) delito(s), isto porque, não se sabe se “MOPRI” pertencia ao PGC, atuava em favor do PGC, era uma transação paralela que Alex fazia daquelas feitas em prol da facção criminosa, enfim, trata-se de cenário nebuloso onde não se pode concluir que Alex estivesse associado em duas oportunidades, no mesmo período de tempo, com pessoas que em nada tem a ver umas com as outras. Desta forma, Alex será condenado pela associação para o tráfico em uma vez, abrangendo toda a prova produzida nos autos.

No caso em tela não incide a causa especial de diminuição de pena relativa ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), uma vez que o fato de os acusados integrarem organização criminosa e se associarem para a mercancia espúria, afasta por completo qualquer pretensão de aplicação do referido parágrafo.

Por tudo isto, sendo os  **fatos típicos, antijurídicos e culpáveis**, concluo pela condenação dos acusados pela prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, e art. 35, *caput*, ambos da Lei n. 11.343/2006, imputados a todos os acusados.

Com relação ao crime de organização criminosa, importante ressaltar que os réus Marcos Paulo Rodrigues, Ygor Luiz Rosa, Claudinei Alves Moreira, Douglas Vinicius da Rosa e Rodrigo da Fonseca Gonçalves já respondem por este crime na ação de homicídio, razão pela qual não foram denunciados nestes autos. Já o acusado Ricardo Xavier de Lima, conforme determinado supra, foi cindido diante de sua não localização, razão pela qual também não será analisado, embora denunciado.

Assim, passo a tecer considerações sobre o crime de organização criminosa majorada por emprego de arma de fogo e com participação de adolescente aos réus Carlos Eduardo Orzechowski, Edson Carlos Moreira, Moacir Maicon Alexandrino Pereira, Alex Wender da Cruz e Iago Patrick Vieira Xavier de Lima.

Diante de toda fundamentação já exposta, resta claro que os réus são faccionados, pertencentes da facção Primeiro Grupo Catarinense, conhecida como “PGC”, desempenhando de companheiros, na medida em que traficavam e contribuíam financeiramente com o caixa da facção. Deixa-se de proceder a nova transcrição. Remetem-se nossas conclusões à fundamentação supra, em que, de forma unânime, os réus referem-se à facção criminosa, utilizam-se de expressões como “padrinho”, “afilhado” e outras, as quais indicam indubitavelmente sua relação com o grupo criminoso em questão, além de ter sido apreendida uma ata de reunião, assinada por todos os réus, reunião esta

chamada de “R” onde foram discutidos diversos assuntos de interesse da referida facção.

Como se isso não bastasse, um dos réus, Iago, confessou e delatou o esquema criminoso, perante a autoridade judiciária, referindo que era companheiro do PGC e que os demais acusados também o eram. Assim, a confissão do réu, as conversas por meios de comunicação legalmente analisadas, aliada às palavras firmes e coerentes dos policiais civis, bem demonstra a participação dos réus na organização criminosa PGC.

Quanto ao fato de o crime ser praticado com a presença de adolescente, não há dúvidas, na medida em que toda a prova evidencia que o menor João, vulgo “Don Juan”, já era “irmão” da facção e desempenhava atividades de liderança, sendo que o artigo 2º, §4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 não faz referência à necessidade de ser o menor corrompido, ou definindo critérios de hierarquia entre as atividades desempenhadas, bastando que a prática delituosa seja realizada com a participação e criança ou adolescente. É o caso dos autos.

Com relação ao §2º do artigo 2º da Lei nº 12.850/2013, também restou comprovado que a facção utilizava de armamento. Embora a Defesa alegue que não foi apreendida nenhuma arma e que não havia como comprovar tal circunstância, se vislumbra no evento 01, doc. 203, fotografias de armamento encaminhadas via aplicativo WhatsApp, além de no evento 01, doc. 204, ter sido encaminhada a seguinte mensagem no “grupo” da facção PGC no município de Blumenau, mensagem esta encaminhada por indivíduo registrado como “Padrinho St”:

*“Salvao a tds os irmao dos quadro favor darem atencao nos dizimos das quebradas tenk ser depositado ate amanha pra pidermos fazer relatorio da cidade precisamos do comproetimento de tds pra pode compra armas pra manter aordem na cidade e esta sempre preparados e ter estrutura pra guerra” (evento 01, doc. 204).*

Assim, resta claro que a facção PGC (Primeiro Grupo Catarinente) atua na região de Blumenau, mais especificamente, no contexto dos autos, no bairro Ponta Aguda, desempenhando suas atividades com emprego de arma de fogo e participação de menores, com o objetivo de auferir lucro com o tráfico ilícito de entorpecente, bem com a prática de outros crimes, não a toa que a investigação deste processo se originou de prova fortuita localizada quando da investigação de crime de homicídio praticado, em tese, por parte dos réus aqui denunciados.

A despeito da tese de **consunção entre os crimes de associação para o tráfico e organização criminosa, a qual foi repetidamente levantada pela defesa dos réus, verifico que tal fundamento não merece prosperar.**

Existe origem e bem jurídico diverso tutelado na Lei 11.343/2006 e na Lei 12.850/2013.

Enquanto o delito de associação para o tráfico é voltado a proscrever concursos estáveis e permanentes voltados à prática de mercancia espúria de substância ilícitas, o delito de participação em organização criminosa volta-se à tutela mais geral da paz e segurança públicas, como vetores

difusos de segurança da Sociedade.

Por uma das figuras típicas se pune a finalidade específica de traficar drogas na associação estável e organizada; noutra a adesão a fins não apenas para-estatais, mas essencialmente anti-estatais.

Merece reprimenda a parte o atuar em sociedade que se erige à margem do Estado e contra seus fins, com número de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenadas e caracterizadas pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais (crimes e contravenções penais) cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

É perfeitamente possível estar adido a ambas as condutas numa só circunstância temporal que se protraí; tanto que assim aconteceu no processo: os réus estavam agremiados à organização criminosa PGC, respeitando a hierarquia do submundo, e, além disso, também se dispunham e livremente traficar e organizar-se para traficância de entorpecentes. Plenamente possível falar na prática de todos os delitos em cúmulo material de infrações.

Nessa ordem de ideias, inviável qualquer falar-se em consunção entre crimes de organização criminosa e associação para o tráfico de drogas, ou mesmo de absolvição daquele, diante do farto material angariado, haja vista serem crimes são autônomos e praticados em contextos e intenções distintos.

Deste modo, extrai-se do cotejo probatório elementos suficientes para condenação dos acusados nos moldes da exordial acusatória.

A causa de aumento de pena em razão do uso de arma de fogo (art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013) é inconteste, seja porque é de saber público e notório a utilização de tais artefatos pela organização, seja porque se verificou cobrança do «caixa» para que fosse comprado armamento e, além disso, fotos de armas encaminhadas pelo WhatsApp referindo que tal armamento estaria chegando no município de Blumenau.

Logo, diante de todas estas circunstâncias, não resta qualquer dúvida de que os réus traficavam, estavam associados para o fim de cometer o tráfico ilícito de entorpecentes, e associados para cometer infrações cujo bem jurídico tutelado era outro, como por exemplo, crimes contra a vida e crimes contra o patrimônio.

Estão claros no caso concreto os elementos de convicção a fazer prova coerente e firme de autoria. Não há que se falar, diante da profusão de elementos probatórios, em absolvição por ausência de provas da autoria e da materialidade.

No que tange à culpabilidade, como os réus eram maiores e capazes ao tempo dos fatos, presumem-se serem responsáveis por suas atitudes e devem responder pelas consequências, pois são plenamente imputáveis.

### Dos bens apreendidos.

Passo a avaliar a destinação a ser dada aos bens apreendidos.

Dispõe o art. 63 da Lei n. 11.343/2006 que, ao proferir a sentença de mérito, o juiz decidirá sobre o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias.

Ainda, conforme o parágrafo único do artigo 243 da Constituição Federal, *“todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”*.

No caso em tela, vejo que, além das drogas, foram apreendidos nos autos nº 0006562-94.2019.8.24.0008: 01 balança de precisão, 01 celular LG e R\$ 240,00, conforme evento 01, doc. 12; e apreendidos nos autos nº 0002214-79.2019.8.24.0025: 01 balança de precisão, 01 rolo de papel filme, 03 notas promissórias, 05 comprovantes de depósitos, 01 pedaço de papel contendo anotações e R\$ 416,00, conforme evento 02, doc. 05.

Em relação às drogas apreendidas, determino a incineração.

No que diz respeito ao numerário em espécie apreendidos (R\$ 240,00 em posse de Alex), diante da ausência de qualquer indicativo de que tivessem origem lícita e somado ao fato de o réu ter sido flagrado na prática do tráfico de drogas, é evidente que se tratam de produto/verba oriundos do lucro auferido com o tráfico, constituindo-se, assim, em proveito do crime, de acordo com o art. 91, II, “b”, do Código Penal, razão pela qual o perdimento da quantia em favor da União é medida impositiva.

Assinalo, ainda que fosse comprovada a origem lícita dos bens apreendidos, o parágrafo único do art. 243 da CF estabelece que *“Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei”* e, nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito do Recurso Extraordinário n. 638.491/PR, representativo do Tema 647 da repercussão geral, reconheceu que *“[...] É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito, além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal»* (grifei - rel. Min. Luiz Fux, j. 17.05.2017).

Ainda que o artigo 63, inciso I, da Lei nº 11.343/06 preveja a perda dos bens apreendidos em tráfico ao FUNAD, no caso concreto, verifico que se tratam de bens de baixíssimo valor comercial (02 balanças de precisão, 01 celular LG, 01 rolo de papel filme, 05 comprovantes de depósitos, 01 pedaço de papel contendo anotações), que devem ser declarados inservíveis. Pelo tempo decorrido da apreensão e seu estado já desgastado, o perdimento em favor da União apresenta mais inconvenientes burocráticos que real aproveitamento ao FUNAD e ao próprio Sistema de Justiça.



Por isso, diante da pequena monta dos bens apreendidos, que torna antieconômica sua remessa, desde já determino que o Cartório informe a Secretaria do Foro para sua imediata destruição/inutilização, conforme preconiza o Código de Normas da Corregedoria para os bens apreendidos declarados inservíveis.

Com relação as notas promissórias e ao numerário de R\$ 416,00 apreendidos com Duan Henrique Vieira dos Santos, proprietário do local onde foi feita a busca, como não há identificação de ilícito em sua *causa debendi*, poderão ser devolvidos ao legítimo proprietário após o trânsito em julgado.

Transitada em julgado a sentença absolutória de Duan, devolva-se a ele as três notas promissórias e os R\$ 416,00 apreendidos, intimando-o para retirar os bens no prazo de 15 dias, sob pena de destruição.

### **Da aplicação da pena.**

Resolvidas as questões meritórias e estando trilhado o caminho da procedência da denúncia, passo à fase de aplicação da pena. Nesta etapa, o magistrado há de se guiar pelo critério trifásico de fixação da reprimenda, verificando inicialmente as circunstâncias judiciais, após as circunstâncias agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento ou diminuição que incidirão sobre a pena irrogada.

### **Da pena irrogada ao acusado Iago Patrick Vieira Xavier de Lima.**

Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observadas, com preponderância sobre estas, as disposições do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, observa-se que a quantidade de droga apreendida em poder do réu não justifica uma majoração da pena do acusado.

Verifico que a culpabilidade do réu é normal à espécie dos delitos destas naturezas; os antecedentes não denigrem o acusado; a conduta social do acusado pode ser considerada média; nada há, além dos crimes, que desabone a personalidade do réu; os motivos da ação foram normais à espécie; as circunstâncias foram as que corriqueiramente se observam neste tipo de delito; as consequências não foram graves; não há que se falar em contribuição da vítima. Observados os vetores mencionados no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Na segunda fase de aplicação da pena, presente a atenuante da menoridade relativa, entretanto, deixo de reduzir a pena eis que já se encontra no mínimo legal (Súmula 231 do STJ). Não há agravantes a considerar.

Por fim, na terceira fase, presente a majorante de ter sido o crime de associação criminosa praticado com emprego de arma de fogo, razão pela qual aumento a pena deste delito em 1/6, fixando-a em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13. Presente também a majorante de ter sido o crime cometido com a participação de adolescente, razão pela qual aumento a pena em 1/6, fixando-a em 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e 12 (doze) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Considerando que Iago firmou acordo de colaboração premiada (evento 337), nos termos da cláusula 4ª, inciso I, **reduzo cada uma das penas em 1/3 (um terço)**, tornando-as definitivas em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa de 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa para o delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, 02 (dois) anos de reclusão e 467 (quatrocentos e sessenta e sete) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 02 (dois) anos e 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 8 (oito) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Observando o concurso material de crimes, as penas deverão ser somadas, totalizando, portanto **08 (oito) anos e 20 (vinte) dias de reclusão e 809 (oitocentos e nove) dias-multa**.

A pena de reclusão do acusado deverá ser cumprida em regime inicial **fechado**.

Considerando o *quantum* de pena aplicada, impossível a substituição da pena nem a suspensão condicional da pena (*sursis*).

O valor do dia-multa deve ser fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

### **Da pena irrogada ao acusado Alex Wender da Cruz**

Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observadas, com preponderância sobre estas, as disposições do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, observa-se que a quantidade de droga apreendida em poder do réu não justifica uma majoração da pena do acusado.

Verifico que a culpabilidade do réu é normal à espécie dos delitos destas naturezas; os antecedentes não denigrem o acusado; a conduta social do acusado pode ser considerada média; nada há, além dos crimes, que desabone a personalidade do réu; os motivos da ação foram normais à espécie; as circunstâncias foram as que corriqueiramente se observam neste tipo de delito; as consequências não foram graves; não há que se falar em contribuição da vítima. Observados os vetores mencionados no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Na segunda fase de aplicação da pena, presente a atenuante da menoridade relativa, entretanto,

deixo de reduzir a pena eis que já se encontra no mínimo legal (Súmula 231 do STJ). Não há agravantes a considerar.

Por fim, na terceira fase, presente a majorante de ter sido o crime de associação criminosa praticado com emprego de arma de fogo, razão pela qual aumento a pena deste delito em 1/6, fixando-a em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13. Presente também a majorante de ter sido o crime cometido com a participação de adolescente, razão pela qual aumento a pena em 1/6, fixando-a em 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e 12 (doze) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Observando o concurso material de crimes, as penas deverão ser somadas, totalizando, portanto **12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão e 1212 (um mil duzentos e doze) dias-multa.**

A pena de reclusão do acusado deverá ser cumprida em regime inicial **fechado**.

Considerando o *quantum* de pena aplicada, impossível a substituição da pena nem a suspensão condicional da pena (*sursis*).

O valor do dia-multa deve ser fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

### **Da pena irrogada ao acusado Moacir Maicon Alexandrino Pereira**

Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observadas, com preponderância sobre estas, as disposições do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, observa-se que a quantidade de droga apreendida em poder do réu não justifica uma majoração da pena do acusado.

Verifico que a culpabilidade do réu é normal à espécie dos delitos destas naturezas; os antecedentes não denigrem o acusado; a conduta social do acusado pode ser considerada média; nada há, além do crime, que desabone a personalidade do réu; os motivos da ação foram normais à espécie; as circunstâncias foram as que corriqueiramente se observam neste tipo de delito; as consequências não foram graves; não há que se falar em contribuição da vítima. Observados os vetores mencionados no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 03 (três) anos de reclusão para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Na segunda fase de aplicação da pena, não vislumbro circunstâncias agravantes ou atenuantes capazes de ensejar a modificação da pena.

Por fim, na terceira fase, presente a majorante de ter sido o crime de associação criminosa praticado com emprego de arma de fogo, razão pela qual aumento a pena deste delito em 1/6, fixando-a em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa para o delito descrito

no artigo 2º da Lei nº 12.850/13. Presente também a majorante de ter sido o crime cometido com a participação de adolescente, razão pela qual aumento a pena em 1/6, fixando-a em 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e 12 (doze) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Observando o concurso material de crimes, as penas deverão ser somadas, totalizando, portanto **12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão e 1212 (um mil duzentos e doze) dias-multa.**

A pena de reclusão do acusado deverá ser cumprida em regime inicial **fechado**.

Considerando o *tantum* de pena aplicada, impossível a substituição da pena nem a suspensão condicional da pena (*sursis*).

O valor do dia-multa deve ser fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

### **Da pena irrogada ao acusado Edson Carlos Moreira**

Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observadas, com preponderância sobre estas, as disposições do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, observa-se que a quantidade de droga apreendida em poder do réu não justifica uma majoração da pena do acusado.

Verifico que a culpabilidade do réu é normal à espécie dos delitos destas naturezas; os antecedentes não denigrem o acusado; a conduta social do acusado pode ser considerada média; nada há, além dos crimes, que desabone a personalidade do réu; os motivos da ação foram normais à espécie; as circunstâncias foram as que corriqueiramente se observam neste tipo de delito; as consequências não foram graves; não há que se falar em contribuição da vítima. Observados os vetores mencionados no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Na segunda fase de aplicação da pena, presente a atenuante da menoridade relativa, entretanto, deixo de reduzir a pena eis que já se encontra no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Por fim, na terceira fase, presente a majorante de ter sido o crime de associação criminosa praticado com emprego de arma de fogo, razão pela qual aumento a pena deste delito em 1/6, fixando-a em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13. Presente também a majorante de ter sido o crime cometido com a participação de adolescente, razão pela qual aumento a pena em 1/6, fixando-a em 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e 12 (doze) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Observando o concurso material de crimes, as penas deverão ser somadas, totalizando,

portanto **12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão e 1212 (um mil duzentos e doze) dias-multa.**

A pena de reclusão do acusado deverá ser cumprida em regime inicial **fechado**.

Considerando o *quantum* de pena aplicada, impossível a substituição da pena nem a suspensão condicional da pena (*sursis*).

O valor do dia-multa deve ser fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

### **Da pena irrogada ao acusado Carlos Eduardo Orzechowski**

Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observadas, com preponderância sobre estas, as disposições do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, observa-se que a quantidade de droga apreendida em poder do réu não justifica uma majoração da pena do acusado.

Verifico que a culpabilidade do réu é normal à espécie dos delitos destas naturezas; os antecedentes não denigrem o acusado; a conduta social do acusado pode ser considerada média; nada há, além do crime, que desabone a personalidade do réu; os motivos da ação foram normais à espécie; as circunstâncias foram as que corriqueiramente se observam neste tipo de delito; as consequências não foram graves; não há que se falar em contribuição da vítima. Observados os vetores mencionados no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 03 (três) anos de reclusão para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Na segunda fase de aplicação da pena, não vislumbro circunstâncias agravantes ou atenuantes capazes de ensejar a modificação da pena.

Por fim, na terceira fase, presente a majorante de ter sido o crime de associação criminosa praticado com emprego de arma de fogo, razão pela qual aumento a pena deste delito em 1/6, fixando-a em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13. Presente também a majorante de ter sido o crime cometido com a participação de adolescente, razão pela qual aumento a pena em 1/6, fixando-a em 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e 12 (doze) dias-multa para o delito descrito no artigo 2º da Lei nº 12.850/13.

Observando o concurso material de crimes, as penas deverão ser somadas, totalizando, portanto **12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão e 1212 (um mil duzentos e doze) dias-multa.**

A pena de reclusão do acusado deverá ser cumprida em regime inicial **fechado**.

Considerando o *quantum* de pena aplicada, impossível a substituição da pena nem a suspensão condicional da pena (*sursis*).

O valor do dia-multa deve ser fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

### **Da pena irrogada ao acusado Ygor Luiz Rosa**

Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observadas, com preponderância sobre estas, as disposições do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, observa-se que a quantidade de droga apreendida em poder do réu não justifica uma majoração da pena do acusado.

Verifico que a culpabilidade do réu é normal à espécie dos delitos destas naturezas; os antecedentes não denigrem o acusado; a conduta social do acusado pode ser considerada média; nada há, além do crime, que desabone a personalidade do réu; os motivos da ação foram normais à espécie; as circunstâncias foram as que corriqueiramente se observam neste tipo de delito; as consequências não foram graves; não há que se falar em contribuição da vítima. Observados os vetores mencionados no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Na segunda fase de aplicação da pena, não vislumbro circunstâncias agravantes ou atenuantes capazes de ensejar a modificação da pena.

Por fim, na terceira fase, não vislumbro circunstâncias agravantes ou atenuantes capazes de ensejar a modificação da pena.

Observando o concurso material de crimes, as penas deverão ser somadas, totalizando, portanto **08 (oito) anos reclusão e 1200 (um mil e duzentos) dias-multa.**

A pena de reclusão do acusado deverá ser cumprida em regime inicial **semiaberto**, observada a ausência de circunstâncias judiciais negativas e o quantum da pena fixada.

Considerando a quantia de pena aplicada, impossível a substituição da pena nem a suspensão condicional da pena (*sursis*).

O valor do dia-multa deve ser fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

### **Da pena irrogada ao acusado Claudinei Alves Moreira**

Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observadas, com preponderância sobre estas, as disposições do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, observa-se que a quantidade de droga apreendida em poder do réu não justifica uma majoração da pena do acusado.

Verifico que a culpabilidade do réu é normal à espécie dos delitos destas naturezas; os antecedentes denigrem o acusado, possuindo maus antecedentes pelo processo nº 0001809-71.1994.8.24.0008 e sendo reincidente pelo processo nº 0000073-51.2013.8.24.0008, o qual será



valorado na segunda fase de aplicação da pena; a conduta social do acusado pode ser considerada média; nada há, além do crime, que desabone a personalidade do réu; os motivos da ação foram normais à espécie; as circunstâncias foram as que corriqueiramente se observam neste tipo de delito; as consequências não foram graves; não há que se falar em contribuição da vítima. Observados os vetores mencionados no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e multa de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa para o delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Na segunda fase de aplicação da pena, presente a agravante da reincidência (processo n. 0000073-51.2013.8.24.0008, antes referido), pelo que aumento a pena corporal no patamar de 1/6, intangíveis as de multa, fixando-as em 06 (seis) anos e 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa para o delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Por fim, na terceira fase, não vislumbro causas de aumento ou diminuição capazes de ensejar a modificação da pena.

Observando o concurso material de crimes, as penas deverão ser somadas, totalizando, portanto **10 (dez) anos 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 1399 (um mil trezentos e noventa e nove) dias-multa.**

A pena de reclusão do acusado deverá ser cumprida em regime inicial **fechado**.

Considerando o *quantum* de pena aplicada, impossível a substituição da pena nem a suspensão condicional da pena (*sursis*).

O valor do dia-multa deve ser fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

### **Da pena irrogada ao acusado Douglas Vinícius da Rosa**

Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observadas, com preponderância sobre estas, as disposições do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, observa-se que a quantidade de droga apreendida em poder do réu não justifica uma majoração da pena do acusado.

Verifico que a culpabilidade do réu é normal à espécie dos delitos destas naturezas; os antecedentes não denigrem o acusado; a conduta social do acusado pode ser considerada média; nada há, além dos crimes, que desabone a personalidade do réu; os motivos da ação foram normais à espécie; as circunstâncias foram as que corriqueiramente se observam neste tipo de delito; as consequências não foram graves; não há que se falar em contribuição da vítima. Observados os vetores mencionados no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa para o delito

descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Na segunda fase de aplicação da pena, presente a atenuante da menoridade relativa, entretanto, deixo de reduzir a pena eis que já se encontra no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Por fim, na terceira fase, não vislumbro causas de aumento ou diminuição capazes de ensejar a modificação da pena.

Observando o concurso material de crimes, as penas deverão ser somadas, totalizando, portanto **08 (oito) anos reclusão e 1200 (um mil e duzentos) dias-multa.**

A pena de reclusão do acusado deverá ser cumprida em regime inicial **semiaberto**.

Considerando o *tantum* de pena aplicada, impossível a substituição da pena nem a suspensão condicional da pena (*sursis*).

O valor do dia-multa deve ser fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

### **Da pena irrogada ao acusado Rodrigo da Fonseca Gonçalves**

Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observadas, com preponderância sobre estas, as disposições do artigo 42 da Lei nº 11.343/06, observa-se que a quantidade de droga apreendida em poder do réu não justifica uma majoração da pena do acusado.

Verifico que a culpabilidade do réu é normal à espécie dos delitos destas naturezas; os antecedentes não denigrem o acusado; a conduta social do acusado pode ser considerada média; nada há, além do crime, que desabone a personalidade do réu; os motivos da ação foram normais à espécie; as circunstâncias foram as que corriqueiramente se observam neste tipo de delito; as consequências não foram graves; não há que se falar em contribuição da vítima. Observados os vetores mencionados no artigo 59 do Código Penal e no artigo 42 da Lei nº 11.343/06, fixa-se a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 e 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa para o delito descrito no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Na segunda fase de aplicação da pena, não vislumbro agravantes ou atenuantes capazes de ensejar a modificação da pena.

Por fim, na terceira fase, não vislumbro causas de aumento ou diminuição capazes de ensejar a modificação da pena.

Observando o concurso material de crimes, as penas deverão ser somadas, totalizando, portanto **08 (oito) anos reclusão e 1200 (um mil e duzentos) dias-multa.**

A pena de reclusão do acusado deverá ser cumprida em regime inicial **semiaberto**.

Considerando o *tantum* de pena aplicada, impossível a substituição da pena nem a suspensão condicional da pena (*sursis*).

O valor do dia-multa deve ser fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

### **Do dispositivo.**

Ante todos os argumentos expostos nesta fundamentação, **JULGO PROCEDENTE em parte** a denúncia para:

a) Cindir os autos em relação aos réus **Marcos Paulo Rodrigues e Ricardo Xavier de Lima**, que estão em local incerto e não sabido;

b) considerar o acusado **Duan Henrique Vieira dos Santos** absolvido das acusações que lhe foram feitas com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal;

c) considerar o acusado **Iago Patrick Vieira Xavier de Lima** como incurso nas sanções dos artigos 2º, §2º e §4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 e artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, em concurso material de crimes, sendo-lhe deferido o benefício de ter a pena reduzida no patamar de 1/3 devido à colaboração premiada, e, em consequência, para condená-lo ao cumprimento da pena de **08 (oito) anos e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicial fechado e 809 (oitocentos e nove) dias-multa**, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, corrigidos desde o fato pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria Geral da Justiça.

d) considerar o acusado **Alex Wender da Cruz** como incurso nas sanções dos artigos 2º, §2º e §4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 e artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, em concurso material de crimes, e, em consequência, para condená-lo ao cumprimento da pena de **12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão em regime inicial fechado e 1212 (um mil duzentos e doze) dias-multa**, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, corrigidos desde o fato pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria Geral da Justiça.

e) considerar o acusado **Moacir Maicon Alexandrino Pereira** como incurso nas sanções dos artigos 2º, §2º e §4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 e artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, em concurso material de crimes, e, em consequência, para condená-lo ao cumprimento da pena de **12 (doze) anos em regime inicial fechado e 01 (um) mês de reclusão e 1212 (um mil duzentos e doze) dias-multa**, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, corrigidos desde o fato pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria Geral da Justiça.

f) considerar o acusado **Edson Carlos Moreira** como incurso nas sanções dos artigos 2º, §2º e §4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 e artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, em concurso material de crimes, e, em consequência, para condená-lo ao cumprimento da pena de **12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão em regime inicial fechado e 1212 (um mil duzentos e doze) dias-multa**, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, corrigidos desde o fato pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria Geral da Justiça.

g) considerar o acusado **Carlos Eduardo Orzechowski** como incurso nas sanções dos artigos 2º, §2º e §4º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 e artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, em concurso material de crimes, e, em consequência, para condená-lo ao cumprimento da pena de **12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão em regime inicial fechado e 1212 (um mil duzentos e doze) dias-multa**, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, corrigidos desde o fato pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria Geral da Justiça.

h) considerar o acusado **Ygor Luiz Rosa** como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, em concurso material de crimes, e, em consequência, para condená-lo ao cumprimento da pena de **08 (oito) anos reclusão em regime inicial semiaberto e 1200 (um mil e duzentos) dias-multa**, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, corrigidos desde o fato pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria Geral da Justiça.

i) considerar o acusado **Claudinei Alves Moreira** como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, em concurso material de crimes, e, em consequência, para condená-lo ao cumprimento da pena de **10 (dez) anos 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicial fechado e 1399 (um mil trezentos e noventa e nove) dias-multa**, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, corrigidos desde o fato pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria Geral da Justiça.

j) considerar o acusado **Douglas Vinicius da Rosa** como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, em concurso material de crimes, e, em consequência, para condená-lo ao cumprimento da pena de **08 (oito) anos reclusão em regime inicial semiaberto e 1200 (um mil e duzentos) dias-multa**, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, corrigidos desde o fato pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria Geral da Justiça.

k) considerar o acusado **Rodrigo da Fonseca Gonçalves** como incurso nas sanções dos artigos 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei nº 11.343/2006, em concurso material de crimes, e, em consequência, para condená-lo ao cumprimento da pena de **08 (oito) anos reclusão em regime inicial semiaberto e 1200 (um mil e duzentos) dias-multa**, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, corrigidos desde o fato pelos índices oficiais adotados pela Corregedoria Geral da Justiça.

Os réus Iago e Moacir poderão recorrer em liberdade, pois assim responderam ao processo, não havendo, neste momento, motivos capazes de ensejar o decreto de prisão preventiva.

Já os réus Alex, Carlos, Claudinei, Douglas, Edson, Rodrigo e Ygor, diante do tanto de pena aplicada a cada um, ainda que se opere a detração, em nada modificará o regime inicial de cumprimento da pena.

Diante da sentença condenatória e de todos fundamentos supracitados, sendo reconhecido que a prática do delito de tráfico de drogas por si só já é conduta repudiada pela sociedade e acaba por acarretar a prática de diversos outros crimes, como aqueles contra o patrimônio quando o

usuário busca objetos para fazer a troca pela droga; crimes contra a vida, em decorrência de dívida oriunda do tráfico; além de desgraçar famílias e o próprio ser humano que ingere a substância, seja fisiologicamente, seja mentalmente, entendo necessário para garantia da ordem pública e para assegurar a execução da pena a manutenção da segregação.

MANTENHO a clausura dos condenados **Alex, Carlos, Claudinei, Douglas, Edson, Rodrigo e Ygor**, para fins de recurso. Traficantes associados integrantes de organização criminosa, os condenados demonstram condutas graves, hediondas e absolutamente nefastas à sociedade. A ordem pública é frontalmente atacada com crimes desta magnitude e para sua promoção é essencial ação rápida e enérgica dos poderes instituídos oficialmente.

Não bastasse isso, a soltura imediata dos acusados, neste momento, poderia frustrar os fins da execução da pena e a correta aplicação da lei penal, estando presente fundamento do art. 312 do Código de Processo Penal para manutenção da custódia. Para fundamentar a medida, trago a colação a doutrina de José Paulo Baltazar Júnior que menciona que «*outro é o quadro se o réu está preso preventivamente, caso em que a regra é que permaneça preso depois de condenado, mudando apenas a espécie de prisão cautelar, que deixa de ser preventiva para passar a ser decorrente de sentença condenatória recorrível*» (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Sentença Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004, p. 41-42).

**Com recurso interposto, expeça-se PEC Provisório aos réus presos preventivamente**, independentemente de trânsito em julgado, tendo em vista o disposto na Súmula 716, STF.

Custas pelos réus porque vencidos (art. 804, CPP).

A pena de multa deverá ser paga pelos condenados 10 (dez) dias após o trânsito em julgado da sentença (artigo 50, do Código Penal).

Determino a destruição do entorpecente apreendido.

Determino a destruição/inutilização por inservibilidade dos bens: 02 balanças de precisão, 01 celular LG, 01 rolo de papel filme, 05 comprovantes de depósitos, 01 pedaço de papel contendo anotações.

Por fim, estabeleço como **efeito secundário da condenação** o perdimento do numerário apreendido (R\$ 240,00) em favor da União, nos termos dos artigos 63, I, da Lei 11.343/2006 e 91, II, “b”, do Código Penal, a ser revertido ao Funad (artigo 63, §1º, da Lei 11.343/2006). EXPEÇA-SE alvará dos valores restritos em prol do FUNAD, dado o perdimento declarado.

Determino a **cisão processual** com relação aos réus Marcos Paulo Rodrigues e Ricardo Xavier de Lima que estão em local incerto e não sabido. CUMPRA-SE.

Com relação as notas promissórias e ao numerário de R\$ 416,00 apreendidos com Duan Henrique Vieira dos Santos, proprietário do local onde foi feita a busca, como não há identificação de ilícito em sua *causa debendi*, poderão ser devolvidos ao legítimo proprietário após o trânsito em julgado.

Transitada em julgado a sentença absolutória de Duan, devolva-se a ele as três notas promissórias e os R\$ 416,00 apreendidos, intimando-o pessoalmente para retirar os bens no prazo de 15 dias, sob pena de destruição. Caso não seja encontrado na intimação pessoal, repita-se a intimação, por publicação eletrônica dirigida a seu advogado.

Anote-se a habilitação do advogado peticionante do evento 738, deferindo-se intimações a ele.

Transitada em julgado a condenação: a) lance-se o nome dos réus no rol de culpados; b) providencie-se a atualização dos dados sobre antecedentes na base de dados da Corregedoria-Geral da Justiça; c) expeça-se o PEC definitivo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

**EDUARDO PASSOLD REIS**  
**Juiz de Direito**



# ACÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 5012547-13.2020.8.24.0011/SC

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RÉU: VICTOR HUGO MIRANDA SOUSA

## SENTENÇA

### Vistos, etc.

**VICTOR HUGO MIRANDA SOUSA**, brasileiro, solteiro, desempregado, nascido em 29.05.1988, natural de São Paulo/SP, filho de Rosimere Aparecida Miranda e Francisco das Chagas Araujo Souza, inscrito no CPF sob o n. 48974964899, residente na Rua Almyr Dehar, n. 65, Vila Brasilândia, na cidade de São Paulo/SP, atualmente recolhido na Unidade Prisional Avançada desta urbe, foi denunciado pelo Ministério Público pela prática dos crimes previstos no artigo 171, § 4º, (por duas vezes contra as vítimas Valmir Panca e Marina Becker), e artigo 171, caput, c/c artigo 14, inciso II, (por duas vezes contra as vítimas Vítor Hort e Lígia Maria Galitzki Grimm), c/c artigo 304, caput, na forma do artigo 69, caput, todos do Código Penal, porque segundo a denúncia, in verbis:

*“Inicialmente, depreende-se dos autos que a Polícia Militar já havia recebido informações de que um indivíduo estaria aplicando golpes na região, incluindo nesta municipalidade.*

### FATO 1

*No dia 11 de novembro de 2020, por volta das 15h, os policiais foram acionados para atender uma ocorrência relacionada a um golpe semelhante aos que vinham sendo noticiados, na Rua Florianópolis, Bairro Primeiro de Maio, nesta urbe, na qual a pessoa de Vitor Hort, pessoa idosa de 73 anos de idade (DN 9.10.1947), teria sido vítima da ação do estelionatário.*

*Ao chegar no local, a guarnição constatou que Vítor havia recebido uma ligação telefônica de uma mulher que se identificou como sendo funcionária do Banco Bradesco. Na ocasião, Vítor passou seu telefone para sua esposa Dolores Hort dialogar com a feminina e, nesse passo, a suposta funcionária informou à esposa da vítima, mediante conversa artilosa, consistente em informar se tratar da central de segurança da instituição, que o cartão de crédito de Vítor havia sido clonado, motivo pelo qual este estava bloqueado para averiguação e que ela enviaria um agente da Polícia até sua residência para recolher o cartão e realizar a análise e perícia do objeto.*

*Logo em seguida, o denunciado VICTOR HUGO MIRANDA SOUSA compareceu na residência do Sr. Vítor, apresentou uma CNH falsa em nome de Alex Sandro Morao dos Santos e recolheu seu cartão de crédito, deixando o local na sequência e consumando o delito, uma vez que, na posse de referido cartão, ele pretendia sacar dinheiro ou até mesmo gastar no crédito, auferindo vantagem econômica em desfavor do idoso.*

*Ato contínuo, na posse das informações e das características físicas do golpista, a guarnição passou a realizar rondas pela cidade no intento de localizá-lo, quando então receberam informações via rádio sobre as características do veículo que teria sido utilizado pelo indivíduo para se deslocar até a residência da vítima.*

*Nesse passo, os policiais lograram êxito em localizar o automóvel, qual seja, o veículo VW/ Gol, cor branca, placas QHW 1688, transitando nas proximidades da Avenida Hugo Schlosser, neste município. Ao procederem a abordagem do condutor do veículo, este foi identificado como sendo motorista de aplicativo Uber, o qual mencionou à guarnição que havia deixado um passageiro no Hotel Veneza, situado na Avenida Lauro Muller, também nesta urbe.*

*Ao comparecerem no Hotel Veneza, os milicianos obtiveram êxito em localizar, abordar e identificar o denunciado VICTOR. Na sequência, foram realizadas buscas no quarto em que ele estava hospedado, onde foram localizados e apreendidos diversos artefatos utilizados para a prática de estelionato, como 7 (sete) máquinas de cartão de crédito e débito, 1 (uma) carteira nacional de habilitação falsa em nome de Alex Sandro Morao dos Santos, o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) em espécie, rolos de papel e cerca de 25 (vinte e cinco) cartões de crédito diversos pertencentes às vítimas dos golpes, além de um aparelho celular Samsung de IMEI n. 354622-11-683522-7.*

## FATO 2

*Na mesma data, local e horário narrados acima, dentre os cartões encontrados na posse do denunciado VICTOR HUGO MIRANDA SOUSA, estavam os de outras vítimas que residem nesta urbe.*

*Destarte, os proprietários dos cartões bancários foram contatados e ouvidos perante a Autoridade Policial.*

*O Sr. Valmir Panca, pessoa idosa de 70 anos (DN 22.9.1950), também foi vítima do mesmo golpe naquele dia, pois recebeu uma ligação telefônica de uma mulher que lhe informou que seu cartão de crédito havia sido clonado.*

*Assim que a vítima compreendeu a complexidade dos fatos, passou o telefone à sua filha Janaína Panca Gonçalves para dialogar com a feminina, sendo que, durante a ligação, foi solicitado que ela contatasse um ramal 0800 que foi fornecido pela suposta funcionária.*

*Ao contatar o referido ramal, a filha da vítima passou informações sobre o cartão de seu pai à atendente, quando esta mencionou que um perito da Polícia Civil compareceria na residência de Valmir para recolher o cartão supostamente clonado e averiguar o que havia acontecido.*

*Logo que o suposto perito chegou na casa da vítima em um veículo VW/Gol, de cor branca, se identificou perante Valmir e Janaína como sendo Alex Sandro Morão dos Santos e recolheu o cartão do idoso para levá-lo até a Delegacia de Polícia. Antes de se evadir do local, o criminoso solicitou que Janaína escrevesse uma carta com seus dados autorizando o recolhimento do cartão.*

Momentos após o denunciado VICTOR deixar no local da posse do cartão de crédito de Valmir, realizou uma compra no valor de R\$ 2.222,00 (dois mil duzentos e vinte e dois reais) com o cartão, obtendo êxito em auferir vantagem ilícita em desfavor do idoso.

### FATO 3

Depreende-se dos autos ainda que o mesmo modus operandi utilizado pelo denunciado quando da aplicação de golpes em face das vítimas Vítor e Valmir, foi empregado em desfavor da vítima Lígia Maria Galitzki Grimm, pessoa idosa de 66 anos (DN 13.10.1953), a qual também foi surpreendida por uma ligação de uma mulher que referia ser funcionária de instituição financeira, desta vez, da Caixa Econômica Federal, informando que o cartão de débito de Lígia havia sido clonado e solicitando que ela efetuasse uma ligação a outro ramal telefônico, o que foi feito.

Por volta das 12h, um masculino passou na residência da vítima, apresentou uma CNH contendo seus dados e recolheu seu cartão bancário, informando que o levaria até uma Delegacia de Polícia para apurar a clonagem.

### FATO 4

Os fatos se repetiram em face da vítima Marina Becker, pessoa idosa de 75 anos de idade (D.N. 20.02.1945), a qual, no dia dos fatos, recebeu uma ligação telefônica de uma suposta funcionária do banco em que possui conta, informando que seus cartões de crédito haviam sido clonados. Na sequência, o denunciado VICTOR, utilizando-se de documento de identificação falso, compareceu em sua residência e recolheu seus cartões.

A vítima Marina também suportou prejuízo após entregar seus cartões ao denunciado, uma vez que VICTOR utilizou o montante de R\$ 10.600,00 (dez mil e seiscentos reais) da conta de Marina para efetuar três pagamentos. Cumpre salientar que dois pagamentos foram realizados às pessoas de “Jefferson Lima” e “Kessia Tavares” (vide extrato 4 de Evento 26), o que, mais uma vez, demonstra que o denunciado não agiu sozinho na execução dos golpes.

Anota-se que a sequência de fatos sempre acontecia da mesma maneira, pois uma mulher telefonava para as vítimas, se identificava como sendo do banco em que os ofendidos possuíam cartões, informava uma possibilidade de clonagem ou de uso indevido da conta, informava seus dados, dados das vítimas, e repassava o número de telefone para o qual eles deveriam ligar, bem como, aludia que um agente da Polícia Civil, identificado como “Alex Sandro Mourão dos Santos”, passaria no local para apanhar os cartões e levar até a Autoridade Policial para apurar os fatos.

A mulher ao telefone ainda repassava os dados de “Alex” e pedia para as vítimas confirmarem com ele os dados, sendo que quando o denunciado VICTOR chagava até as residências, se apresentava como “Alex”, apresentava documento falso, que usava para dar mais credibilidade aos golpes e também para ocultar sua verdadeira identidade, e obtinha a posse dos cartões das vítimas que sequer

*desconfiavam dos fatos.*

*Na posse dos cartões certamente ele e seus comparsas (pelo menos mais uma pessoa, ao que tudo indica uma mulher) tentariam subtrair dinheiro das contas dos lesados ou realizar compras no crédito, causando prejuízos financeiros às vítimas.*

*Duas das vítimas suportaram considerável prejuízo, uma vez que o denunciado consumou o estelionato ao utilizar seus cartões para efetuar pagamentos.*

*Anota-se que as vítimas mencionadas na presente peça portal não foram as únicas vítimas dos golpes aplicados pelo denunciado VICTOR. Foram localizados na sua posse cerca de 25 (vinte e cinco) cartões bancários de ao menos 12 (doze) vítimas diferentes.*

*Inferre-se dos autos, ainda, que a maioria das vítimas da conduta delituosa de VICTOR se tratam de pessoas idosas, outra característica clara empregada em suas ações.*

*Cumpra salientar que, ao ser apresentada a fotografia do denunciado VICTOR às vítimas, estas foram uníssonas ao identificá-lo como sendo o indivíduo que compareceu em suas residências e recolheu os cartões bancários, até porque ele chegou a ser fotografado por uma das vítimas (vide fl. 31 do Auto do evento 1). Nesse ínterim, todas as vítimas ouvidas na Delegacia de Polícia manifestaram interesse em representar criminalmente contra o denunciado.*

*Frisa-se que o denunciado e seus comparsas já estavam previamente imbuídos do desejo de ludibriar alguém e obter vantagem indevida com as condutas, tendo em vista que se deslocaram de outras cidades até esta urbe unicamente para aplicar os golpes.*

*Por fim, importante informar que esta não é a primeira vez que golpes desta estirpe acontecem nesta urbe e na região.*

Ante todo o exposto, o denunciado VICTOR fez o uso de documento falso e tentou obter e obteve, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, não logrando êxito por circunstâncias alheias as suas vontades, sendo que ele estava associado a outras pessoas para a prática criminosa, e cometeu os delitos contra pessoas idosas” (Evento 1).

Autuado em flagrante delito no dia 11-11-2020, o acusado teve a prisão convertida em preventiva quando da homologação do auto, no dia seguinte à lavratura (Evento 20 do APF apenso).

A denúncia veio acompanhada pelo auto de prisão em flagrante apenso e foi recebida em 2-12-2020 (Evento 3).

Aportou aos autos laudo pericial do documento apreendido (Evento 14).

O acusado foi citado (Evento 13) e apresentou resposta à acusação por meio de defensor constituído, alegando em sede preliminar a nulidade absoluta do reconhecimento pessoal por inobservância dos requisitos do artigo 226 do CPP. Também alegou nulidade sustentado ter havido o

ingresso dos policiais no quarto de hotel em que o acusado estava hospedado sem estarem munidos do competente mandado judicial, além de ausência de justa causa (Evento 20).

As matérias preliminares foram afastadas, bem como indeferido o pedido de revogação da prisão preventiva e deferida a habilitação de assistente de acusação (Evento 20), sendo que posteriormente a vítima renunciou a procuração (Evento 32).

Durante a instrução processual, foram ouvidas oito testemunhas de acusação e interrogado o acusado, por meio do sistema audiovisual (Eventos 74 e 89).

Em alegações finais por meio de memoriais, a acusação entendeu que restaram comprovadas a materialidade dos delitos, a autoria e culpabilidade do acusado e requereu a condenação, nos moldes da denúncia (Evento 94).

A douta defesa, por sua vez, por meio de memoriais, como preliminar a nulidade absoluta do auto de reconhecimento de pessoa por fotografia por inobservância dos requisitos do artigo 226 do CPP, requerendo o desentranhamento da prova do processo. Além disso, requereu que o direito ao silêncio do acusado não seja interpretado em seu desfavor. No mérito, alegou a falta e fragilidade da provas e a necessária desconsideração do depoimento policial, requerendo a absolvição do acusado. Em caso de condenação, requereu que a pena seja fixada no mínimo legal e que o denunciado possa apelar em liberdade (Evento 115).

Antecedentes criminais registrados nos autos (Eventos 60; 69; 82 e 116 da AP e 3 e 29 do APF apenso).

Vieram os autos conclusos.

### **Relatados, decido.**

Imputa-se ao acusado a prática de quatro crimes de estelionato, por duas vezes na forma consumada contra os idosos Valmir Panca e Marina Becker, e por outras duas vezes na forma fundamental e tentada contra as vítimas Vítor Hort e Lígia Maria Galitzki Grimm, previstos respectivamente nos artigos 171, § 4º, e artigo 171, caput, c/c artigo 14, inciso II, todos do Código Penal.

Além disso, ainda se imputa ao denunciado a prática do delito de uso de documento falso, disposto no artigo 304, caput, também do Código Penal.

Antes de adentrar ao mérito, verifica-se que a defesa do acusado alegou nulidade dos reconhecimentos do acusado realizados na fase policial e em Juízo, apontando terem sido feitos em desconformidade com o regramento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Evitando desnecessária tautologia, uma vez que os argumentos defensivos já foram analisados nas decisões dos Eventos 20 e 86, mantenho-as por seus próprios termos e fundamentos, afastando a preliminar alegada.

Consigno, outrossim, que não obstante a defesa tenha requerido que o direito ao silêncio do acusado não seja interpretado em seu desfavor, este respondeu aos questionamentos formulados pelo magistrado em juízo.

Passo portanto, à analisar o mérito processual.

A materialidade dos delitos vem demonstrada pelos boletins de ocorrência (fls. 3- 9 e 10-13 do APF apenso), auto de apreensão (fls. 13-15 do APF apenso), termos de entrega (fls. 20; 22; 24 e 26 do APF apenso) e laudos periciais (Eventos 38 e 48 do APF apenso e 14 da Ação Penal). A autoria, por seu turno, encontra conforto no termo de reconhecimento de pessoa (fl. 27 do APF apenso), prova oral e demais elementos que compõem o acervo dos autos.

Ao ser interrogado no auto de prisão em flagrante, Victor Hugo Miranda Sousa se manteve em silêncio (vídeo 8 do Evento 1 do APF apenso).

Na fase judicial, o acusado aduziu que após ter dado baixa no exército brasileiro começou a trabalhar como Uber e comprou duzentas gramas de maconha ao preço de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), sendo que não conseguiu pagar pelo entorpecente. Que em razão da dívida de drogas foi ameaçado pelo traficante, cuja identificação não pode revelar, assim como seus familiares, e para pagar a dívida foi orientado a vir até Brusque aplicar golpes de cartões. Relatou que após receber as máquinas de cartão de crédito e um documento falso, além da passagem, veio de ônibus até esta cidade onde fez em torno de cinco vítimas. Esclareceu que recebia informações por meio do telefone indicando o endereço e dados da vítima, para onde se dirigia, se apresentava pelo nome verdadeiro e mostrava o número do protocolo que lhe haviam repassado, recolhendo os cartões das vítimas. Prosseguiu, dizendo que depois, já na posse dos cartões e da senha, efetuava saques e depositava o dinheiro nas contas bancárias que lhe eram fornecidas. Também afirmou que foi preso dentro do hotel em que estava hospedado, logo após ter saído da casa de uma das vítimas, e trazia consigo dois mil reais em dinheiro dos golpes que pretendia depositar na conta do traficante para pagar sua dívida de drogas. Acrescentou, dizendo que no momento da prisão foi apreendido consigo uns vinte cartões de crédito das vítimas e um documento falso. Relatou ainda, que as ameaças que recebeu eram sérias e também atingiam seus familiares, mas que não procurou pela polícia para fazer boletim de ocorrência do fato (mídia do Evento 89).

Tiago Westphal disse que trabalhava de Uber e no dia dos fatos foi acionado pelo acusado via aplicativo, deslocando-se até o Hotel Veneza, nesta cidade de Brusque, onde o acusado estava hospedado. Que foram em várias residências naquele dia e o acusado disse que estava recolhendo catálogos de uma empresa, mas não possuía nenhum em mãos. Declarou que no trajeto, durante questionamentos que fez, o acusado apresentou contradições, além de perguntar sobre como era a Polícia Militar de Brusque e quando ficou sabendo que o veículo do depoente possuía rastreador, pediu para ser novamente levado ao hotel. Disse que depois que deixou o denunciado no hotel, foi abordado por policiais e informou onde havia deixado o autor. Acrescentou, dizendo que reconhecia o acusado pelo sistema de videoconferência como sendo a pessoa que conduziu no dia dos fatos e que posteriormente foi preso pela polícia (mídia do evento 74).



A informante Janaína Panca Gonçalves, filha de Valmir Panca, declarou que na data dos fatos seu pai recebeu ligação telefônica de pessoa se passando por funcionária do banco e relatando que o cartão de Valmir havia sido clonado em Florianópolis/SC, onde “foi passado três vezes, e a Caixa Econômica Federal detectou e pediu para ligar nesse número”. Disse que a pessoa passou um telefone que teriam que entrar em contato com uma central, a qual confirmou a clonagem e pediu que entregassem o objeto juntamente com uma carta que seriam recolhidos por um perito de nome Alex Sandro, passando um protocolo. Narrou que após algum tempo o acusado passou pela residência e recolheu o cartão. Declarou que o pai teve prejuízo de R\$ 2.222,00 (dois mil duzentos e vinte e dois reais) que não foi ressarcido, sendo que sacaram R\$ 1.100,00 (um mil e cem reais) em dinheiro. Disse que reconheceu o acusado por meio de fotografias, visto que ele pegou o cartão diretamente da depoente. Por fim, acrescentou dizendo que por volta de duas horas após o golpe, quando foi fazer o boletim de ocorrência, foi informada que o acusado havia sido preso no Hotel Venezia, nesta cidade, quando lhe foi mostrado uma foto dele que estava no celular e não teve dúvida em reconhecê-lo. Na audiência, novamente reconheceu o acusado que estava na videoconferência como sendo a pessoa que esteve em sua casa pegando os cartões de crédito do pai (mídia do evento 74).

Valmir Panca declarou que na ocasião dos fatos sua esposa atendeu a uma ligação supostamente da agência bancária informando que estavam efetuando um saque utilizando do cartão do depoente. Disse que imediatamente chamou sua filha Janaina, a qual anotou os procedimentos a serem efetuados, bem como o nome da pessoa “da civil” que passaria para recolher o cartão. Relatou que após algum tempo o autor passou no local para recolher o cartão e era “bom de lábia”. Disse que foi acionada a Polícia Militar e o genro do depoente havia anotado a placa do veículo, ao que em seguida o acusado foi preso. Descreveu que o cartão foi recuperado mas teve prejuízo de aproximadamente R\$ 2.200,00 (mídia do evento 74).

A informante Dolores Hort disse que na data da ocorrência entraram em contato com seu esposo Vitor Hort e ele chamou a depoente, relatando que haviam efetuado compras com seu cartão de crédito e que ele teria que entregar o cartão porque a Polícia estava investigando a situação. Narrou que foram repassadas orientações por telefone, as quais a depoente e seu esposo seguiram e posteriormente o acusado, identificando-se por Alexsandro Mourão Santos passou na residência e pegou o cartão. Declarou que posteriormente reconheceu o autor na delegacia de polícia e o cartão de seu marido foi recuperado, mas ele teve prejuízo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pois ele já tinha feito transferências e compras de dois mil, três mil e cinco mil reais. Que depois de terem comunicado o fato à Polícia Militar o acusado foi preso, quando a depoente e o esposo fizeram o reconhecimento dele na delegacia de polícia “através da janela de vidro” (mídia do evento 74).

Lígia Maria Galitzki Grimm declarou nos autos que na data dos fatos recebeu uma ligação informando que estavam sendo efetuadas compras em uma loja na cidade de Florianópolis/SC utilizando do cartão de crédito da depoente. Que após isso ficou nervosa e tentou entrar em contato com a Caixa Econômica Federal, porém não obteve êxito. Narrou que instantes após novamente uma mulher entrou em contato e disse que estavam tentando tirar dinheiro de sua conta, tendo a depoente fornecido a senha do cartão acreditando que a atendente era funcionária do Banco. Disse

que a mulher lhe informou que uma pessoa iria passar na residência da depoente para recolher o cartão e investigar, passando-lhe o nome e CPF da pessoa que iria recolher o objeto. Relatou que instantes após o autor chegou ao local de Uber, ao que a depoente conferiu os dados e entregou o cartão. Que os criminosos sacaram aproximadamente R\$ 2.300,00 (dois mil e trezentos reais) de sua conta bancária. Declarou ter reconhecido o acusado na delegacia de polícia como sendo o autor do delito. Por fim, , reconheceu novamente o acusado na audiência, sem sombra de dúvidas, como sendo a pessoa que recolheu o seu cartão na data dos fatos (vídeo 2 do APF apenso - Evento 1 e mídia do Evento 74).

A vítima Vítor Hort disse no processo que na data dos fatos uma pessoa dizendo ser funcionária da agência bancária ligou para sua esposa avisando que haviam sido efetuadas compras com o cartão do depoente na cidade de Florianópolis/SC e que uma pessoa passaria na residência para recolher o “objeto”. Narrou que foi o acusado o responsável por recolher o seu cartão na residência, não tendo dúvidas quanto a identificação e reconhecimento produzidos. Que teve um prejuízo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo recuperado apenas o cartão de crédito (vídeo 3 do APF apenso - Evento 1 e mídia do Evento 74).

Marina Becker também declarou que no dia dos fatos recebeu uma ligação telefônica afirmando que o cartão de crédito havia sido clonado e que um rapaz a polícia civil iria até sua casa buscar o cartão. Acrescentou ainda, que depois o rapaz ali compareceu e levou os três cartões de crédito. Que reconhece o acusado presente na videoconferência desta audiência como sendo a pessoa que levou os cartões de crédito. Acrescentou, dizendo que teve um prejuízo de R\$ 10.600,00 (dez mil e seiscentos reais), posto que não recuperou mais o dinheiro sacado da conta. Ao final, disse que não viu o acusado na delegacia de polícia após ter sido preso (mídia do evento 74).

Feita a transcrição da prova oral, passo à analisar de forma pormenorizada os delitos.

Com relação aos delitos de estelionato, por duas vezes na forma consumada contra os idosos Valmir Panca e Marina Becker e por outras duas vezes na forma tentada contra as vítimas Vítor Hort e Lígia Maria Galitzki Grimm:

No caso dos autos, apesar da capitulação dada na denúncia, entendo que o acusado praticou os quatro crimes de estelionato contra idoso, já que as vítimas Vítor Hort e Lígia Maria Galitzki Grimm também contavam, respectivamente, com 73 e 67 anos de idade na época dos fatos.

Assim, considerando que o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não de sua capitulação, dou nova definição jurídica aos fatos e passo a analisar os quatro crimes de estelionato contra idoso narrados na denúncia, dois na forma consumada e dois na forma tentada.

Colhe-se das provas produzidas nos autos que no dia 11-11-2020, a guarnição da polícia militar foi acionada por pessoas diferentes que teriam sido vítimas de um golpe, as quais relataram que foram contatadas pelos autores, provavelmente o acusado e/ou comparsas não identificados, via telefone, com a informação de que era funcionário do Banco e afirmando que o cartão bancário das vítimas havia sido clonado, por isso um funcionário da agência bancária ou da polícia civil

passaria na residência dos clientes para recolher o cartão para enviar para análise.

Posteriormente, Victor Hugo Miranda Sousa compareceu nas residências das vítimas, identificando-se com documento falso e recolheu os cartões bancários.

Ao perceberem o golpe, as vítimas acionaram a Polícia e informaram as características do autor e do veículo em que ele estava, sendo que em diligências a guarnição da polícia militar logrou êxito em localizar o automóvel, o qual se tratava de um Uber, cujo proprietário informou que havia deixado o acusado no Hotel Veneza, nesta cidade.

Os agentes públicos para lá se deslocaram e lograram êxito em localizar e abordar Victor Hugo, sendo que em revista ao quarto do hotel onde ele estava hospedado encontraram materiais utilizados para aplicar as fraudes, sendo diversos cartões bancários de vítimas, máquinas de cartão de crédito, dinheiro, um aparelho de telefone celular e um documento de identidade falsa.

Constitui o crime de estelionato a conduta do agente de “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”, nos termos do artigo 171, caput, do Código Penal.

O §4º de mencionado artigo ainda dispõe que: “aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso”.

A ação tipificada é obter vantagem ilícita, para si ou para outrem, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro.

Ao discorrer sobre o tipo penal, Cleber Masson leciona:

“É obter. Equivale a alcançar um lucro indevido em decorrência do engano provocado na vítima, que contribui para a finalidade do criminoso sem notar que está sendo lesada em seu patrimônio. Trata-se de conduta composta: Induzir significa persuadir, no sentido de criar para a vítima uma situação falsa. Manter é fazer o ofendido permanecer na posição de equívoco em que já se encontrava. A obtenção de vantagem ilícita dá-se pelo fato de o sujeito conduzir a vítima ao engano ou então deixá-la no erro em que sozinha se envolveu. Erro é a falsa percepção da realidade, apta a produzir uma manifestação de vontade viciada. Esta elementar deve ser interpretada extensivamente, a fim de englobar também a ignorância (completo desconhecimento da realidade). Para induzir ou manter a vítima em erro, o sujeito se vale de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Artifício é a fraude material – o agente utiliza algum instrumento ou objeto para enganar a vítima. Ardil é a fraude moral, representada pela conversa enganosa. Com a expressão “qualquer outro meio fraudulento” nossa lei se refere a qualquer atitude ou comportamento que provoque ou mantenha alguém em erro, do qual advirão a vantagem ilícita e o dano patrimonial. A vantagem ilícita precisa ter natureza econômica, uma vez que o estelionato é crime contra o patrimônio. É ilícita porque não corresponde a nenhum direito. Se a vantagem for lícita o estelionato cede espaço para o delito de exercício arbitrário das próprias razões (CP, art. 345). Prejuízo alheio é o dano patrimonial. Não basta, portanto, a obtenção de vantagem ilícita ao agente – exige-se também o prejuízo ao ofendido. Visualizam-se assim quatro momentos diversos no estelionato: emprego de fraude, situação de erro

na qual a vítima é colocada ou mantida, obtenção de vantagem ilícita e prejuízo suportado pela vítima (Código Penal Comentado. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 713-716 – sublinhado. O negrito é do original).

A ocorrência dos crimes é evidente, porquanto, por todas as provas e elementos informativos já apontados, se conclui que o denunciado, induzindo e mantendo as vítimas em erro, mediante ardil e artifício, obteve vantagem ilícita em desfavor de Valmir Panca e Marina Becker e tentou obter a mesma vantagem em relação às vítimas Vítor Hort e Lígia Maria Galitzki Grimm. Bom dizer que o ardil é caracterizado pela “astúcia, conversa enganadora” (Manual de direito penal; parte especial (arts. 121 ao 361), Rogério Sanches Cunha; editora Juspodivm, 2015; p. 324), ou seja, pela lábia do agente que faz as vítimas acreditarem em situação inverídica, viabilizando a prática dos ilícitos.

As vítimas foram claras e coesas ao declararem como aconteceu o golpe, bem como Marina Becker, Vítor Hort, Lígia Maria Galitzki Grimm e a informante Janaína Panca Gonçalves, disseram ter identificado Victor Hugo, de forma segura e contundente, como sendo o responsável por buscar os cartões e senhas em suas casas se passando por funcionário de agência bancária ou da civil.

No caso vertente, não se pode negar que o ardil e artifício empregado pelo denunciado foi idôneo, posto que para angariar a confiança das vítimas e, com auxílio de uma falsa central bancária e de comparsas até o momento não identificados, contactou as vítimas, passando-se por funcionário de agências bancárias informando que o seus cartões bancários teriam sido clonados e que uma pessoa passaria para recolhê-los.

Valmir Panca declarou que na ocasião dos fatos sua esposa atendeu a uma ligação informando que estavam efetuando um saque utilizando de seu cartão bancário, ao que imediatamente chamou sua filha Janaina, a qual anotou os procedimentos a serem efetuados, bem como o nome da pessoa que passaria para recolher o cartão, sendo que após algum tempo o acusado passou no local. Descreveu que o cartão foi recuperado mas teve prejuízo de aproximadamente R\$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais).

Marina Becker igualmente declarou que no dia dos fatos recebeu uma ligação telefônica afirmando que o cartão de crédito havia sido clonado e que um rapaz a polícia civil iria até sua casa buscar o cartão. Acrescentou ainda, que depois o acusado ali compareceu e levou os três cartões de crédito e que teve um prejuízo de R\$ 10.600,00 (dez mil e seiscentos reais), posto que não recuperou mais o dinheiro sacado da conta.

Lígia Maria Galitzki Grimm declarou que também recebeu uma ligação telefônica informando que estavam sendo efetuadas compras com seu cartão de crédito e então forneceu a senha do cartão acreditando que a atendente era funcionária do Banco. Que instantes após o acusado chegou ao local e recolheu o cartão.

A vítima Vítor Hort disse que na data dos fatos uma pessoa dizendo ser funcionária da agência bancária ligou para sua esposa avisando que haviam sido efetuadas compras com seu cartão de crédito na cidade de Florianópolis/SC e que uma pessoa passaria na residência para recolher o objeto, ao que posteriormente o acusado passou na residência e recolheu o referido cartão bancário.

Em posse do cartão e das informações de Valmir Panca, o acusado realizou saques, compras e transferência, totalizando a quantia de R\$ 2.200 (dez mil e oitocentos reais) em prejuízo da vítima. Já Marina Becker sofreu um prejuízo de R\$ 10.600,00 (dez mil e seiscentos reais).

Com relação às vítimas Vítor Hort e Lígia Maria Galitzki Grimm, apesar de seus depoimentos prestados na fase judicial, nos quais sustentam terem sofrido prejuízo, a denúncia narra, com relação aos fatos que os envolvem, os crimes de estelionato na modalidade tentada, portanto o acusado não logrou êxito em consumir seu intento criminoso por circunstâncias alheias à sua vontade.

Assim, da análise dos autos, verifica-se que a conduta do denunciado com relação às vítimas (maiores de sessenta anos na época dos fatos), efetivamente se enquadra no artigo 171, §4º, do Código Penal, porquanto há provas suficientes quanto ao elemento subjetivo apto a configurar o crime de estelionato contra idosos, já que era nítida a intenção do acusado, desde o início, de obter vantagem ilícita em prejuízo alheio, induzindo as vítimas em erro, mediante artifício e ardil, diante criação de uma situação falsa visava a obtenção de grande vantagem patrimonial.

Aliás, não obstante o acusado tenha alegado que cometeu o crime sob a pressão feita por traficantes para os quais ele devia, não trouxe aos autos nenhum elemento capaz de comprovar sua versão, restando claro que ele é ligado a outras pessoas ainda não identificadas que costumam aplicar golpes desta estirpe, especialmente contra pessoas idosas, pois além das vítimas aqui identificadas, na posse de Victor foram encontrados cerca de 25 cartões, o que indica que várias outras pessoas foram enganadas pela ação do acusado.

E depois, convenhamos que a versão fantasiosa criada em seu interrogatório judicial não se sustenta, além de não encontrar o mínimo lastro probatório nos autos.

Também não há como se reconhecer a figura do estelionato privilegiado (CP, art. 171, §1º), uma vez que o acusado obteve elevada quantia em prejuízo das vítimas Valmir Panca e Marina Becker, impedindo a concessão da benesse.

Outrossim, entendo que é impossível o reconhecimento do crime continuado em relação aos delitos de estelionato, pois o acusado vinha aplicando os golpes de forma reiterada e profissional, sobretudo em razão da quantidade de máquinas e cartões apreendidos, além de valores em espécie, comprovando que vinha fazendo da prática criminoso um meio de vida, já tendo arrecadado uma vultosa quantia em dinheiro em golpes em prejuízo de suas vítimas.

Neste sentido, veja-se:

“APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO MEDIANTE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (CP, ART. 155, § 4º, I) POR CINCO VEZES, FURTO QUALIFICADO MEDIANTE ESCALADA E DURANTE O REPOUSO NOTURNO (CP, ART. 155, §1º E § 4º, II), POR UMA VEZ, E FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, CAPUT), POR DUAS VEZES - SENTENÇA CONDENATÓRIA - [...] CONTINUIDADE DELITIVA - PEDIDO DE REFORMA E APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL - CABIMENTO - - HABITUALIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA - PENA MAJORADA. “**Consoante orientação desta**

**Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, a reiteração indicativa de delinquência habitual ou profissional é suficiente para afastar a caracterização do crime continuado”** (STJ, Min. Rogério Schietti Cruz) [...] (TJSC, Apelação Criminal n. 0000493-70.2017.8.24.0055, de Rio Negrinho, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 12-06-2018). Grifei.

Neste norte, o conjunto probatório revelou, em verdade, uma forma habitual de delinquir por parte do acusado, e não mero intuito de estender a primeira prática criminosa, mostrando-se impossível o reconhecimento da continuidade delitiva em detrimento da regra do concurso material.

Destarte, verifica-se que os fatos narrados na denúncia foram praticados ante a ausência de nexos entre uma ação e outra, ao passo que cada delito foi oriundo de uma empreitada que se repetiu por força da habitualidade criminosa, revelado no conjunto probatório como sua “profissão”.

Nesse sentido, já é entendimento consolidado que a habitualidade criminosa é incompatível com a continuidade delitiva prevista no artigo 71, caput, do Código Penal, uma vez que no crime continuado há sucessão circunstancial de crimes, favorecendo juridicamente o acusado, enquanto que a habitualidade envolve uma sucessão planejada, a qual exige maior reprovação.

Sobre o tema, é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

“Não se aplica o crime continuado ao criminoso habitual ou profissional, pois não merece o benefício - afinal, busca valer-se de instituto fundamentalmente voltado ao criminoso eventual. Note-se que, se fosse aplicável, mais conveniente seria ao delinquente cometer vários crimes, em sequência, tornando-se sua ‘profissão’, do que fazê-lo vez ou outra. Não se pode pensar em diminuir o excesso punitivo de quem faz do delito um autêntico meio de ganhar a vida” (Código penal comentado. 9. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais).

Anota-se que as vítimas mencionadas na presente peça portal não foram as únicas vítimas dos golpes aplicados pelo acusado. Foram localizados na sua posse cerca de 25 cartões bancários de ao menos 12 vítimas diferentes, contudo, não há indicativos nos autos de que a autoridade policial tivesse conseguido indentificá-las.

Deste modo, comprovada a autoria do acusado e materialidade dos delitos narrados na denúncia, a condenação é medida que se impõe.

Com relação ao crime de uso de documento falso, previsto no artigo 304, do Código Penal:

Preceitua o artigo 304 do Código Penal ser crime a conduta do agente de “fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os artigos 297 a 302.”

Extrai-se dos autos que o acusado compareceu na residência das vítimas utilizando uma Carteira Nacional de Habilitação falsa em nome de “Alex Sandro Morao dos Santos” para dar mais credibilidade aos golpes, além de ocultar sua verdadeira identidade, obtendo assim a posse dos cartões e senhas das vítimas que sequer desconfiavam dos fatos.



Após tomar conhecimento de que o autor dos delitos estaria hospedado no “Hotel Veneza”, situado na Avenida Lauro Muller, Centro, nesta cidade de Brusque, os agentes públicos se dirigiram até o local e lograram êxito em abordar o denunciado, apreendendo com ele uma Carteira Nacional de Habilitação falsa em nome de “Alex Sandro Morao dos Santos”

Cumprido anotar, ademais, que o laudo pericial do Evento 14 comprovou a falsidade do documento, uma vez que houve a “contrafação de espelho (papel suporte) de documento original, com utilização de recursos de editoração eletrônica de imagens, impressão colorida e simulação de elementos de segurança”.

Logo, comprovado nos autos que o acusado fez o uso do documento falso apreendido sua posse, a fim de não revelar sua verdadeira identidade e fugir à responsabilidade penal.

Importante anotar que o caso não se enquadra ao exercício da autodefesa, pois o direito de o acusado mentir ou calar-se está adstrito aos fatos que lhes são imputados e não acerca do uso de documento falsificado a fim de ocultar a sua verdadeira identidade.

Deve o acusado, portanto, ser responsabilizado criminalmente pelo delito previsto no artigo 304 c/c artigo 297, ambos do Código Penal.

Com efeito, provada a materialidade, autoria e a culpabilidade do acusado quanto aos delitos que lhes são imputados na denúncia e, não havendo causas de exclusão dos crimes ou isenção das penas, imperativa a aplicação da correspondente censura criminal.

#### DA DOSIMETRIA E APLICAÇÃO DA PENA:

Atento às circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, consigno que a culpabilidade do acusado com relação aos crimes de estelionato deve ser considerada negativa, merecendo maior grau de reprovabilidade, além do que abstratamente cominado, na medida em que a quadrilha da qual era integrante tomou grandes proporções, com membros atuando de outro Estado da Federação, deslocando-se até esta Comarca e região com o único propósito de praticar crimes patrimoniais, demonstrando, ademais, o seu grande empenho para a concretização das empreitadas criminosas, com elevado dispêndio financeiro, consistente em hospedagem, combustível, alimentação, além dos equipamentos necessários apreendidos.

Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. ART. 171, § 3º, DO CP. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTO ADEQUADO. Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59 do CP, verifica a existência de circunstância judicial desfavorável apta a manter a fixação da pena-base acima do mínimo legal, como no caso, em que se valorou negativamente a culpabilidade, em virtude do modus operandi do agente, a

ultrapassar o tipo penal (precedentes). Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no REsp n. 1618150, Min. Félix Fischer, j. 20.04.2017).

O acusado é primário e não registra antecedentes criminais contra si (Eventos 60; 69; 82 e 116 da AP e 3 e 29 do APF apenso).

A **conduta social e a personalidade**, apesar do suposto envolvimento em organização criminosa, não restaram melhor apuradas, e devem ser consideradas normais. O **motivo** foi inerente aos tipos penais, posto que com a ação criminosa, buscava a obtenção de lucro fácil em detrimento ao patrimônio alheio. As circunstâncias dos crimes já foram analisadas, enquanto que as consequências podem ser consideradas normais, com destaque a não recuperação dos valores subtraídos das vítimas. O comportamento das vítimas não contribuiu para os desideratos criminosos, posto que foram induzidas e mantidas em erro pelo acusados mediante o artil empregado.

Com relação ao crime de estelionato contra idoso, na forma consumada contra a vítima Valmir Panca:

Considerando que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis, ao menos a culpabilidade, aumento a pena base em um sexto (1/6), fixando-a em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e quarenta e oito (48) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, observado o princípio da proporcionalidade entre a multa e a pena corporal, pois, “a partir das cominações mínima e máxima abstratamente previstas para a pena pecuniária, é estabelecida a quantidade de dias que seja proporcional ao quantum da pena privativa de liberdade, com observância das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal” (AgRg no AREsp 584.121/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 18/12/2014).

Guilherme de Souza Nucci afirma que “a pena de multa, no tocante ao número de dias-multa, como regra, deve acompanhar o montante de acréscimo ou diminuição usado para a privativa de liberdade” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 9ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 383).

Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

[...] Na aplicação da pena de multa, deve-se guardar proporção com a privativa de liberdade. (STJ - HC 149807/SP, Rel. Min. Og Fernandes, 06/05/2010).

Em recente julgado, nossa Corte Catarinense de Justiça também decidiu no mesmo sentido, na Apelação Criminal n. 0003569-69.2019.8.24.0011, de Brusque Relator: Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, publicado em 9-6-2020.

Na segunda fase inexistem circunstâncias agravantes, mas como atenuante reconheço a confissão espontânea, ainda que parcial, e diminuo a pena em um sexto (1/6), ou seja, quatro meses de reclusão, para totalizá-la em dois (2) anos de reclusão.

A pena de multa permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, motivo pelo qual totalizo a pena em dois (2) **anos de reclusão, e quarenta e oito (48) dias-multa**, no valor e forma acima mencionados.

Com relação aos crime de estelionato contra idoso, na forma consumada contra a vítima e Marina Becker:

Considerando que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis, ao menos a culpabilidade, aumento a pena base em um **sexto (1/6) fixando-a em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e quarenta e oito (48) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, observado o princípio da proporcionalidade entre a multa e a pena corporal, conforme citações doutrinárias e jurisprudenciais acima citadas.

Na segunda fase inexistem circunstâncias agravantes,mascomo atenuante reconheço a confissão espontânea, ainda que parcial, e diminuo a pena em um sexto (1/6), ou seja, quatro meses de reclusão, para totalizá-la em dois (2) anos de reclusão.

A pena de multa permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, motivo pelo qual totalizo a pena em **dois (2) anos de reclusão, e quarenta e oito (48) dias-multa**, no valor e forma acima mencionados.

Com relação ao crime de estelionato contra idoso, na forma tentada (vítima Vítor Hort).

Considerando que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis, ao menos a culpabilidade, aumento a pena em um sexto (1/6) fixando-a em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e quarenta e oito (48) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, observado o princípio da proporcionalidade entre a multa e a pena corporal, conforme citações doutrinárias e jurisprudenciais acima citadas.

Na segunda fase inexistem circunstâncias agravantes,mascomo atenuante reconheço a confissão espontânea, ainda que parcial, e diminuo a pena em um sexto (1/6), ou seja, quatro meses de reclusão, para totalizá-la em dois (2) anos de reclusão.

A pena de multa permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento, mas como causa de diminuição, verifica-se que o crime ocorreu na sua modalidade tentada (art. 14, II, do CP), razão pela qual reduzo a pena no seu mínimo de um terço (1/3), em razão do iter criminis percorrido pelo acusado, uma vez que já estava bem perto de consumir seu intento criminoso, na posse do cartão e sena da vítima e de várias máquinas de cartão de crédito, sendo que inclusive a vítima declarou ter sofrido prejuízo com saques em sua conta bancária, motivo pelo qual totalizo a pena em um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão, e trinta e dois (32) dias-multa, no valor e forma acima mencionados.

Com relação ao crime de estelionato contra idoso, na forma tentada (vítima Lígia Maria Galitzki Grimm):

Considerando que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis, ao menos a culpabilidade, aumento a pena em um sexto (1/6) fixando-a em dois (2) anos e quatro (4) meses de reclusão, e quarenta e oito (48) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, observado o princípio da proporcionalidade entre a multa e a pena corporal, conforme citações doutrinárias e jurisprudenciais acima citadas.

Na segunda fase inexistem circunstâncias agravantes, mas como atenuante reconheço a confissão espontânea, ainda que parcial, e diminuo a pena em um sexto (1/6), ou seja, quatro meses de reclusão, para totalizá-la em dois (2) anos de reclusão.

A pena de multa permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento, mas como causa de diminuição, verifica-se que o crime ocorreu na sua modalidade tentada (art. 14, II, do CP), razão pela qual reduzo a pena no seu mínimo de um terço (1/3), em razão do iter criminis percorrido pelo acusado, uma vez que já estava bem perto de consumir seu intento criminoso, na posse do cartão da vítima e de várias máquinas de cartão de crédito, sendo que inclusive a vítima declarou ter sofrido prejuízo com saques em sua conta bancária, motivo pelo qual totalizo a pena em um **(1) ano e quatro (4) meses de reclusão, e trinta e dois (32) dias-multa**, no valor e forma acima mencionados.

#### Com relação ao crime de uso de documento falso:

Diante das circunstâncias judiciais favoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal de dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes suscetíveis de influenciar no cálculo na segunda fase de aplicação, pois mesmo que reconhecida a confissão espontânea, ainda que parcial, a pena já se limitou ao mínimo legal e não pode vir abaixo nesta fase de aplicação, segundo Súmula 231 do STJ.

Na ausência de causas especiais de aumento ou diminuição, torno definitiva a pena em **dois (2) anos de reclusão, e dez (10) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

#### Do concurso material (art. 69, caput, do CP):

Tendo em vista que o acusado, mediante mais de uma ação e desígnios autônomos, praticou os crimes de estelionato contra idosos, dois na forma consumada e dois na forma tentada, além do uso de documento falso, imperativo o acúmulo material das penas, nos termos do artigo 69, caput, do Código Penal, as quais totalizo em oito **(8) anos e oito (8) meses de reclusão, e cento e setenta (170) dias-multa**, no valor e forma mencionados.

Diante da quantidade de pena aplicada, da gravidade dos crimes e da culpabilidade negativa quanto aos delitos de estelionato, para a prevenção de novos crimes e reprovação de sua conduta, fixo o regime fechado para início de cumprimento da reprimenda corporal, ex vi do contido no artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, com suporte no artigo 383, do Código de Processo Penal, dou nova definição jurídica aos fatos, e **JULGO PROCEDENTE, em parte**, a denúncia, para condenar o acusado VICTOR HUGO MIRANDA SOUSA, identificado nos autos, à pena de **oito (8) anos e oito (8) meses de reclusão**, em regime inicial fechado (artigo 33, § 3º, do Código Penal), e ao pagamento **de cento e setenta (170) dias-multa**, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, pela prática dos crimes previsto nos artigos 171, § 4º, (contra as vítimas Valmir Panca e Marina Becker), e artigo 171, § 4º, c/c artigo 14, inciso II, (contra as vítimas Vítor Hort e Lígia Maria Galitzki Grimm) e artigo 304 c/c o artigo 297, na forma do artigo 69, caput, todos do Código Penal.

Condeno-o ao pagamento das custas processuais, que deverão ser recolhidas no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado (art. 50 do CP).

Diante da quantidade de pena aplicada e considerando a presença de uma circunstância judicial negativa, além da possível participação do acusado em organização criminosa bem articulada, entendo que inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, multa ou a aplicação do sursis, sob pena de se fomentar ainda mais suas condutas delituosas, de modo que deixo de lhe conceder tais benesses legais (arts. 44 e 77, ambos do Código Penal).

Outrossim, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade, pois autuado em flagrante delito, assim permaneceu durante toda a instrução processual, não havendo motivo para ser solto no instante em que é reconhecida sua responsabilidade criminal pelos delitos narrados na denúncia e imposto o regime fechado para início de cumprimento da pena. Importante mencionar que ainda se fazem presentes os requisitos para manutenção de sua custódia cautelar, posto que o acusado se dirigiu até esta região apenas para praticar golpes, já que natural e residente em outro Estado da Federação, não possuindo qualquer vinculação com esta Comarca, e que inclusive foi abordado enquanto estava hospedado em um quarto de hotel. Além disso, o denunciado vinha aplicando golpes na região de forma reiterada que permitiam induzir facilmente as vítimas em erro, levando-as, não somente a entrega de seus cartões bancários, como inclusive de outros dados de natureza pessoal e até mesmo as senhas de suas contas, possibilitando aos estelionatários acessarem rapidamente aos valores depositados nas contas bancárias, de modo que demonstrado o perigo concreto e atual gerado pelo seu estado de liberdade. Outrossim, não se olvide que suas ações criminosas foram articuladas e executadas em meio de uma Pandemia que restringiu todos os movimentos da sociedade, fazendo com que as infelizes vítimas, pessoas anciãs, ficassem ainda mais vulneráveis.

Mantenha-se o sentenciado na prisão em que se encontra.

Em cumprimento ao disposto no artigo 387, §2º, do CPP passo a aplicar a detração e observo que o acusado encontra-se segregado desde 11-11-2020, ou seja, há 6 meses e 4 dias, não tendo

cumprido o requisito objetivo para progressão de regime, de modo que deverá iniciar o resgate da pena no regime fechado. Faça-se constar na guia de recolhimento a detração.

Diante da condenação e não concessão ao direito de recorrer em liberdade, expeça-se PEC provisório e requirite-se imediata vaga ao DEAP.

Após o trânsito em julgado, converta-se o PEC definitivo, lance-se o nome no Rol de Culpados e procedam-se às anotações e comunicações necessárias, inclusive ao Cartório Eleitoral (art. 15, III, da CF) e à egrégia Corregedoria-Geral da Justiça.

Mesmo considerando que os crimes foram praticados após o advento da Lei n. 11.719/08, que alterou a redação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deixo de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados, por ausência de comprovação acerca do efetivo prejuízo sofrido.

O aparelho telefônico apreendido, utilizado para a prática dos crimes de estelionato e auferido com o lucro espúrio, já que não há nos autos comprovação da origem lícita, deverá ser destruído.

As máquinas de cartão de crédito, cartões de créditos que não foram restituídos às vítimas não identificadas e rolos de papel, igualmente deverão ser destruídos.

Tendo em vista que os valores em espécie apreendidos eram provenientes do golpe aplicado nas vítimas Valmir e Marina, logo, parte produto do estelionato praticado, determino a restituição do numerário apreendido nos autos em favor das vítimas mencionadas, em proporção de metade para cada um, mediante expedição de alvará judicial independente do trânsito em julgado.

Determino a destruição da Carteira Nacional de Habilitação falsa em nome de Alex Sandro Morao dos Santos.

O documento em nome de Igor Alex Borges deverá ser restituído ao acusado, mediante recibo nos autos.

Em cumprimento ao disposto no artigo 201, § 2º, do CPP, e de acordo com a redação alterada pela Lei nº 11.690/2008, observo que as vítimas deverão ser cientificadas da presente sentença pela via postal, oportunidade na qual Valmir e Marina também deverão ser intimados para informarem seus dados bancários, no prazo de dez (10) dias.

Apresentados os dados bancários no prazo mencionado, expeçam-se alvarás para restituição dos valores apreendidos e acréscimos legais em favor de Valmir e Marina, na proporção de metade para cada um.

Após cumpridos todos os desdobramentos da presente sentença, arquivem-se os autos com as baixas necessárias.

**Publicada e registrada eletronicamente, intimem-se.**

**EDEMAR LEOPOLDO SCHLOSSER**  
**Juiz de Direito**





# PUBLICAÇÕES

# DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR PARA A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA E AMBIENTAL

WELTON RUBENICH<sup>1</sup>

YHON TOSTES<sup>2</sup>

“Primeiro foi necessário civilizar o homem em relação ao próprio homem. Agora, é necessário civilizar o homem em relação à natureza” (Victor Hugo).

**RESUMO:** Demonstração da importância do diálogo interdisciplinar entre economia e direito ambiental visando o desenvolvimento sustentável da sociedade. Considera-se que o antropocentrismo sustentável enseja uma compatibilização com o ecocentrismo, a fim de que a livre iniciativa das atividades econômicas e a natureza coexistam dignamente em um sistema antropocêntrico-ecocêntrico simbiótico capaz de garantir a vida da presente e das futuras gerações de todos os seres vivos. Faz-se necessário o diálogo interdisciplinar saudável para evitar retrocesso ambiental ao mesmo tempo que o desenvolvimento econômico é estimulado por políticas públicas. Por meio do método indutivo, dados foram coletados em sítios da internet, artigos e livros que tratam sobre a constitucionalização e harmonização necessária entre atividade econômica e meio ambiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** economia; meio ambiente; diálogo; retrocesso; desenvolvimento econômico-sustentável.

**ABSTRACT:** *Demonstration of the importance of interdisciplinary dialogue between economics and environmental law aiming at the sustainable development of society. Sustainable anthropocentrism is considered to be compatible with ecocentrism, in order to free initiative economic activities and nature coexist with dignity in a symbiotic anthropocentric-ecocentric system capable of guaranteeing the life of the present and future generations of all living beings. Healthy interdisciplinary dialogue is necessary to avoid environmental setbacks while economic development is stimulated by public policies. Through the inductive method, data were collected on websites, articles and books dealing with the necessary constitutionalization and harmonization between economic activity and the environment.*

**KEY-WORDS:** *economy; environment; dialogue; setback; economic-sustainable development.*

1 Doutorando e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante e pela UNIVALI. Juiz de Direito na comarca de Imbituba. Email: welton.rubenich@gmail.com.

2 Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí; Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí, com parte dos créditos realizados na Universidade de Alicante, Espanha; Coordenador da Escola Superior da Magistratura, extensão de Joinville; Juiz de Direito da comarca de Joinville e Juiz Eleitoral da 96ª ZE de Joinville-/SC; e-mail: yhon.tostes@gmail.com

**INTRODUÇÃO:** Inicialmente, entendemos ser necessária a divulgação da ideia de diálogos e harmonização entre economia e meio ambiente para que mandatários de ocasião não estimulem em demasia a primeira em detrimento irreversível do segundo.

O presente trabalho analisa a existência de uma simbiose saudável entre os princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa com a finalidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Didaticamente, divide-se o tema em quatro partes, começando por diálogos com a economia e com o meio ambiente. Na sequência, examinamos o mutualismo entre os princípios constitucionais da ordem econômica e do meio ambiente sadio às presentes e futuras gerações. Ao final, dialogamos em exame do conflito aparente entre a relação econômica antropocêntrica e o meio ambiente ecocêntrico.

Ao final, apresentamos nossas considerações ao aprimoramento do assunto abordado e à contribuição à produção científica sobre a economia e o meio ambiente. Na explanação do trabalho, optou-se pelo emprego do método indutivo<sup>3</sup>, pesquisando e identificando as partes do problema para chegar-se às considerações finais, sob as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

## 1. Do diálogo com a economia.

Ninguém mais duvida que economia é uma ciência social que tem seu foco no processo de tomada de decisão pelos indivíduos na produção e consumo de bens finitos na natureza e, um dos melhores e mais aceitos conceitos, diz que é uma “*ciência que estuda o comportamento humano como inter-relação entre fins e meios escassos que têm usos alternativos*”<sup>4</sup>, e por tudo isso estuda profundamente como devemos utilizar o que dispomos tendo a noção de que nada dura para sempre, especialmente os recursos do meio ambiente.

Alguns ainda perguntam em que a economia afeta ao Meio Ambiente? Ora, em tudo!

Se alguém duvida do aquecimento global, dos problemas de sustentabilidade de toda ordem, pode até parecer normal; mas só um louco delirante pode sustentar que a natureza não é um recurso finito, ou seja, desconhecer que tem fim e que manejarmos com cuidado esse bem comum é essencial para evitarmos uma tragédia planetária.

3 PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed. Florianópolis: Emais Editora, 2018, p. 81/106.

4 ROBBINS, Lionel. **Um ensaio sobre a natureza e a importância da ciência econômica**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2012, p. 36.

O sociólogo americano, formado em Zoologia pela Escola de Chicago, Garret Hardin, apresentou ao mundo, em 1968, sua teoria sobre a “Tragédia dos Comuns” (ou baldios, como dizem os portugueses), através da exposição de uma hipotética situação de uso de um terreno por diversos criadores de gado que acabam maximizando seus próprios interesses sem preocupação com os demais, em especial com os recursos disponíveis para sustentar todo o rebanho, o que acaba gerando exatamente o consumo excessivo e levando o recurso disponível para a coletividade à exaustão. Ou seja, a ausência de cooperação e compreensão do sistema de incentivos gera inúmeros problemas na área ambiental e, sem dúvida, os economistas podem auxiliar e muito nessas questões.

Jean Tirole, economista francês e ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 2014, faz um contundente alerta para os preconceitos cognitivos naturais no sentido de que acreditamos e vemos apenas o que desejamos, apesar das evidências que nos rodeiam:

A vontade de se tranquilizar quanto ao futuro também desempenha um papel importante na compreensão dos fenômenos económicos (e, em termos mais gerais, dos fenômenos científicos). Não queremos ouvir que a luta contra o aquecimento global será dispendiosa. Donde a popularidade, no discurso político, da noção de crescimento verde, que sugere, através da sua denominação, que uma política ambiental seria ‘benéfica a todos os níveis’. Mas se é assim tão pouco dispendiosa, por que não foi já posta em prática<sup>5</sup>?

Precisamos todos, sem resistências ou preferências acadêmicas e políticas, superar os preconceitos, inclusive os cognitivos, na busca de uma melhor compreensão das estratégias de escolhas públicas e tomadas de decisões na área ambiental.

Tarda a hora para compreender que não há salvação individual, mas apenas iremos resolver nossos graves problemas de como lidar com os dilemas ambientais da Terra sem descuidar que, além das “falhas de mercado”, existem “falhas de governo”, conforme mostraram com maior destaque dois economistas (Tullok e Buchannas, este ganhador do Nobel de Economia em 1986)<sup>6</sup>, e toda a Teoria das Escolhas Públicas<sup>7</sup> (*Public Choice*), não sendo incorretas as observações de Tirole:

Enquanto os partidos populistas, tanto os de direita como os de esquerda, navegam nesta visão de uma economia sem restrições, as mensagens que esboroam a imagem deste conto de fadas e de Ursinhos Carinhos são vistas, na melhor das hipóteses, como preocupantes, e, na pior, como oriundas de defensores de determinadas crenças, conforme os casos, fanáticos do aquecimento global, ideólogos da austeridade ou inimigos do gênero humano. Essa é uma das razões pelas quais a ciência económica é, frequentemente,

5 TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Lisboa: Editora Guerra e Paz Editores, 2018, p.30.

6 TULLOK, Gordon; JÚNIOR, James McGill Buchanan.

7 De maneira geral, a Teoria das Escolhas Públicas sustenta que políticos/burocratas agem de forma semelhante aos empresários e consumidores analisados na Economia Neoclássica, ou seja, são agentes racionais motivados por seus próprios interesses (chegar e/ou perpetuar-se no poder), resultando nas dificuldades de implementação de políticas públicas em prol do bem comum.

apelidada de ciência lúgubre (*dismal science*)<sup>8</sup>.

É preciso superarmos as barreiras ideológicas e abrir nossa visão para outras ciências, inclusive as que acreditam sim na regulação e aperfeiçoamento da estrutura social nominada como “mercado”:

O mercado também é, por vezes, um bode expiatório da nossa própria hipocrisia. Sem reforçar e nem enfraquecer os nossos laços sociais, o mercado é um espelho da nossa alma, tornando, deste modo, explícitas realidades da nossa sociedade ou facetas das nossas aspirações e das nossas preferências que teríamos preferido esconder não só dos outros mas também de nós próprios. Podemos partir o espelho eliminando o mercado. Mas não fazemos mais do que suspender o interrogatório dos nossos valores pessoais e colectivos<sup>9</sup>.

A busca pela correta e pragmática preservação ambiental e do bem comum, a atenção constitucional para a aplicação do direito, não afastam os valores almejados pela ciência econômica, devendo haver uma profícua relação entre os dois campos, mesmo através do viés da análise econômica do direito, inclusive do ambiental, “pois ‘o direito sem mercado é a imobilidade ou paralisia da sociedade’, enquanto ‘o mercado sem o direito é o caos’ (Alain Minc)”<sup>10</sup>.

Entretanto, sem se afastar da importância do estudo da economia e de sua pertinência para compreensão e melhoria social, precisamos focar sempre na problemática que vivemos num mundo repleto de desigualdades e, apesar de situar suas críticas mais sobre os Estados Unidos, o ex-economista chefe do Banco Mundial e Nobel de Economia de 2001, Joseph E. Stiglitz, crítico feroz do neoliberalismo, faz bem o alerta:

a desigualdade nos EUA – com os níveis extremos aos quais chegou, as formas que assumiu – não é inevitável; não é o resultado de leis inexoráveis da Economia ou da física. É uma questão de escolha, de políticas; e estas, por sua vez, são o resultado da nossa política. Pagamos um alto preço por essa desigualdade – um preço que sentimos mais intensamente na década passada, com a construção da crise e suas consequências. Entretanto, é um preço que pagaremos – com juros – no futuro, a não ser que mudemos as políticas que a provocaram<sup>11</sup>.

Mundialmente, a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la de modo sistêmico, impondo certos limites em detrimento do mercado, a fim de garantir direitos sociais mínimos, o que teve início com a Constituição

8 TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. p. 31.

9 TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. p. 62.

10 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. XXII.

11 STIGLITZ, Joseph E. **O Grande Abismo: sociedades desiguais e o que podemos fazer sobre isso**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016, p. 382.

mexicana de 1917. E, no Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica, sob a influência da Constituição alemã de Weimar<sup>12</sup>.

Cabe destacar que, uma vez elevado ao nível de princípio da ordem econômica, isso tem o efeito de condicionar a atividade produtiva ao respeito do meio ambiente e possibilita ao Poder Público interferir drasticamente, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia<sup>13</sup>, ou seja, a intervenção estatal será oportuna para coibir atividades empresariais estritamente ilícitas.

Com isso, inferimos que as atividades econômicas e a livre iniciativa não podem mais restar alheias às consequências ecossistêmicas. O consumo e a produção precisam ser reestruturados completamente, com os reflexos no estilo de vida usual, enquanto a natureza não pode continuar a ser vista como simples capital, pois, conforme pondera Freitas: “a regulação estatal sustentável, com as pertinentes transições, faz-se impositiva para coibir disfuncionalidades típicas do fundamentalismo voraz de mercado, que ignora a tessitura sutil e elegante do mundo natural”<sup>14</sup>.

Creemos que o ser humano possa perceber e se conscientizar que todas as invenções e explorações econômico-industriais não servem para nada se não considerarmos os impactos causados por essas atividades no meio ambiente. É inconcebível prestigiar o desenvolvimento econômico para um mundo melhor sem considerar a insustentabilidade de práticas destruidoras da natureza.

As políticas públicas que incentivam o desmatamento, a drenagem de manguezais, a construção de represas, a mineração sem regulamentação e fiscalização e a importação de agrotóxicos letais são exemplos práticos da urgência à união interdisciplinar entre os vários ramos do direito, especialmente o econômico, o ambiental e o administrativo à consecução do bem comum: a saudável qualidade de vida.

Ainda, temos como princípio da ordem econômica a defesa do meio ambiente (art. 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988), o qual se apresenta como princípio constitucional impositivo (Canotilho), que cumpre dupla função, assumindo a feição de diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas à preservação ambiental sem prejuízo à atividade econômica<sup>15</sup>, isto é, não propomos o radicalismo senão o exercício da livre iniciativa capitalista com o máximo respeito ao meio ambiente.

Por isso, na sequência, abordaremos sobre a importância da constituição como instrumento de regulamentação social permeado sempre com a visão da sustentabilidade e do combate às desigualdades sociais que aniquilam o progresso da humanidade desejado por todos.

12 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 786.

13 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 796.

14 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 74/75.

15 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 250.



## 2. Do diálogo com o meio ambiente.

Não se pode mais negar que o meio ambiente sofre diante de interesses econômicos ou políticos de curto prazo gerando a máxima importância de um olhar atento a constitucionalização para a garantia de todos a princípios de sustentabilidade cada vez mais aperfeiçoados e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, de acordo com o que prescreve o art. 225 da Constituição Federal Brasileira<sup>16</sup>.

Canotilho ao se referir sobre o “Estado Ambiental” insiste na criação de instrumentos de participação popular, uma vez que sua existência só acontecerá democraticamente da base para o topo, não em termos iluminísticos e autoritários de cima para baixo. Na sequência, apresenta bem os limites de atuação dos órgãos burocráticos e jurisdicionais:

A restrição de direitos, liberdades e garantias não pode ser feita por um qualquer órgão de soberania através de uma qualquer forma. Só a lei editada pelos órgãos constitucionalmente competentes pode estabelecer uma disciplina restritiva. Os burocratas da administração não inventam os modos e procedimentos de agir, antes devem subordinar-se aos princípios e normas contidos em leis ou outros diplomas com valor e força regulamentadora. Os juízes não resolvem litígios de um modo qualquer, antes devem seguir caminhos legalmente regulados e vulgarmente conhecidos por processos jurisdicionais<sup>17</sup>.

O alerta do jurista português parece algo óbvio e de singela compreensão, mas vivemos num período no Brasil que, aparentemente, até as obviedades precisam ser lembradas, como no inacreditável caso em que uma resolução do CONAMA revogou diversas outras normas de proteção ambiental, como áreas de proteção permanente e a solução só se deu através da judicialização de algo que a política deveria resolver.

Em uma medida cautelar em ação de descumprimento de preceito fundamental, que tramita na Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, apesar da insistência governamental de que não houve desacertos por parte do Ministro de Estado do Meio Ambiente, escudado pelo Advogado-Geral da União, que em suas defesas ficaram apenas em questões legais distanciando-se da gravidade ambiental, a Ministra Rosa Weber, ao conceder liminar suspendendo o ato, bem demonstra a importância de uma visão constitucionalizada e especializada do direito ambiental:

Como se vê, o estado de coisas inaugurado pela revogação das Resoluções n. 284/2001, 302/2002 e 303/2002 do CONAMA sugere agravamento da situação de inadimplência do Brasil para com suas obrigações constitucionais e convencionais de tutela do meio ambiente. A supressão de marcos regulatórios ambientais, procedimento que não se confunde com a sua atualização, configura quadro normativo de aparente

16 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 fev. 2021.

17 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Editora Gradiva, 1999, p. 17.

retrocesso no campo da proteção e defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, *caput*, da CF) e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais à vida (art. 5º, *caput*, da CF) e à saúde (art. 6º da CF), a ponto de provocar a impressão da ocorrência de efetivo desmonte da estrutura estatal de prevenção e reparação dos danos à integridade do patrimônio ambiental comum<sup>18</sup>.

Uma das garantias da preservação do meio ambiente é a proibição de retrocesso, cuja vedação de superação é impositiva ao desenvolvimento econômico. Ora, após vários estudos e análises feitos por equipes de ambientalistas, não se pode revogar a proteção ambiental sob o argumento de ser óbice à livre iniciativa capitalista. Propomos o diálogo e o desenvolvimento mútuo entre meio ambiente preservado e o exercício da atividade econômica, porém, a proteção ambiental mínima oriunda das políticas públicas não pode sucumbir ao bel-prazer do mandatário de plantão. Caso contrário, sofreríamos os efeitos nefastos deste retrocesso, os quais foram obstaculizados em boa hora pela Corte Suprema.

Legisladores e executores (federais, estaduais e municipais/distritais) não devem olvidar ser o meio ambiente um direito fundamental. O reforço que é conferido ao dever (e correspondente direito) fundamental de proteção e promoção do ambiente por meio de seu reconhecimento como cláusula pétrea, guarda afinidade:

com a garantia constitucional de proibição de retrocesso socioambiental, já que tal instituto jurídico-constitucional objetiva preservar (e, até certo ponto, blindar) o bloco normativo jurídico-constitucional em matéria socioambiental em face de eventuais retrocessos, especialmente no tocante à proteção conferida aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, assim como, no plano ecológico, em face da redução dos níveis de proteção ambiental<sup>19</sup>.

É de importância capital que haja a compreensão constitucional acerca dos deveres intergeracionais de proteção ambiental, ou seja, que o progresso e desenvolvimento da sociedade se realize sempre sem obstar o inalienável direito das futuras gerações aos recursos ambientais num diálogo permanente com os princípios econômicos, mas sem perder de vista o norte que a proteção ambiental é direito fundamental.

Passados cinquenta anos desde que a questão ambiental se originou e evoluiu no Primeiro Mundo, tendo como marco legislativo, início da década de setenta, a edição nos Estados Unidos da América do *National Environmental Policy Act*. Posteriormente, a Conferência das Nações Unidas reuniu-se em Estocolmo, em 1972, e aprovou a Declaração de Estocolmo, primeiro documento internacional

18 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF N. 748 MC/DE Primeira Turma. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em: 28 out. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1133146758/medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-748-df-0104549-7420201000000>. Acesso em: 15 fev. 2021.

19 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 700.

de vulto na área ambiental, quando o tema assumiu dimensão internacional irrefreável<sup>20</sup>.

Sabemos que nosso sistema de direitos fundamentais é o ponto alto da Constituição, pois, ao lado de amplo e generoso elenco de direitos civis e políticos, o Poder Constituinte de 1988 também garantiu direitos sociais – tanto trabalhistas como prestacionais em sentido estrito – e ainda agregou direitos de 3ª dimensão, como o direito ao patrimônio cultural (arts. 215 e 216) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225)<sup>21</sup>, sem prejuízo da livre iniciativa e atividade econômica como pontuamos.

Lembra-nos Grau que o princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser) e informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário e indispensável à realização do fim dessa ordem, isto é, a de assegurar a todos existência digna e a de dimanar justiça social, uma vez que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo<sup>22</sup>.

Pioneiro na doutrina relativa à Carta de 1988, José Afonso da Silva aponta a comunicabilidade entre economia e meio ambiente, mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, sem o descuido das medidas repressivas que exigem a recuperação do meio ambiente degradado por atividades regulares, sem prejuízo da obrigação de reparar os danos causados<sup>23</sup>.

O meio ambiente está inserido no catálogo de direitos fundamentais, mediante a consagração não apenas do direito ao meio ambiente sadio (ecologicamente equilibrado), mas também de todo um arcabouço de normas impositivas de deveres destinados a assegurar, inclusive no plano organizacional e procedimental, a proteção do meio ambiente, sempre em sinergia com a proteção e promoção da dignidade (e dos correlatos direitos e deveres) da pessoa humana, inclusive com o desempenho de atividade econômica, e da natureza como um todo, naquilo que Sarlet e Fensterseifer designam de constitucionalismo ecológico à luz de um novo paradigma jurídico ecocêntrico<sup>24</sup>.

A defesa do meio ambiente deve pautar e limitar a atividade econômica, e, “além de um fator da produção, sua proteção é condição essencial para o livre desenvolvimento das potencialidades do indivíduo e para a melhoria da convivência social”<sup>25</sup>, porquanto almeja-se a sobrevivência da humanidade, seus padrões de vida e seu uso continuado de recursos<sup>26</sup>.

20 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1645/1646.

21 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 172.

22 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. p. 252.

23 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 848.

24 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 120.

25 JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 708.

26 BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Phillip Gil

Peter Singer afirma “o domínio conferido ao homem pelo Criador não é um poder absoluto, nem pode alguém falar de uma liberdade para ‘usar e abusar’ ou dispor das coisas como lhe aprouver”<sup>27</sup>. O uso e abuso decorrente da atividade empresarial deve ser limitada e desenvolver-se em consonância aos princípios ambientais.

O direito constitucional brasileiro, máxime no estudo dos artigos 170 e 225 da Constituição Federal de 1988, alberga os institutos da economia e do meio ambiente e os interliga ao ponto de ser possível a designação didática de direito econômico-ambiental constitucional.

### **3. Do diálogo entre os princípios constitucionais da ordem econômica e do meio ambiente sadio às presentes e futuras gerações.**

O homem chegou ao século XXI retirando a sua subsistência da natureza, coletando e produzindo os mais diversos alimentos, bebendo água disponível e potável e respirando oxigênio puro. Até a chegada aos dias atuais, especialmente após a Revolução Industrial, pouca ou nenhuma preocupação tivemos em relação às consequências da exploração econômica dos recursos ambientais do planeta.

Alguns fatores principais como os bilhões de habitantes, os desmatamentos desenfreados, as enchentes, as poluições incontroláveis e o consumo predatório de bens essenciais e recursos não renováveis levaram-nos a positivar e compatibilizar princípios de economia e meio ambiente.

Antes da Revolução Industrial, a influência limitada do homem sobre o meio ambiente absorvia-se com facilidade pela própria natureza através da reciclagem direta dos subprodutos das atividades humanas. O desenvolvimento da agricultura e da pecuária transformava o planeta lentamente, não se concebendo turbulências naturais em escala planetária. Entretanto, o ritmo atual das mudanças climáticas acelera-se, devido aos distúrbios ecológicos provocados pelas atividades econômicas de significativo impacto ambiental. Em termos específicos, essa ‘grande aceleração’ vinda desde os anos 1950 define uma nova era para o nosso planeta, chamada Antropoceno, a qual, conforme a origem grega, significa literalmente ‘a era dos humanos’ e, como bem lembrado por Ricard, “pela primeira vez em nossa história, as atividades humanas passaram a alterar de maneira profunda (a ponto, até agora, de degradar) todo o sistema que sustenta a vida na Terra”<sup>28</sup>.

Ao analisar as consequências irreversíveis ao meio ambiente causadas pelo próprio ser humano, impõe-se caracterizar a era do Antropoceno como aquela na qual o homem salvou a

---

França. Título original: *The principle of sustainability: transforming law and governance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 163.

27 SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. Título original: *Animal liberation*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 285/286.

28 RICARD, Matthieu. **Em defesa dos animais: direitos da vida**. Tradução de Tamara Barile. Título original: *Plaidoyer pour les animaux – Vers une bienveillance pour tous*. São Paulo: Palas Athena Editora, 2017, p. 57/58.

si próprio ao se conscientizar da urgência de as atividades econômicas se coadunarem com as diretrizes principiológicas ambientais.

Em sentido realista, ou há conversa sadia e equilibrada entre economia e meio ambiente ou não sobreviveremos para ouvi-los no futuro. Derani escreve que o direito econômico e o ambiental não só se interceptam, como comportam, essencialmente, as mesmas preocupações, quais sejam:

buscar a melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo. O que os distingue é uma diferença de perspectiva adotada pela abordagem dos diferentes textos normativos.

O direito econômico visa a dar cumprimento aos preceitos da ordem econômica constitucional. Ou seja, a estrutura normativa construída sob a designação de direito econômico objetiva assegurar a todos existência digna, perseguindo a realização da justiça social (CF, art. 170, *caput*).

O direito ambiental tem como tronco o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, passível de fruição por toda a coletividade (bem de uso comum do povo). Com fundamento nesse direito fundamental, podemos dizer que ambos almejam, em suma, atender àquele conjunto de atividades e estados humanos substantivados na expressão qualidade de vida<sup>29</sup>.

Essencial instrumento do *Homo antropocênico* para evitar o colapso ambiental diante da voraz expansão capitalista é o Estado Democrático de Direito, o qual possui o propósito de promover a tutela da dignidade humana em face dos novos riscos ambientais e da insegurança gerados pela sociedade tecnológica contemporânea e

deve ser capaz de conjugar os valores fundamentais que emergem das relações sociais e, por meio das suas instituições democráticas (e adequada regulação jurídica), garantir aos cidadãos a segurança necessária à manutenção e proteção da vida com qualidade ambiental, vislumbrando, inclusive, as consequências futuras resultantes da adoção de determinadas tecnologias<sup>30</sup>.

Mister o desenvolvimento de diálogos entre economia e meio ambiente, a fim de vivermos com qualidade de vida e, principalmente, para evitar que o ser humano destrua o próprio ser humano em um processo autofágico imperceptível àqueles negacionistas do efeito estufa, do aquecimento global, do derretimento das geleiras, da elevação do nível dos oceanos e da insuficiência hídrica à nossa dessedentação.

Justifica-se a equalização para ontem, por meio dos deveres e direitos ínsitos ao Estado Democrático de Direito, entre a ordem econômica e a defesa do meio ambiente, impondo-se tratamento privilegiado em favor de agentes econômicos que atuem com tecnologias e métodos

29 DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 57/58.

30 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. p. 292/293.

menos agressivos ao meio ambiente, fomentando-se atividades com menor impacto ambiental, utilizando-se energia limpa e recursos ambientais renováveis, como previsto nos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente: “os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental” (art. 9º, inciso V, da Lei Federal n. 6.938/81<sup>31</sup>).

Por isso Eros Roberto Grau afirmou não existir proteção constitucional à ordem econômica que sacrifique o meio ambiente. Fez-se necessária a criação de instrumentos capazes de aliar o desenvolvimento econômico à defesa do meio ambiente e à justiça social, o que implica a busca por um desenvolvimento sustentável — modelo que aglutina os aspectos ambiental, econômico e social e que considera em seu planejamento tanto a qualidade de vida das gerações presentes quanto a das futuras<sup>32</sup>.

Aos céticos sobre o diálogo entre economia e meio ambiente, basta acompanhar os discursos dos líderes mundiais sobre a necessária conciliação entre atividades econômicas e medidas de combate à pandemia causada pelo Coronavírus (COVID – 19). Sim, o vírus integra o meio ambiente, pouco importando se originário de animais silvestres ou de laboratório.

Viver com qualidade ao lado de atividades econômicas que propiciem este bom viver e o diálogo que se impõe para abreviarmos a finitude da Terra, a qual perecerá por causas astrofísicas e não por atividades econômicas ambientalmente insustentáveis.

O direito como forma de regular a sociedade possui dois ramos dedicados ao aperfeiçoamento específico das atividades econômicas e do meio ambiente denominados Direito Econômico e Direito Ambiental. Aqui, o nosso objetivo é estimular a permeabilização principiológica entre eles no intuito da mais eficiente compatibilização sustentável, sem o descuido de o primeiro disciplinar juridicamente a política econômica das nações, especialmente o modo de intervenção estatal na economia; enquanto o segundo, as atividades humanas aptas “a gerar a degradação ambiental, com o objetivo de controlar a poluição para mantê-la dentro de padrões de tolerância da legislação, a fim de realizar a sustentabilidade” e com ambos os ramos buscando o bem-estar das pessoas<sup>33</sup>.

Dirley da Cunha Júnior afirma que a Constituição defende a lógica elementar do não “pensar em desenvolvimento da atividade econômica sem o uso adequado dos recursos naturais, uma vez que esta atividade é dependente do uso do meio ambiente”. Prossegue o autor no sentido de considerar

a inexistência de atividade econômica sem influência no meio ambiente, pois a conformação da atividade

31 BRASIL. **Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm). Acesso em: 15 fev. 2021.

32 GRAU, Eros Roberto. **Proteção do meio ambiente**. Revista dos Tribunais, n. 702. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 251.

33 AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 903/904.



econômica à defesa do meio ambiente visa políticas públicas destinadas à efetivação de um desenvolvimento econômico sustentável, o qual, no contexto da Constituição, “está diretamente relacionada, além da proteção do fator capital (livre iniciativa) e do fator trabalho (valorização do trabalho humano), à manutenção do fator natureza da produção (defesa do meio ambiente)<sup>34</sup>.

O capital, o trabalho e o ambiente são a tríade da qualidade de vida. Precisamos usá-los de modo digno, sustentável e como freios e contrapesos um dos outros, próprios dos Estados democráticos. O nosso ideal é o trabalho do homem que desenvolve a si e preserva o meio ambiente, havendo sadia comunicação entre atividade econômica e a natureza.

Nessa empreitada, estamos com Häberle<sup>35</sup> ao afirmar que a Lei Fundamental alemã de 1949 reconheceu os limites de crescimento econômico a impor o reforço da proteção ambiental para, em última análise, preservar a própria dignidade da pessoa humana, assim como o faz a nossa Carta em seus artigos 170, *caput*, e inciso VI, 186, inciso II e 225.

Qualidade de vida para a presente e as futuras gerações não é utopia. Ao contrário, como vimos, a séculos exploramos economicamente a natureza sem quaisquer preocupações com a finitude dos recursos naturais disponíveis ou mesmo com a ausência de condições de vida humana na Terra. Os problemas ambientais causados por atividades econômicas predatórias são recentes, advêm da Revolução Industrial, e, havendo sintonia sadia entre os princípios constitucionais da livre iniciativa e do meio ambiente, pautada por diretrizes estatais democráticas e de direito, o futuro dos seres vivos não será comprometido por ação humana.

#### **4. Dialogar para suplantar o conflito aparente entre a relação econômica antropocêntrica e o meio ambiente ecocêntrico.**

A par da proposta de diálogo entre economia e meio ambiente encontra-se a dicotomia antropocentrismo e ecocentrismo. Liberais capitalistas defendem a economia de matriz antropocêntrica, quer dizer, o homem é o centro do universo e a natureza, simples meio para atingir os objetivos financeiros estabelecidos pelo *establishment*. De outro lado, progressistas ambientalistas veneram a natureza de modo a colocá-la no centro de tudo, impedindo quaisquer atividades econômicas tendentes a causar danos ao meio ambiente, ainda que sem qualquer impacto relevante.

Donaldson e Kymlicka criticam o antropocentrismo ao ver o homem como a essência da humanidade independentemente na natureza onde vive e se desenvolve:

34 JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. p. 1274.

35 HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (organizador). *Dimensões da dignidade – Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 102.

*Let us start with the anthropocentric objection, and then turn to the issue of the value of nature. Anthropocentrism, as we understand the term, is an approach to moral theory that takes humanity as its standard: it starts by asking what the essence is of 'being human' or of 'humanity', and assumes that human beings are entitled to rights and justice in virtue of this essential humanity<sup>36</sup>.*

Destacamos a lição de Sarlet e Fensterseifer sobre a proteção do direito fundamental ecológico, a qual se amolda ao direito fundamental da liberdade econômica:

o melhor caminho jurídico para a proteção ecológica, mesclando em alguns momentos fundamentos de matriz 'antropocêntrica' e 'ecocêntrica', reside na luta pela efetivação dos direitos fundamentais (liberais, sociais e ecológicos), já que, como premissas ao desfrute de uma vida digna, estão a qualidade, a segurança e o equilíbrio ambiental<sup>37</sup>.

Entendemos ser imperativa a mitigação do antropocentrismo na economia e do ecocentrismo na defesa da natureza, dosando-se mais ecologia à atividade humana e vice-versa, máxime por buscarmos o desenvolvimento sustentável e não o engessamento da produção e extração de quaisquer recursos naturais. Nesse sentido, quando trata do desenvolvimento sustentável, Bosselmann propõem a coexistência entre o antropocentrismo e o ecocentrismo, a fim de que humanos e natureza convivam em harmonia e sem tal ou qual sobressair sobre o outro, pontuando a imprescindibilidade da convivência entre os paradigmas antropocêntrico e ecocêntrico no âmbito mais amplo do sistema protetivo estabelecido pelo direito ambiental, inclusive naquilo que concerne ao desenvolvimento de atividade econômica<sup>38</sup>.

Compreende-se que o antropocentrismo do modo radical não pode mais prosperar, pois o homem como centro do universo demonstra conduta autofágica, ou seja, todos morreremos caso não de relativize o antropocentrismo. Ora, somos cientes de que o resultado da ação do homem na natureza, pela primeira vez, ameaça a sua condição de sobrevivência e, cada vez mais, se amplia o entendimento sobre a situação de risco em que a humanidade se encontra em função de alterações que ela própria vem provocando na natureza, ultrapassando 20% (vinte por cento) da capacidade regenerativa dos ecossistemas<sup>39</sup>.

36 DONALDSON, Sue; KYMLICKA, Will. **Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights**. New York: Oxford University Press, 2011, p. 33. Em tradução livre dos autores: "Começamos com a objeção antropocêntrica e, depois, passemos à questão de o valor da natureza. O antropocentrismo, como entendemos o termo, é uma abordagem da teoria moral que toma a humanidade como seu padrão: começa por perguntando qual é a essência de 'ser humano' ou 'humanidade', e assume que os seres humanos têm direito a direitos e justiça em virtude desta essencial humanidade".

37 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 145/146.

38 BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. p. 164.

39 ALBUQUERQUE, José de Lima (organizador). **Gestão ambiental e responsabilidade social: conceito, ferramentas e aplicações**. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 20.

Destaco, nas palavras de Gargarella, que as corriqueiras crises econômicas são superadas por medidas benéficas aos direitos sociais, inclusive o meio ambiente, revelando não existir crescimento econômico sem visão sustentável da natureza, portanto “*algunas de las reformas sociolegales más importantes de las últimas décadas – incluyendo aquellas de Colômbia, Bolívia, Ecuador, Venezuela y México – fueron precedidas por las crisis económicas de los años noventa*”<sup>40</sup>.

A visão antropocêntrica-ecocêntrica conjunta da economia e do direito ambiental se faz premente, máxime porque não há progresso quando se olvida do meio ambiente e, quando se fomentam direitos socioambientais, recupera-se a economia em declínio.

Logo, homens e natureza podem coexistir sem significar a supremacia de um, embora admitamos que certo grau de antropocentrismo é necessário à proteção ambiental porque a humanidade é a única espécie com consciência para reconhecer e respeitar a moralidade de direitos e por sua causa ser parte integrante da natureza.

Afirmamos ser recente a relação entre economia e meio ambiente, porquanto a atividade empresarial não causava impacto significativo a natureza. A preocupação com as consequências ambientais decorre de importantes atos legislativos editados na década de 1970. Nesta mesma época, Singer defendia a natureza, especialmente os animais, das insanidades econômicas-capitalistas asseverando que as grandes empresas e os que com elas precisam competir tratam os animais como máquinas e não estão preocupados com nenhum “senso de harmonia entre plantas, animais e natureza. A criação é competitiva, e os métodos adotados são os que reduzem custos e aumentam a produção”<sup>41</sup>.

Felizmente, muitas mudanças legislativas ocorreram desde então e, hoje, encontramos várias proteções legais aos animais e a natureza, sem prejuízo das atividades econômicas desenvolvidas pelos países que conseguem orquestrar os princípios da ordem econômica e do meio ambiente. Notório o vanguardismo da Colômbia<sup>42</sup> e do Equador<sup>43</sup> em reconhecer a natureza como sujeito de

40 GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires/Madrid: Katz Editores, 2014, p. 278.

41 SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla Título original: *Animal liberation*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 142.

42 Disponível em: <http://www.forosocialpanamazonico.com/pt/12037-2/#:~:text=Col%C3%B4mbia%20reconhece%20os%20direitos%20da%20natureza%20na%20Amaz%C3%B4nia,-Eduardo%20Gudynas&text=Dando%20um%20passo%20de%20enorme,%C3%89%20um%20sujeito%20de%20direitos>. Acesso em: 17 fev. 2021.

43 **Constituição do Equador**. Art. 71. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoodoEquador.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

direito, cuja ação ambiental ecoa em outras nações: Alemanha<sup>44</sup>, Argentina<sup>45</sup>, Áustria<sup>46</sup>, Bolívia<sup>47</sup>, França<sup>48</sup> e Portugal<sup>49</sup>.

A importância da natureza no progressismo constitucional está assim averbada por Zaffaroni:

Desse modo, *Gaia*, que entre nós se chama *Pachamama* e não vem acompanhada de elaborações científicas. Mas como manifestação do saber da cultura ancestral de convívio com a natureza, se incorpora ao direito constitucional como outra contribuição do constitucionalismo latino-americano ao universal, do mesmo modo que em Querétaro – em 1917 – se inaugurou nada menos que o constitucionalismo social<sup>50</sup>.

O autor argentino acredita que fomos acrescentando dignidade à nossa consciência à medida que fomos aprendendo a fazer melhor uso da capacidade de diálogo sem perderemos tal capacidade pelo fato de dar mais um passo e “compreender que a natureza, o planeta, a Terra, a *Pachamama*, é outro ente com o qual podemos dialogar, e a perderemos menos ainda quando compreendermos que devemos dialogar”<sup>51</sup>.

Amartya Sen, ao mesmo tempo no qual admite a maneira de conceber o ser humano e suas motivações sob óptica econômica convencional tenha produzido resultados teóricos relevantes, considera que a teoria econômica poderia tornar-se mais produtiva se considerasse os problemas associados às questões éticas que moldam o comportamento humano, uma vez que “a natureza da economia moderna foi substancialmente empobrecida pelo distanciamento crescente entre economia e ética”<sup>52</sup>.

44 **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.** Art. 20a. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

45 **Supremo Tribunal de Justiça da Argentina.** Decisão favorável aos direitos animais, concedendo a uma orangotango chamada Sandra, o *status* de “pessoa não-humana”, um exemplo para toda a América Latina. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2014/12/20/decisao-historica-tribunal-argentina-reconhece-animais-sao-sujeitos-direitos/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

46 **Código Civil da Áustria.** § 285, “a”. Disponível em: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>. Acesso em: 15 fev. 2021.

47 **Constituição Política do Estado da Bolívia.** Art. 33. Disponível em: <https://bolivia.infoleyes.com/norma/469/constituci%C3%B3n-pol%C3%ADtica-del-estado-cpe>. Acesso em: 15 fev. 2021.

48 **Código Civil da França.** Art. 515-14: “*Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens*”. Disponível em: <chrome-extension://ohfgljdgelakfkefopgklcohadegdpjf/http://www.direito.ufpr.br/portal/animaiscomdireitos/wp-content/uploads/2019/06/cc-frances-art-515.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

49 **Estatuto jurídico dos animais de Portugal.** Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2655&tabela=leis&ficha=1&pagina=1](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2655&tabela=leis&ficha=1&pagina=1). Acesso em: 15 fev. 2021.

50 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Pachamama e o ser humano.** Tradução de Javier Ignacio Vernal. Título original: *La Pachamama y el humano*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2017, p. 89.

51 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Pachamama e o ser humano.** p. 98.

52 SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia.** Tradução de Laura Teixeira Motta. Título original: *On Ethics and Economics*. São Paulo: Editora Schwarcz, 1999, p. 23.

Outra consequência grave desse distanciamento é a diminuição do alcance e relevância da própria economia do bem-estar. Sen diz que é precisamente o estreitamento, na economia moderna, da ampla visãsmithiana dos seres humanos que pode ser apontado como uma das principais deficiências da teoriaeconômica contemporânea, classificando a corrente neoclássica como “engenharia econômica”, ou seja, sem preocupação com a moral e a ética<sup>53</sup>.

Por outro lado, Peces-Barba cita Hayek, o qual defende a coexistência moral e ética da economia com a proteção de direitos socioambientais:

*“Hayek, Prêmio Nobel de Economia, expressa esse intento, ya hoy totalmente explícito, de vincular los derechos y las libertades com el capitalismo o, dicho de outra manera, de aproximar los principios liberales de la justicia com la economia capitalista y, consiguientemente, de deslegitimar a la aportación del socialismo democrático, que se plasma em los derechos prestacionais<sup>54</sup>.*

Prestigiam-se aos direitos sociais e não se olvida ser o objeto da economia frequentemente bastante grave e, por vezes, bastante deprimente, e pode ser muito difícil manter a alegria natural ao estudar, por exemplo, a fome ou a pobreza, ou ao tentar compreender as causas e os efeitos do devastador desemprego ou da terrível miséria<sup>55</sup>, mas devemos agir ética e moralmente a favor da natureza e do desenvolvimento econômico sustentável com qualidade de vida.

Dialogar para sobrepairar o conflito aparente entre a relação econômica antropocêntrica e o meio ambiente ecocêntrico é instrumento de justiça distributiva de direitos e solidariedade de obrigações, presente o ganha-ganha (*win-win*). Humanidade e natureza não entrariam em conflito na aplicação do véu da ignorância. Esse exercício garante que ninguém (economia ou meio ambiente) é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais e, “uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo”<sup>56</sup>.

### Considerações finais:

Encerrando o artigo, concluímos como relevante a questão do diálogo interdisciplinar entre

53 SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. p. 23.

54 PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 65.

55 SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. Título original: *The idea of justice*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 304.

56 RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Traduzida por Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. Título original: “*A theory of justice*”. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.13.

economia e meio ambiente e, em especial, a questão de que não deve haver primazia de uma área sobre a outra e muito menos limites para atuação em harmonia.

A busca incansável para a preservação ambiental e ampliação dos horizontes da sustentabilidade mediante a atenção constitucional para a aplicação do direito não diminuem e nem se contrapõem aos valores propugnados pela ciência econômica.

O progresso da sociedade implica uma consciência e atendimento das carências atuais e futuras, todavia, com o indispensável planejamento para o provimento das necessidades econômicas e ambientais, o que deve ser realizado sempre com um olhar cauteloso a intergeracionalidade, uma vez que as futuras gerações devem usufruir dos mesmos recursos que a natureza atualmente nos coloca à disposição.

Vivemos no limiar do esgotamento dos recursos naturais com o aquecimento global, destarte, a análise econômica da escassez e a melhoria dos incentivos para o uso dos recursos encontrarão sempre um campo fértil de diálogo e coexistência com o direito ambiental que tem seu norte pautado na diminuição das desigualdades sociais com o respeito total a sustentabilidade.

A tarefa não é simples, mas é indispensável e está posta.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:

ALBUQUERQUE, José de Lima (organizador). **Gestão ambiental e responsabilidade social: conceito, ferramentas e aplicações**. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Art. 20a. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

AMADO, Frederico. **Direito ambiental**. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

ÁUSTRIA. Código Civil da Áustria. § 285, “a”. Disponível em: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BOLÍVIA. **Constituição Política do Estado da Bolívia**. Art. 33. Disponível em: <https://bolivia.infoleyes.com/norma/469/constituci%C3%B3n-pol%C3%ADtica-del-estado-cpe>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BOSELNANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Phillip Gil França. Título original: *The principle of sustainability: transforming law and governance*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 fev. 2021.



BRASIL. **Lei Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm). Acesso em: 15 fev. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Editora Gradiva, 1999.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DONALDSON, Sue; KYMLICKA, Will. **Zoopolis: A Political Theory of Animal Rights**. New York: Oxford University Press, 2011.

EQUADOR. **Constituição do Equador**. Art. 71. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaodoEquador.pdf>". Acesso em: 15 fev. 2021.

FRANÇA. Código Civil da França. Art. 515-14: "*Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens*". Disponível em: <chrome-extension://ohfgljdgelakfkefopgklcohadegdpjf/http://www.direito.ufpr.br/portal/animaiscomdireitos/wp-content/uploads/2019/06/cc-frances-art-515.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires/Madrid: Katz Editores, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica da Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **Proteção do meio ambiente**. Revista dos Tribunais, n. 702. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: Sarlet, Ingo Wolfgang (organizador). *Dimensões da dignidade – Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 708.

PORTUGAL. **Estatuto jurídico dos animais de Portugal**. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=2655&tabela=leis&ficha=1&pagina=1](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2655&tabela=leis&ficha=1&pagina=1). Acesso em: 15 fev. 2021.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed. Florianópolis: Ematis Editora, 2018.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Traduzida por Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. Título original: *"A theory of justice"*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RICARD, Matthieu. **Em defesa dos animais: direitos da vida**. Tradução de Tamara Barile. Título original: *Plaidoyer pour les animaux – Vers une bienveillance pour tous*. São Paulo: Palas Athena Editora, 2017.

ROBBINS, Lionel. **Um ensaio sobre a natureza e a importância da ciência econômica**. Edição, se houver, Local, Editora, Ano e p.????

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ecológico: constituição, direitos fundamentais e proteção da natureza**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. Título original: *The idea of justice*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Título original: *On Ethics and Economics*. São Paulo: Editora Schwarcz, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução de Marly Winckler e Marcelo Brandão Cipolla. Título original: *Animal liberation*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STIGLITZ, Joseph E. **O Grande Abismo: sociedades desiguais e o que podemos fazer sobre isso**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

ARGENTINA. **Supremo Tribunal de Justiça da Argentina**. Decisão favorável aos direitos animais, concedendo a uma orangotango chamada Sandra, o *status* de “pessoa não-humana”, um exemplo para toda a América Latina. Disponível em: <https://www.anda.jor.br/2014/12/20/decisao-historica-tribunal-argentina-reconhece-animais-sao-sujeitos-direitos/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPFN. 748 MC/DF**. Primeira Turma. Relatora Ministra Rosa Weber. Julgado em: 28 out. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1133146758/medida-cautelar-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-748-df-0104549-7420201000000>. Acesso em: 15 fev. 2021.

TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Lisboa: Editora Guerra e Paz Editores, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Pachamama e o ser humano**. Tradução de Javier Ignacio Vernal. Título original: *La Pachamama y el humano*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2017.

# ATENDIMENTO HUMANIZADO ÀS GESTANTES OU MÃES QUE ENTREGAM SEUS FILHOS À ADOÇÃO

Elaine Cristina Mendonça<sup>1</sup>

Isabel Weingartner<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo é resultado de estudo vinculado ao programa de Núcleos de Estudos e Pesquisas (NEPs) da Academia Judicial (AJ) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e foi desenvolvido entre março de 2016 e março de 2018. Resultou da percepção da necessidade de regulamentação do art. 13 da Lei 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), estabelecendo orientações sobre os procedimentos a serem adotados e as atribuições dos profissionais do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente no atendimento de gestantes ou mães que manifestam interesse em entregar o filho à adoção. O trabalho em questão apresenta reflexão crítica a respeito dos procedimentos adotados no atendimento dessas mulheres, convidando os profissionais a contribuir com a implantação, de forma integrada e por meio de articulações institucionais, de novas redes de ações para o atendimento desse público.

**Palavras-chave:** Entrega Voluntária. Adoção. Humanização do atendimento

## ABSTRACT

This article is a result of a study linked to the Nucleus of Studies and Research (NEPs) program of the Judicial Academy (AJ) of the Court of Justice of Santa Catarina and was developed between March 2016 and March 2018. It resulted from the perception of the necessity of regulation of art. 13 of Law 8.069 / 1990 - Statute of the Child and Adolescent (ECA), establishing guidelines on the procedures to be adopted and the duties of professionals of the Child and Adolescent Rights Guarantee System in the care of expectant mothers or mothers in delivering the child to adoption. The work in question presents a critical reflection on the procedures adopted in the care of these women, inviting the professionals to contribute to the implantation, in an integrated way and through institutional articulations, of new networks of actions to attend this public.

**Keywords:** Voluntary Delivery. Adoption. Humanization of care

---

1 Servidora do TJSC, lotada no Fórum de Justiça da Comarca de Brusque. Assistente Social - Graduada em Serviço Social pela Universidade Regional de Blumenau (FURB); Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). [elainecristinamendonca@tjsc.jus.br](mailto:elainecristinamendonca@tjsc.jus.br)

2 Servidora do TJSC, lotada no Fórum de Justiça da Comarca de Brusque. Assistente Social - Graduada em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). [isabel.weingartner@tjsc.jus.br](mailto:isabel.weingartner@tjsc.jus.br)

## INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado de estudo vinculado ao programa de Núcleos de Estudos e Pesquisas (NEPs) da Academia Judicial (AJ) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC), desenvolvido entre março de 2016 e março de 2018<sup>3 4</sup>.

A proposta do estudo, apresentada em setembro de 2015, resultou de reflexões e indagações surgidas no exercício profissional quanto à necessidade de padronizar os procedimentos adotados no atendimento de gestantes ou mães que manifestam o interesse em entregar seus filhos à adoção.

O contato com mães que entregaram seu filho à adoção possibilitou tomar conhecimento de que, por vezes, essas mulheres são submetidas a situações constrangedoras que reforçam práticas de violação de direitos.

Como exemplo, podemos citar:

- a exposição dessas mulheres a diversos profissionais e demais pacientes e quebra do sigilo quanto à entrega do filho à adoção, nas instituições hospitalares;
- a judicialização precipitada da demanda, quando a gestante/mãe ainda não teve acesso a todas as informações jurídicas sobre o processo de entrega e de colocação da criança em adoção; sem que tenha tido o tempo necessário para refletir sobre sua decisão; ou, sem que tenham lhe dado a possibilidade de acesso aos serviços da saúde e de assistência social, em especial a assistência psicológica;
- a realização de audiência no mesmo dia da alta hospitalar, quando ainda está em processo de recuperação do estado puerperal;
- a realização do registro civil da criança pela genitora no mesmo dia da alta hospitalar e acompanhada de representante do Poder Judiciário, sem que seja consultada sobre tal possibilidade/interesse de fazê-los e/ou de fazê-los desta forma;
- a omissão de certos atores/instituições e, conseqüentemente, poucas medidas de orientação, apoio e promoção social à gestante/mãe, anteriormente à entrega, mas, também, após a entrega;
- a pouca articulação entre os serviços/órgãos públicos.

3 Para o desenvolvimento do presente estudo, contamos com a assessoria da pesquisadora externa, Silvana do Monte Moreira, Advogada com atuação no Rio de Janeiro - Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Maceió; Especialista em Direito Especial da Criança e do Adolescente pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ); Presidente da Comissão de Adoção do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família); Diretora Jurídica da Angaad (Associação Nacional dos Grupos de Apoio à Adoção); Membro da CEJAI (Comissão de Adoção Internacional do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. [silvana@arrudaeadvogados.adv.br](mailto:silvana@arrudaeadvogados.adv.br)

4 O presente estudo também contou com reflexões realizadas com Juiz de Direito Titular da Vara da Infância da Comarca de Brusque, Maycon Rangel Favareto e com contribuições da Professora do Curso de Graduação em Serviço Social da Universidade Regional de Blumenau (FURB), Dra. Maria Salete da Silva.

Esse contexto despertou o interesse de contribuir com a construção de uma nova cultura que garanta um atendimento humanizado às gestantes ou mães que desejam entregar o filho à adoção, baseada em parâmetros humanitários, de solidariedade e de cidadania.

Uma cultura capaz de respeitar a decisão dessas mulheres e, principalmente, de entender que submetê-las a situações de constrangimento pode colaborar para que elas optem por não entregar seu filho à Justiça da Infância, mas por: - abandoná-los em lugares inadequados; - entregá-los a terceiros de forma irregular para fins de adoção; - dar parto alheio como próprio; - indicar, na maternidade, o genitor sabendo não se tratar do pai biológico com o objetivo de ele registrar como seu o filho de outrem; - realizar procedimentos de interrupção voluntária da gravidez de forma inadequada (situação que leva milhares de mulheres a óbito todos os anos).

Nesse sentido, o artigo está organizado, além desta introdução, em três itens seguidos das considerações finais e das referências bibliográficas. Inicialmente, apresentará um breve resgate histórico sobre o abandono de crianças. Na sequência, serão abordados aspectos sociais e emocionais que contribuem para que mulheres decidam não maternas<sup>5</sup> seus filhos e os entregar à adoção, bem como o direito da mãe à entrega e o direito da criança à convivência familiar.

E, por fim, apresentará uma reflexão crítica a respeito dos procedimentos adotados no atendimento das gestantes ou mães que manifestam interesse em entregar seus filhos à adoção, convidando os profissionais a qualificarem a relação estabelecida com essas mulheres.

Ressalta-se que as reflexões aqui apresentadas são fruto de estudo, que se utilizou de pesquisa bibliográfica e documental, de autores que discutem temas como abandono; entrega à adoção; da legislação pertinente; bem como, pautou-se, no conhecimento teórico metodológico e da experiência profissional das pesquisadoras.

## **BREVE RESGATE HISTÓRICO SOBRE O ABANDONO DE CRIANÇAS**

A entrega de um filho à adoção ainda é motivo de mal estar e indignação em nossa sociedade. Contudo, isso não é algo novo. Há séculos, a humanidade convive com genitores que abandonam seus filhos ou os entregam aos cuidados de terceiros ou de instituições.

Segundo alguns autores que se dedicaram a estudar a temática, até meados do século XV, as crianças eram consideradas “como um grupo de segunda categoria (...)”, por isso, não só o abandono de crianças, mas o infanticídio eram muito comuns (SOEJIMA e WEBER, 2008, p. 175).

Nos séculos XV e XVI, na Europa, e no século XVIII no Brasil, tal realidade sofreu tímidas alterações com a criação das denominadas “Roda dos Enjeitados ou dos Expostos”. Referido artefato

<sup>5</sup> Maternagem: cuidados próprios de mãe, materno, afetuoso, dedicado, carinhoso e maternal. Não temo como suporte a condição biológica, e nem mesmo o gênero, mas está amparada no afeto e no profundo desejo de cuidar. A maternagem é sempre uma escolha, mesmo que posterior, uma decisão de dedicação por amor. Cuidar, amar, proteger, doar, ensinar é maternagem. (FERREIRA, 1993 apud MENDES, 2015, p. 119)



caracterizava-se por “um dispositivo de madeira fixado, geralmente, na entrada [dos hospitais para expostos, casa dos expostos, asilos cuidados por religiosos, Santas Casas de Misericórdia]”, onde se colocava o bebê que se renunciava. A pessoa tocava uma sineta para avisar que havia deixado um bebê “e abandonava o local sem ser reconhecida” (WEBER, 2000, p. 31).

Segundo Weber (2000, p. 31, grifo no original), o abandono de bebês na roda dos expostos “era considerado ‘um mal menor’ se comparado ao infanticídio”. Contudo, “o abandono em instituições era um infanticídio ‘oficial’ a longo prazo, pois a maioria das crianças não sobrevivia.”

Sobre isso, há registros que indicam que

os estabelecimentos da Santa Casa do Rio de Janeiro receberam mais de cinquenta mil crianças enjeitadas entre os séculos XVIII e XIX [...]. Em alguns centros urbanos, no século XVIII, até 25% dos bebês eram abandonados e cerca de 70-80% faleciam antes de completar sete anos (TORRES, 2006, p. 105).

Naquele período, em sua maioria, as situações “de abandono envolviam filhos ilegítimos de mulheres solteiras ou de relações tidas como ilícitas para a época” e, de famílias “que possuíam algum poder aquisitivo” (LIMA, 2011, p. 35), por isso, o objetivo da “instalação da Roda dos Expostos [era de] evitar os crimes morais, [protegendo as mulheres] brancas solteiras dos escândalos [...]” (TORRES, 2006, p. 105).

Esse mecanismo, que funcionava como um receptáculo de crianças, perdurou no Brasil entre os séculos XVIII e XIX, tendo, “a maioria deles [encerrado] suas atividades nos anos 1930-1950 [...] em função das deliberações do Código de Menores de 1927<sup>6</sup> que determinou o fechamento das rodas)” (VENÂNCIO, 1999, p.2).

Além do fechamento das Rodas dos Expostos existentes na época, o Código de Menores de 1927 previa procedimentos pormenorizados a serem utilizados quando da entrega da criança “exposta” ou “abandonada” a terceiros ou a instituições de assistência. Dentre outros, citamos alguns exemplos:

- Quando a entrega fosse realizada pela própria genitora, o funcionário deveria registrar informações sobre o seu estado civil e qualquer outro dado “que [esclarecesse] a situação da criança, devendo aquela se dar a conhecer e assinar o processo de entrega” (art. 18.) (BRASIL, 1927).
- A genitora ainda contava com a possibilidade de fazer as “declarações perante um notário da sua confiança, em ato separado”. Documento este que seria “lacrado, para ser aberto na época e nas circunstâncias que ela determinar” (art. 18, § 1º) (BRASIL, 1927).

6 O Código de Menores de 1927, denominado Código Mello Mattos de 1927, teve vigência até 1979 e foi a primeira lei a regulamentar o direito da criança e do adolescente no Brasil. Anteriormente, os assuntos afetos à criança e ao adolescente restringiam-se ao Código Penal. (ZANELLA; LARA, 2015)

- Quando a entrega fosse realizada por terceiro, o “funcionário do recolhimento [deveria] mostrar-lhe os inconvenientes do abandono, sem, todavia, fazer pressão, sob pena de demissão” (art. 18, § 2º) (BRASIL, 1927).
- Nessa situação, a pessoa poderia decidir por fornecer ou não informações: “se o portador declarar que não pode, ou não quer, fornecer indicação alguma, essa recusa ficará registrada” e, “[insistindo] em deixar [a criança], o funcionário pedirá o registro civil de nascimento, ou informações do cartório e da data em que foi feito o registro” (art. 18, § 2º)(BRASIL, 1927).
- Os infantes considerados “expostos”<sup>7</sup> ou “abandonados”<sup>8</sup> deveriam ser apresentados “à autoridade policial [...] ou [...] à autoridade pública mais próxima do local onde estiver o infante” e, posteriormente, deveriam ser “recolhidos a estabelecimentos a esse fim destinados”; colocados “sob tutela das pessoas que voluntaria e gratuitamente se encarreguem da sua criação ou [de] tutores nomeados pelo juiz” (Art. 22 e 23) (BRASIL, 1927).
- Ainda no caso de infantes “expostos” deveriam ser inscritos no registro civil de nascimento “declarando-se o dia, mês e ano e o local em que foi exposto e a idade aparente” (Art. 22) (BRASIL, 1927).

No Código de Menores de 1979<sup>9</sup>, referidos procedimentos, quanto a possibilidade de entrega, foram suprimidos da legislação brasileira. Originalmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei 8069/199 também não fazia referência a essa matéria.

Apenas em 2009 o assunto voltou a ser inserido na legislação que regulamenta o direito da criança e do adolescente no Brasil, com a promulgação da Lei 12.010 que incluiu o parágrafo único ao artigo 13 do ECA, estabelecendo que

as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude. (BRASIL, 2009)

7 Art. 14. São considerados expostos os infantes até sete anos de idade, encontrados em estado de abandono, onde quer que seja. (BRASIL, 1927)

8 Art. 26. Consideram-se abandonados os menores de 18 anos: I. que não tenham habitação certa, nem meios de subsistência, por serem seus pais falecidos, desaparecidos ou desconhecidos ou por não terem tutor ou pessoa sob cuja guarda vivam; II. que se encontrem eventualmente sem habitação certa, nem meios de subsistência, devido a indigência, enfermidade, ausência ou prisão dos pais, tutor ou pessoa encarregada de sua guarda; III. que tenham pai, mãe ou tutor ou encarregado de sua guarda reconhecidamente impossibilitado ou incapaz de cumprir os seus deveres para, com o filho ou pupilo ou protegido; [...] vítimas de maus tratos [...]; [...] privados habitualmente dos alimentos ou dos cuidados indispensáveis à saúde; [...] empregados em ocupações proibidas [...]. (BRASIL, 1927)

9 O Código de Menores de 1979 teve vigência até 1990, quando foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei 8.069).

Do nosso ponto de vista, esse contexto sinalizou a preocupação com uma realidade que nunca deixou de existir. Dados de pesquisas mais recentes confirmam que o abandono de crianças em locais inadequados e a entrega de filhos aos cuidados de terceiros para fins de adoção permanece.

Em estudo realizado por Lima (2011, p. 32 e 35), a partir de 116 reportagens sobre situações de abandono de bebês, veiculadas/publicadas entre os anos de 2008 e 2010, verificou-se que, na maior parte das situações, as crianças foram deixadas em “terrenos baldios e vielas” ou em “lugares de grande circulação, como praças e portas de residência.”

Weber (2000, p. 32), em pesquisa realizada pelo período de um ano junto a um serviço de acolhimento institucional para crianças, identificou que setenta e cinco por cento (75%) das crianças foram deixadas em locais públicos:

a maioria das mães abandonou seu filho já na maternidade e desapareceu [...]. Outras abandonaram seus bebês em uma capela, no lixo, no banco da maternidade; uma pediu para um passageiro de um ônibus segurar o bebê e aproveitou esse momento para descer do ônibus sozinha e apenas uma mãe entregou a criança para adoção logo após o nascimento no Juizado da Infância e da Juventude.

No ano de 2017, no Estado do Paraná, por exemplo, num período de dez dias foram noticiadas três situações de abandono de bebês: “uma recém-nascida encontrada dentro de um saco plástico na rua, [...]; outro foi abandonado no banheiro da rodoviária [...]; e, [...] uma menina foi encontrada em uma lixeira. [...]” (CHICARELLI, 2017).

Além do abandono de crianças em locais inadequados, há situações em que as mulheres decidem entregar o filho a terceiros de forma irregular para fins de adoção; dar parto alheio como próprio; indicar, na maternidade, o genitor sabendo não se tratar do pai biológico com o objetivo de ele registrar como seu o filho de outrem e/ou realizar interrupção voluntária da gravidez.

Tal realidade nos remete ao seguinte questionamento: porque as mulheres optam por tais medidas quando a legislação prevê a possibilidade de fazer a entrega do filho à Justiça da Infância, de forma legal e sem riscos à mulher ou à criança?

No próximo item, resgatamos estudos que podem contribuir para compreendermos tais motivações.

### **ASPECTOS SOCIAIS E EMOCIONAIS QUE CONTRIBUEM PARA QUE MULHERES DECIDAM NÃO MATERNAR SEUS FILHOS E OS ENTREGAR À ADOÇÃO**

Pesquisas indicam que a condição socioeconômica tem contribuído com essa realidade. Revelam que, atualmente, grande parte das crianças abandonadas provém “de famílias e, principalmente, [de] mulheres pobres. [...]” (LIMA, 2011, p. 35).

Sobre isso, os estudos de Freston e Freston (1994) ampliam o debate. Indicam que significativa parte das situações de abandono “é determinada pela conjugação do valor econômico (pouca educação formal, salário inconstante) com o fator familiar (enfraquecimento da família extensa pela migração; ausência do companheiro). Quando existe apenas um desses fatores, a incidência de abandono é significativamente menor” (SOEJIMA; WEBER, 2008, p. 179).

Nesse sentido, há um conjunto de fatores que “levam muitas [...] mulheres a desistir de criar seu filho”, dentre os quais: “a pressão da família, o estado psicoemocional, as condições socioeconômicas, a falta de apoio comunitário e governamental [...]” (MOTTA, 2008, p. 64).

Além disso, pode-se incluir nesse conjunto de fatores que a maternidade e a maternagem são valores que se modificam de acordo com os aspectos ideológicos e culturais de cada época e, por isso, não estão presentes em todas as mulheres. Há mulheres que não desejam exercer a maternidade.

Por outro lado, ainda há que se considerar que a “maternidade é vivida, por muitas mulheres, com mais sofrimento do que prazer (LUCENA, 2004 apud ARRAIS, 2005, p. 15)”, pois,

Ao contrário do esperado, [...] a maioria das mulheres, sobretudo as de classe média e alta encontra na vivência da maternidade algum nível de sofrimento psíquico, físico e social no período pré e pós-parto. Normalmente, nessas fases, observa-se nas mães uma vivência relativamente contínua de tristeza ou de diminuição da capacidade de sentir prazer (Santos, 1995), a qual poderá ser transitória ou se cronicizará caso não sejam assistidas adequadamente. (ARRAIS, 2005, p. 15)

A maternidade “pode ter um lado sombrio e mobilizador de profundas ansiedades”. Após o nascimento do filho, no período puerperal<sup>10</sup>, a mulher pode se deparar com afetos de tristeza, apresentando “sintomatologias depressivas” (AGUIAR, 2011, p. 13).

Para a ciência, tal sofrimento é considerado como depressão e, “trata-se de uma patologia [...] onde o sofrimento é medicalizado, ou seja, é um termo cujo significado é uma doença que acomete o indivíduo e que por isso deve ser eliminada” (AGUIAR, 2011, p. 13).

Por outro lado, popularmente, considera-se que “algumas mulheres que apresentam sofrimento psíquico no pós-parto”, supostamente, não teriam motivos para “gerar essa tristeza”, uma vez que são “mulheres bem casadas, com uma gravidez planejada, com bom apoio familiar, com boa condição socioeconômica dentre outros fatores” (AGUIAR, 2011, p. 16).

Porém, o sofrimento psíquico no pós-parto é “comum e inerente à vivência da maternagem” (ARRAIS, 2005, p.26). Segundo os estudos,

---

<sup>10</sup> O puerpério é definido como o período que sucede o parto, podendo estender-se a até sessenta dias após o nascimento do bebê. Durante esse tempo, o organismo da mulher sofre uma série de mudanças com o objetivo de retornar ao estado pré-gestacional. Os órgãos e sistemas envolvidos com a gravidez sofrem um processo regenerativo, havendo também uma grande adaptação psicológica frente a nova realidade. (Corrêa & Corrêa, 1999 apud ARRAIS, 2005, p. 19)

[...] se somarmos os índices de incidência para cada tipo de distúrbios relacionados ao puerpério, aliadas a tantas dificuldades que podem surgir na fase do pós-parto, podemos concluir que, quase 100% das puérperas vão apresentar algum nível de dificuldade emocional neste período, o que não quer dizer que todas precisarão de tratamento especializado. Portanto, ao contrário do que se “vende”, é comum e esperado na mãe recém parida a ocorrência de tristeza, de retraimento, de labilidade, de descuido pessoal, de cansaço ou de hiperatividade, de ideias persecutórias, sem chegar ao nível alarmante da psicose puerperal. (Rocha, 1999; Santos, 2001 apud ARRAIS, 2005, p. 26)

As situações que podem aumentar a probabilidade da ocorrência desse sofrimento, denominadas de “fatores de risco”, assemelham-se aos fatores que podem contribuir com que as mulheres optem por não permanecer com os seus filhos. São eles:

[...] ser mãe solteira; conflitos e falta de apoio conjugal, evento de vida estressante, como perda de emprego ou morte de familiar; falta de apoio familiar e social; histórico pessoal ou familiar de doença psiquiátrica [...] abortos anteriores, partos de natimorto ou síndrome de morte súbita infantil; a idealização da maternidade. (ARRAIS et al, 2014, p. 253)

baixa renda, a gravidez não planejada, sentimento de rejeição à maternidade, pensamento em interromper a gravidez, [...] história de violência doméstica, alterações emocionais, fatores psicológicos, relação conjugal problemática, fatores obstétricos como primiparidade, hiperêmese gravídica e complicações variadas no parto, presença de componente genético ou familiar. (TENÓRIO et al, 2001, p. 07)

Na obra, *Mães Abandonadas: a entrega de um filho em adoção*, de Maria Antonieta Pisano Motta, a autora apresenta o resultado de estudo em que entrevistou mulheres que entregaram filho/s à adoção.

Os dados colhidos por ela corroboram com as informações anteriores e, além disso, indicam que muitas das mulheres que decidem por não permanecer com o filho, optam por não entregá-los à Justiça da Infância, pois, desejam ter conhecimento e garantia de que a criança será bem cuidada; desejam saber onde e com quem o seu filho permanecerá e vivenciam situações de constrangimento nas instituições que as atendem quando realizam a entrega à Justiça da Infância.

Para Motta, tais situações, aliadas ao fato de que no Brasil, diferente de outros países, trabalha-se com a adoção fechada, pode contribuir, especialmente, com as adoções irregulares e com o abandono.

Esse contexto indica que todas as hipóteses caminham na mesma direção: a de que é necessário ampliar o conhecimento a respeito da subjetividade, dos desejos e dos sentimentos das mulheres nesse período para reconhecer esse sofrimento, uma vez que tais aspectos também podem “estar presente[s] no processo de ser e de constituir-se mãe” (AGUIAR, 2011, p. 16).

Importa entender que esse processo “[...] não ocorre da mesma forma para todas, mas ancorada na singularidade de cada história e os significantes que foram abstraídos pelas mulheres” (AGUIAR, 2011, p. 18), sendo necessário respeitá-las.

## DIREITO DA MÃE DE ENTREGAR X DIREITO DA CRIANÇA À CONVIVÊNCIA FAMILIAR

No bojo dessa discussão, é importante ponderar outro aspecto, relacionado ao direito da mãe de entregar o filho à adoção e o direito da criança à convivência familiar.

A legislação brasileira garante à mãe, que tenha interesse, o direito de entregar seu filho à Justiça da Infância para fins de adoção e às crianças o direito à convivência familiar e comunitária. O que para muitos pode ser compreendido enquanto direitos contraditórios, não nos parece que realmente são, conforme apresentamos a seguir.

Digiácomo e Digiácomo (2011, p. 256) afirmam que “o direito que está em jogo (direito à convivência familiar), tem como titular a criança ou adolescente, e não seus pais” (DIGIACOMO e DIGIACOMO, 2011, p. 256).

Acrescentam que

o direito ao reconhecimento do estado de filiação é um direito personalíssimo que não pode ser objeto de “disposição” quer por parte da mãe, quer por parte do Poder Público (incluindo o Poder Judiciário e o Ministério Público) que, na forma da lei, tem o dever de apurar a paternidade da criança/adolescente. É importante orientar a mãe quanto ao direito de seu filho saber a identidade de seu pai, assim como é preciso reconhecer que este tem o direito de saber que tem um filho, pois pode ter interesse em assumir a guarda que lhe é atribuída. (DIGIÁCOMO E DIGIÁCOMO, 2013, p. 154)

Consideramos que a observância das reflexões de Digiacomo e Digiacomo mencionadas acima e do dispositivo legal que prevê a garantia do direito à convivência familiar é necessária, especialmente, em se tratando da colocação em família substituta de crianças cujas relações afetivas com membros da família extensa, genitor e da própria comunidade encontram-se estabelecidas.

Portanto, concordamos que nessas situações, as relações de afinidade e de afetividade devem ser avaliadas e, principalmente, consideradas, conforme previsto no parágrafo único do art. 25<sup>11</sup> e do § 3º do art. 28<sup>12</sup> do ECA (BRASIL, 1990).

Nesse sentido,

A criança tem direito à convivência familiar e podem existir situações em que a família se interesse em

---

11 Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. (BRASIL, 1990)

Art. 25. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2009)

12 Art. 28, § 3º. [...] levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. (BRASIL, 1990)



acolhê-la quando questionada. [Contudo,] a busca por parentes que tenham interesse em receber a criança, seja por guarda ou adoção, deve limitar-se ao parentesco próximo com a mãe ou com os quais haja vínculos de afinidade e afetividade com a criança ou adolescente, conforme preceitua o conceito de família do ECA, nos termos do seu art. 25, parágrafo único, objetivando-se maior celeridade na colocação da criança ou adolescente em uma família adotiva. (MPCE, 2017, 03)

Ao contrário das crianças com mais idade, nas situações que envolvem bebês, os laços de afinidade e afetividade, citados no artigo 25 ainda não foram construídos, portanto, do nosso ponto de vista, não há vínculos de afinidade e afetividade entre essas crianças, a genitora, o genitor e membros da família extensa nessas situações.

Além disso, também compreendemos que nem sempre é possível ou salutar manter a criança em sua família natural e, quando não é possível garantir o direito da criança à convivência familiar em sua família natural, o ECA prevê a alternativa de colocação em família substituta, que pode acontecer mediante três modalidades distintas: Guarda<sup>13</sup>, Tutela<sup>14</sup> ou Adoção.

As possibilidades de colocação de crianças ou adolescentes em família substituta na modalidade de adoção, segundo o art. 50, parágrafo 13, do ECA, podem acontecer quando

I – se tratar de pedido de adoção unilateral;

II – for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III – oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei<sup>15</sup>. (BRASIL, 1990)

Além dessas alternativas, a colocação de crianças e adolescentes em família substituta na modalidade de adoção, pode acontecer quando os genitores forem destituídos do poder familiar ou

---

13 A modalidade de guarda é aquela que “[...], permite a continuidade dos vínculos familiares, não altera a filiação, tampouco o registro civil e, pode ser mudada a qualquer momento por decisão judicial. [...] A medida não assegura direitos hereditários ou sucessórios, a menos que estejam definidos em testamentos” (TJDF, 2014, p.02).

14 A tutela é concedida a cuidadores de crianças e adolescentes “quando seus pais falecem, ou são julgados ausentes, ou são destituídos do poder familiar”. Segue as mesmas regras da modalidade de guarda em relação aos vínculos familiares, filiação, registro civil e direitos hereditários ou sucessórios. (TJDF, 2014, p.03)

15 Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto: Pena - reclusão de dois a seis anos, e multa.

Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena - reclusão de um a quatro anos, e multa [Título VII: Dos Crimes e Das Infrações Administrativas - Capítulo I: Dos Crimes- Seção II: Dos Crimes em Espécie]. (BRASIL, 1990)

quando os genitores manifestarem voluntariamente o interesse de entregar seus filhos à adoção<sup>16</sup>.

Isso significa dizer que a legislação brasileira prevê a possibilidade de que os cuidados de uma criança sejam exercidos por outras pessoas que não, necessariamente, aquelas que a geraram.

Contudo, apesar da previsão legal, nos dias atuais ainda há uma tendência de encarar toda a separação entre mãe e filho como abandono e, por isso, quando as mulheres procuram apoio diante da impossibilidade de ficar com o filho, é comum se depararem com profissionais que expressam ideias preconceituosas em relação à decisão da mãe.

Cientes da condenação social e moral que podem vir a enfrentar, muitas mulheres evitam procurar os serviços públicos para informar a sua decisão ou para buscar orientações com receio de enfrentar essa forma de tratamento. Consequentemente, podem não entregar as crianças à Justiça da Infância e procurar outras alternativas para resolver a questão.

O pouco conhecimento dos profissionais e das instituições a respeito desse assunto contribui com esse quadro. Comumente, se associa entrega com abandono. Por conseguinte, reafirma-se a ideia de que essas mulheres que manifestam o desejo de entregar os filhos são más e incapazes de sentir afeto.

Além disso, há a crença de que a manutenção dos vínculos afetivos entre mãe e filho e o direito da criança de crescer e se desenvolver com sua família natural é sempre a melhor medida. Entretanto, nem sempre isso é possível ou salutar.

Para essas situações, comumente, antes de iniciar a colocação em família substituta na modalidade de adoção, busca-se por membros da família extensa que tenham condições de assumir tal encargo e a legislação, a partir de 2017, passou a estabelecer prazo para realização de tal procedimento, supostamente, para evitar as buscas infundáveis que comumente acontecem no âmbito da Justiça da Infância.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que, em sua maioria, as mulheres que entregam o filho à adoção enfrentam situações de vulnerabilidade social e/ou cujas relações familiares encontram-se bastante fragilizadas e, apesar de existir exceções, comumente, manifestam que não desejam revelar aos seus familiares ou ao genitor sua condição de gestante, quiçá, deixar a criança sob os cuidados desses.

Nesse sentido, importante respeitar o direito dessa mãe de entregar o filho à adoção, especialmente, para não causar prejuízos a essa criança, pois quando a mãe decide entregar seu filho à adoção

a busca pela família extensa [pode se tornar] uma violação a esse direito, fazendo-se com que cause

---

16 Nessas situações, as crianças ou adolescentes são entregues a pessoas previamente habilitadas pela Justiça da Infância, em ação própria, que contempla apresentação de documentos; preparação psicossocial e jurídica; estudo psicossocial e acompanhamento do estágio de convivência.

constrangimento e vitimização desta mãe. Independentemente do motivo que a levou a tomar esta decisão, a mãe tem o direito ao atendimento qualificado e à privacidade. Observa-se, em muitos casos, não aceitação da gravidez por parte da família e do pai biológico. A mãe já encontra-se fragilizada, cabendo aos órgãos públicos dar todas as condições a fim de que receba o melhor acompanhamento psicológico, para que essa mãe não seja ainda mais oprimida por tomar uma decisão tão difícil. A insistência pela busca de familiares pode causar desistência da entrega legal, dando ensejo a adoção “intuito personae” ou, até mesmo, a realização de um aborto. (MPCE, 2017, 03, grifo no original)

Aquela mãe que permanece com o filho, após cogitar entregá-lo à adoção, em sua maioria, conforme estudos de Lidia Weber, constroem relações com esses filhos pouco saudáveis e, comumente, com a presença de maus tratos e outras violação de direitos.

Por esses motivos, os esforços para manutenção das crianças com suas famílias naturais devem ser realizados muito antes do nascimento dessas crianças.

Nesse sentido, Arrais (2014, p. 253) reforça a importância de dedicar maior atenção aos “fatores de proteção” que “são medidas preventivas ou situações já estabelecidas que funcionam como proteção contra problemas emocionais no período da gravidez e do pós-parto”.

São exemplos de medidas preventivas às mulheres, segundo Arrais (2014, p. 253-4), “apoio de outra mulher, [...] otimismo, elevada autoestima, suporte social adequado e preparação física e psicológica para as mudanças advindas com a maternidade; boa relação conjugal e suporte emocional do companheiro”.

As medidas preventivas devem estar previstas na “intervenção dos profissionais da saúde não só no âmbito da saúde da puerpera, mas, em geral, na saúde da mulher [...]” (COUTINHO e SARAIVA, 2008, p.768), pois, ainda que não se tenha como mensurar ou estabelecer os recursos necessários que a mulher “terá que dispor para enfrentar esta nova condição”, é fundamental trabalhar “preventivamente antes da concepção ou do nascimento” (ARRAIS, 2005, p. 24).

Nessa direção, já se observa, desde a década de 80, avanços “na organização da assistência perinatal e neonatal com o processo de reorganização do sistema de saúde e a consolidação dos direitos da mulher e da criança”. O Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM), publicado em 1984 pelo Ministério da Saúde (MS) marcou “uma ruptura conceitual com os princípios até então norteadores da política de saúde das mulheres e critérios para eleição de prioridades neste campo” (CHRISTOFFEL, SILVA e SOUZA, 2005; VENTURA, 2003 apud MELLO e ARRAZOLA, 2009, p. 03-04).

A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher, por sua vez, “adotou os princípios da humanização e da qualidade da atenção em saúde como condições essenciais” para realização das ações de saúde (BRASIL, 2004 apud MELLO e ARRAZOLA, 2009, p. 04), especialmente, quanto à

assistência pré-natal e planejamento familiar, assim como a proposta de humanização destes, pois além de

proporcionar o direito básico ao acompanhamento da mulher em todo o período gestacional, proporcionando-lhe apoio no âmbito fisiológico e uma assistência social conferindo uma melhor qualidade de vida para as mulheres. (BRASIL, 2004 apud MELLO e ARRAZOLA, 2009, p. 05)

Contudo, ainda temos muito a avançar, pois sabemos que muitas dessas mulheres sequer realizam o acompanhamento pré-natal, quem dirá, acessam a medidas preventivas antes da gestação, a exemplo o planejamento familiar, especialmente, àquelas que não desejam exercer a maternidade.

Além disso, especificamente quanto às mulheres que, durante a gestação ou, após o nascimento do seu filho, manifestam o interesse em entregá-lo à adoção, em breve pesquisa eletrônica, não encontramos atos normativos da política de saúde que tratem do referido atendimento.

Há orientações sobre o atendimento a ser realizado a esse público, em âmbito nacional, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que sofreu importantes alterações nos anos de 2009, 2016 e 2017 quanto a esse assunto; em alguns documentos produzidos por Tribunais de Justiça Estaduais e, ainda,

- na Nota Técnica Conjunta n. 001/2016, emitida pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, que versa sobre “Diretrizes, Fluxo e Fluxograma para a atenção integral às mulheres e adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de álcool e/ou crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos” (BRASIL, 2016<sup>17</sup>) e
- na Cartilha elaborada pela Associação dos Magistrados Brasileiros: “Uma Atenção às Mães que Desejam Entregar seus Bebês para Adoção: Além do seu Apoio, Elas Precisam da sua Orientação” (AMB, 2008).

### **REFLEXÃO CRÍTICA A RESPEITO DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS NO ATENDIMENTO DAS GESTANTES OU MÃES QUE MANIFESTAM INTERESSE EM ENTREGAR SEUS FILHOS À ADOÇÃO**

Apesar dos avanços na legislação, há muito que se trabalhar para a construção de uma cultura de respeito às mulheres que decidem entregar seus filhos à adoção.

Vejam algumas possibilidades, a partir das orientações existentes e das reflexões por nós realizadas e apresentadas a partir desse item.

---

17 O ato normativo citado, além de apresentar orientações acerca do atendimento a essa população, acrescenta que situações que envolvem o acolhimento institucional ou familiar dos filhos desse público deve seguir criterioso processo de avaliação. Além disso, esclarece que é preciso garantir os direitos das mulheres de decidirem manterem ou não a guarda da criança, não cabendo aos profissionais qualquer julgamento, mas propiciar o apoio necessário para uma escolha consciente, desde que seja garantida a segurança e bem estar da criança, entendendo que este é um momento crítico de suas vidas e uma situação que exige um processo de amadurecimento da decisão. (BRASIL, 2016)

Como apontado anteriormente, o Código de Menores de 1927 previa procedimentos a serem respeitados quando da entrega de filho ou abandono. Com a sua substituição pelo Código de Menores de 1979, tal assunto foi suprimido da legislação e foi retomado a partir da Lei 12.010/2009.

Referida lei passou a garantir assistência psicológica “[...], no período pré e pós-natal como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal”, devendo ser prestada, também, “à gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção”, art. 8º, § 4º e § 5º, do ECA (BRASIL, 2009).

A mesma lei também incluiu parágrafo único ao artigo 13 do ECA, indicando que “as gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude” (BRASIL, 2009).

Entretanto, maior detalhamento dos procedimentos a serem adotados passou a constar na legislação somente a partir de 2016, com a Lei 13.257, e com a Lei 13.509 de 2017. Ambas promoveram importantes alterações no ECA.

Na Lei 13.257/2016 salientou-se que o encaminhamento à Justiça da Infância, previsto em lei a partir de 2009, deve ser realizado, de forma a evitar que as gestantes ou mães sejam colocadas em situações de constrangimento. Dessa forma, o texto do parágrafo único, do artigo 13, do ECA passou a ter a seguinte redação:

§ 1º As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude. (BRASIL, 2016)

No ano de 2017, a Lei 13.509 designou a entrega dos filhos à adoção como “entrega voluntária” e, ainda, estabeleceu alguns procedimentos a serem adotados:

- escuta da gestante/mãe pela equipe interprofissional da Justiça da Infância;
- apresentação de relatório da equipe interprofissional da Justiça da Infância à autoridade judiciária, indicando eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal;
- garantia do direito ao sigilo sobre o nascimento, a exceção da possibilidade do próprio filho vir a romper tal sigilo, após os 18 anos de idade, quando poderá ter acesso a ação judicial que aplicou tal medida para tomar conhecimento sobre a sua origem biológica;
- encaminhamento da gestante ou mãe à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado, quando ela concordar com tal encaminhamento;
- realização da audiência no prazo máximo de 10 dias a contar da data do protocolo da petição ou da entrega da criança em juízo, com a presença de advogado ou defensor público que assistirá a mãe ou os genitores;

- colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional, caso não seja realizada a indicação do genitor ou de outro familiar apto a assumir a guarda da criança;
- emissão de sentença de extinção do poder familiar;
- na hipótese de desistência da entrega, esta poderá ser manifestada pelos genitores à autoridade judiciária ou à equipe interprofissional, antes ou durante a audiência, ou até 10 dias a contar da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar. Caso em que a criança será mantida com os genitores que terão acompanhamento familiar pelo prazo de 180 dias (BRASIL, 2017).

Apesar das importantes orientações estabelecidas na legislação - que padronizou aspectos relacionados ao atendimento às gestantes e mães que tenham interesse em entregar seus filhos à adoção por meio da Justiça da Infância e, por si só, contribuem do nosso ponto de vista, com que profissionais e magistrados evitem atuar a partir de convicções pessoais - as alterações se restringiram a prever os encaminhamentos a serem realizados por parte do Poder Judiciário.

Contudo, há outros atores envolvidos e, por isso, apresentamos reflexões procurando incluí-los nesse processo.

Em função da complexidade da realidade e da atenção que deve ser dada a essas mulheres, a gestante ou mãe que tenha interesse em entregar o filho à adoção e que não tenha procurado diretamente à Justiça da Infância, mas por profissionais inseridos em outras Políticas Sociais, deve ter o seu acolhimento realizado por esses profissionais.

Compreendemos que qualquer serviço que essa mulher procurar para manifestar o seu interesse ou para buscar informações, deverá ser a porta de entrada para essa demanda e, antes de qualquer encaminhamento, o profissional que atendê-la, deve realizar o seu acolhimento.

Com isso dizemos que o profissional das demais políticas não deve se restringir a realizar o encaminhamento à Justiça da Infância, mas acolhê-la e ouvi-la em primeiro lugar.

No contexto desse trabalho, compreende-se o acolhimento como

[...] um processo de intervenção profissional que incorpora as relações humanas. Não se limita ao ato de receber alguém, mas a uma sequência de atos dentro de um processo de trabalho. Envolve a escuta social qualificada, com a valorização da demanda que procura o serviço oferecido, a identificação da situação problema, no âmbito individual, mas também coletivo. Acolher alguém envolve uma postura profissional, competências técnicas, interação, **uma relação que não pode ser de domínio**, mas de respeito às diferenças, que se dá entre dois sujeitos, envolvendo uma **atitude de cuidado para com a outra pessoa**. (SANTOS, 2005, p. 58, grifo nosso)



A escuta qualificada pressupõe a compreensão de que os profissionais que estão prestando o atendimento devem assumir posturas éticas e técnicas no sentido de amparar essa mulher e contribuir com que encontre a melhor solução para sua demanda.

Cabe aos profissionais o respeito à decisão da mulher, seja a de manter a guarda ou a de efetivar a entrega do filho. Pressionar e/ou censurar a mulher constituem situações de constrangimento e reafirmam a ideia do senso comum de que estas são mulheres más e incapazes de sentir afeto.

A decisão dessa mulher deve ser avaliada por ela com cuidado e o papel dos profissionais é o de colaborar com esse processo, seja oferecendo o apoio necessário para superar os motivos da entrega ou, em caso de manter a decisão pela entrega, que os devidos encaminhamentos estejam ao seu alcance para que o processo de decisão seja seguro, tranquilo e consciente.

Na oportunidade do acolhimento inicial, o profissional que atendê-la deve prestar-lhe as orientações, incluindo a possibilidade de providenciar com que a gestante/mãe tenha acesso à assistência psicológica e o atendimento da Justiça da Infância, previstos, respectivamente, no art. 8º, § 4º e § 5º, e art. 13 do ECA. Não se tratando de encaminhamentos meramente burocráticos em decorrência da previsão legal, mas de incentivo e reflexão sobre a importância de receber esses atendimentos.

No que se refere à assistência psicológica, garantia estabelecida pela Lei 12.010/2009, esta visa “proporcionar o necessário equilíbrio mental” (ISHIDA, 2010, p. 13) diante das possibilidades de adoecimento, conforme vimos anteriormente. Nas situações em que as mulheres manifestam interesse em entregar o filho à adoção, a assistência psicológica também tem o objetivo de “fazer com que a gestante reflita melhor acerca de seu intento” e evitar que coloquem “em risco a própria vida e a dos recém-nascidos [...]” (DIGIACOMO E DIGIACOMO, 2011, p. 13).

Diante dessas considerações e previsões, quando uma mãe anuncia a intenção de entregar seu bebê, são essenciais, em primeiro lugar, a escuta e a análise de suas motivações, levando-se em conta o possível estado emocional relacionado a condição de gestante ou puérpera.

Desse modo, as intervenções realizadas pelos profissionais e instituições “devem estar respaldadas por uma formação consistente que leve em conta a subjetividade dessas mulheres e que permita distinguir as expressões de dificuldades econômicas, sociais e circunstanciais daquelas outras que apontam para uma real impossibilidade de vivenciar a maternidade” (AMB, 2008, p.8).

Os profissionais que acompanham a parturiente podem sentir-se envolvidos pelas manifestações dessa gestante, pois, todos somos suscetíveis aos “apelos moralistas e preconceituosos que rondam o imaginário social” (BARROCO e TERRA, 2012, p. 73).

Tal condição é humana e se manifesta, muitas vezes, de forma inconsciente, pois, “trata-se de uma repetição espontânea de certos costumes e valores internalizados e consolidados por meio de sua formação moral, anterior à formação profissional” (BARROCO e TERRA, 2012, p. 73).

Por isso, os profissionais devem evitar encaminhamentos demasiadamente precipitados, que

desrespeitem o tempo necessário ao amadurecimento dessa decisão, e direcionar suas intervenções, a partir da compreensão de que a adoção é a única alternativa para enfrentar uma realidade socioeconômica e de vínculos familiares fragilizados ou que a manutenção na família natural seja a única solução aceitável.

Com vistas a evitar a realização de intervenções e judicializações desnecessárias e de garantir espaço temporal para o processo de amadurecimento da decisão dessa gestante, salvo situações que coloquem em risco a gravidez ou a saúde da criança, a abertura de ação judicial, do nosso ponto de vista deveria ser realizada, preferencialmente, após o nascimento da criança.

A preocupação dos profissionais com a previsão legal quanto à obrigatoriedade de encaminhamento à Justiça da Infância pode ser resolvida com registro do atendimento, das orientações e dos encaminhamentos realizados no prontuário ou ficha de atendimento ou em relatório a ser mantido na própria instituição, caso o profissional seja chamado a prestar esclarecimentos.

Assim, compreendemos que o profissional, esteja inserido em qualquer das políticas sociais, têm autonomia para, junto à gestante/mãe, avaliar quando será conveniente ou necessário o encaminhamento à Justiça da Infância.

Por outro lado, todos os envolvidos no processo de entrega de uma criança à adoção, devem ter conhecimento das infrações que os sujeitos podem cometer quando a entrega não é realizada sob o crivo da Justiça.

Os genitores que entregam uma criança diretamente a terceiros de forma irregular para fins de adoção praticam uma infração penal e, de acordo com o Código Civil podem ser destituídos do poder familiar; e as pessoas que registram como filho biológico uma criança sem que tenha sido concebida como tal cometem, pelo menos, dois tipos de infração simultaneamente: “parto suposto [...] e falsidade ideológica” (AMB, 2008, p.07)<sup>18</sup>.

Outro encaminhamento que passou a ser previsto a partir de 2017 pela legislação mencionada, refere-se ao acompanhamento pelas políticas públicas de saúde e assistência social. Do nosso ponto de vista, tais encaminhamentos visam promover a atenção a essas mulheres no que se refere à saúde física e emocional, às condições socioeconômicas e possíveis vínculos familiares fragilizados.

O acompanhamento pelas políticas de saúde e de assistência social, ainda que não tenham atribuições específicas com esse fim, também pode contribuir para evitar possíveis situações de aliciamento e/ou tráfico/comércio de crianças<sup>19</sup> ou a simples guarda irregular.

Tal acompanhamento não deve aguardar decisão da autoridade judiciária quanto a sua

---

18 Outras infrações ainda estão relacionadas nos art. 237 a 239 e 258-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

19 Quanto ao conceito de tráfico ou comércio de crianças comungamos do questionamento de Abreu (2002) quando afirma que a tipificação de tráfico está muito mais relacionada com a nacionalidade do que com o ato praticado do envolvido. Logo, para o autor o tráfico/comércio de crianças não se restringe às situações em que as crianças são levadas para outros países seja para adoção, para trabalho infantil ou exploração sexual, mas também àquelas situações em que dentro do próprio país as crianças são entregues a terceiros, com fins de adoção mediante retribuição, realidade observada, com frequência, no Brasil.

conveniência ou necessidade, conforme previsto na legislação, mas compete, do nosso ponto de vista, a todos os profissionais que tomarem conhecimento do interesse dessa gestante/mãe, desde a primeira intervenção, avaliando com ela a possibilidade ou necessidade, de inicialmente, contar com os referidos acompanhamentos.

Posteriormente, mantendo a decisão pela entrega, observados que foram prestadas as informações e orientações anteriormente mencionadas, a gestante/mãe será encaminhada à Justiça da Infância, caso ainda não tenha sido, que providenciará a emissão de relatório à autoridade judiciária pela equipe interprofissional e realização de audiência.

Quanto ao atendimento na Justiça da Infância, a partir do ano de 2017, com maiores detalhes sobre os procedimentos a serem adotados, a legislação passou a determinar que a gestante/mãe também deverá ser ouvida pela equipe interprofissional:

Art. 19-A, § 1º. A gestante ou mãe será ouvida pela equipe interprofissional da Justiça da Infância, que apresentará relatório à autoridade judiciária, considerando inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal. (BRASIL, 2017)

Assim, quando a mulher que manifestar interesse em entregar seu filho à adoção procurar a Justiça da Infância, espontaneamente ou encaminhada por outros serviços, o primeiro procedimento a ser adotado, constitui-se, do nosso ponto de vista, no atendimento pela equipe interprofissional.

Sobre isso, é importante registrar que a qualidade dessa intervenção pode contribuir com que essa mulher se sinta acolhida, bem como pode evitar que seja submetida a situações de constrangimento ou a reiteração de questionamentos desnecessários nas demais intervenções realizadas pela Justiça.

Possibilitar a essas mulheres o acesso a todas as informações jurídicas que envolvem a entrega do filho à adoção é importante para que a gestante/mãe tenha todos os subsídios necessários para tomar a sua decisão.

Ainda que não se tenha estabelecido em lei todos os aspectos que devem estar previstos no atendimento da equipe interprofissional vinculada à Justiça da Infância, compreendemos que as alterações realizadas na legislação no ano de 2017 indicam, por si só, os assuntos que podem ser abordados no atendimento realizado pela referida equipe.

Nesse sentido, elencamos abaixo aqueles aspectos, considerados por nós, como necessários no atendimento da equipe interprofissional vinculada à Justiça da Infância:

- direito da mãe, garantido em lei, ao sigilo sobre o nascimento<sup>20</sup>, especialmente, quando o envolvimento do genitor ou de familiares possa vir a comprometer a segurança, saúde, ou

<sup>20</sup> Art. 19-A, § 9º. É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei[Estatuto da Criança e do Adolescente].(BRASIL, 2017)

a vida da criança;

- direito da criança à convivência familiar e comunitária<sup>21</sup>; ao reconhecimento de paternidade<sup>22</sup> e ao conhecimento da sua origem biológica após 18 anos de idade, caso tenha interesse<sup>23</sup>;
- irrevogabilidade da adoção<sup>24</sup>;
- necessidade do consentimento dos pais<sup>25</sup> e a garantia de ser assistida por defensor público ou advogado na audiência<sup>26</sup>;
- procedimentos realizados para colocação da criança em família substituta na modalidade de adoção, após a entrega da criança;
- respeito dos profissionais à decisão da mãe, seja de manter a guarda da criança ou de entregá-la à Justiça da Infância para adoção;
- respeito dos profissionais quanto a vontade de não amamentar ou manter contato com a criança, na maternidade;
- respeito dos profissionais quanto a preferência de não comparecer em cartório para realizar o registro civil e sobre a possibilidade de a própria Justiça da Infância proceder o registro civil da criança;
- infrações previstas na legislação, caso entregue a criança a terceiros de forma irregular com fins de adoção; dar parto alheio como próprio; indicar, na maternidade, o genitor sabendo não se tratar do pai biológico com o objetivo de ele registrar como seu o filho de outrem e/ou realizar procedimentos de interrupção voluntária da gravidez de forma ilegal

21 Art. 19.É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990)

22 Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça. (BRASIL, 1990)

23 Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. (BRASIL, 1990)

24 Art. 166, § 2o.O consentimento dos titulares do poder familiar será precedido de orientações e esclarecimentos prestados pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, em especial, no caso de adoção, sobre a irrevogabilidade da medida. (BRASIL, 1990)

25 Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder familiar. § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento. (BRASIL, 1990)

26 Art. 166, § 1o. Na hipótese de concordância dos pais, o juiz: I - na presença do Ministério Público, ouvirá as partes, devidamente assistidas por advogado ou por defensor público, para verificar sua concordância com a adoção, no prazo máximo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo da petição ou da entrega da criança em juízo, tomando por termo as declarações. (BRASIL, 2017).

(situação que leva milhares de mulheres a óbito todos os anos).

Além do acolhimento e do acesso às informações, compreendemos que são necessários ainda a

- escuta e análise das motivações relacionadas à intenção de entregar seu filho à adoção;
- análise de possíveis alternativas de apoio para permanecer com a criança ou da criança permanecer com o genitor ou membro da família extensa;
- avaliação sobre possíveis indícios de sofrimento emocional, esteja ou não vinculado ao período puerperal e
- identificação de possível encaminhamento aos serviços de saúde, devido ao seu estado gestacional ou puerperal, informando também sobre os direitos assegurados a essas gestantes/mães, incluindo a assistência psicológica;
- possibilidade dos profissionais acionarem os serviços de assistência social para que ela receba o devido acompanhamento, em decorrência de possíveis vulnerabilidades socioeconômicas e/ou fragilização de vínculos familiares.

Quando as orientações e o devido acesso às informações tiverem sido realizados durante o período gestacional, observando os princípios de privacidade e intervenção mínima, importante que nova intervenção da equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância concentre-se nos “eventuais efeitos do estado puerperal”, art. 19-A, §1º, do ECA (BRASIL, 2017).

Não obstante, no atendimento prestado à mulher que manifesta interesse em entregar o filho à adoção, importante que alternativas sejam pensadas no sentido de evitar que sejam submetidas a situações que possam intensificar o processo de sofrimento que está vivenciando ou, ainda, submetê-las à condição, que por si só, está permeada por constrangimento.

A exemplo, vislumbramos a possibilidade de a própria gestante/mãe decidir pelo que julgue mais adequado para realização da entrega, respeitado o seu direito ao sigilo, podendo, quando do nascimento da criança, optar por levar a criança à Justiça da Infância ou deixá-la na instituição hospitalar.

Considerando a alternativa de deixar a criança na instituição hospitalar pode solicitar aos profissionais do próprio hospital que procedam a informação à Justiça da Infância ou informar diretamente aos profissionais da Justiça da infância, que tomarão as providências necessárias quanto ao encaminhamento da criança.

Também consideramos apropriado verificar com a gestante/mãe se possui o desejo de realizar o registro civil da criança ou, alternativamente, que a própria Justiça da Infância o faça, consultando-a sobre a intenção de indicar o prenome da criança.

Ademais, tendo em vista que a realização da audiência requer uma organização prévia por parte do Poder Judiciário, de forma a atender os novos requisitos legais, tal qual, a presença de um

defensor público ou advogado, avalia-se que a inclusão de prazo para realização dessa audiência (de até 10 dias, contado da data de entrega da criança), permite que essa mãe não seja submetida a qualquer intervenção imediatamente após a alta hospitalar, em respeito ao seu estado puerperal.

Realizada a audiência e mantendo a decisão pela entrega, a legislação, no ano de 2017, estabeleceu que, na hipótese de a genitora não indicar o genitor ou outro familiar a assumir a guarda da criança,

Art. 19-A, § 4º. A autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional. (BRASIL, 2017)

No intuito de agilizar o andamento da ação, mais adequado seria, do nosso ponto de vista, que tais encaminhamentos constassem no termo de audiência.

A previsão de encaminhamento da criança aos cuidados dos serviços de acolhimento ou aos de habilitados à adoção também contribui, do nosso ponto de vista, com que sejam respeitados o período de recuperação da mãe no estado puerperal e a definição de quais encaminhamentos podem ser dados até finalizar o prazo para possível desistência dos genitores pela entrega.

Caso a autoridade judiciária opte pela colocação da criança sob a guarda de habilitado à adoção, vislumbramos necessário que sejam cientificados sobre a possibilidade da criança retornar à família biológica, caso os genitores desistam da entrega.

Sobre a possibilidade de arrependimento, registramos que, antes da vigência da Lei 13.509/2017, conforme art. 166, § 5º, do ECA, era concedido aos genitores a retratação do consentimento “até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção” (BRASIL, 1990). O que poderia resultar em um lapso temporal de meses, ou até, em situações mais complexas, de anos.

A partir da promulgação da referida lei, reduziu-se esse prazo. Restou estabelecido que os genitores poderão manifestar a desistência perante a equipe interprofissional ou durante a audiência, ou ainda, “[...] no prazo de dez dias, contado da data de prolação da sentença de extinção do poder familiar”, art. 19-A, § 5º, do ECA (BRASIL, 2017).

Dada a previsão legal para exercer o arrependimento quanto à entrega do filho à adoção, a legislação ainda estabeleceu a possibilidade de a autoridade judiciária determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de habilitado à adoção ou do serviço de acolhimento familiar ou institucional.

Ainda quanto a possibilidade dos genitores desistirem da entrega, a legislação estabeleceu que diante dessa hipótese os genitores serão acompanhados por 180 dias. (BRASIL, 2017).

A legislação não estabeleceu a competência pelo referido acompanhamento, porém



compreendemos que tal atribuição é responsabilidade das políticas de saúde e de assistência social que, do nosso ponto de vista, devem informar a Justiça da Infância somente se identificarem no decorrer do acompanhamento violação de direitos dessa criança.

Por fim, observamos que ainda carece de discussão e, talvez, inclusive de previsão legal, de dois aspectos importantes: acompanhamento dessa mãe após a realização da entrega e a capacitação dos profissionais envolvidos.

Consideramos ser de responsabilidade das políticas de saúde e de assistência social o acompanhamento das mães após a realização da entrega, especialmente em decorrência da necessidade de elaboração do luto, planejamento familiar, uma vez que, em sua maioria, não se tem dado atenção a essas mulheres após a entrega da criança.

Quanto à capacitação dos profissionais do Sistema de Garantia de Direitos compreendemos que compete à todas as instituições envolvidas, porém vislumbramos que o Poder Judiciário poderia ser o principal articulador, inicialmente, criando comissões estaduais e municipais para que a discussão se constitua em algo permanente e, a partir, dessas comissões/grupos de trabalho se implemente, de forma integrada e por meio de articulações institucionais, novas redes de ações para o atendimento desse público.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal desse estudo foi discutir as possibilidades de se prestar um atendimento humanizado às gestantes ou mães que manifestam interesse em entregar seus filhos para adoção.

Para tanto, inicialmente, refletiu-se sobre aspectos históricos relacionados ao abandono de crianças, a partir da compreensão de que referido fenômeno está presente em nossa sociedade há muitos séculos, porém, sua dinâmica sofreu alterações, ditadas por uma cultura que influencia o comportamento humano e pelo interesse econômico vigente em cada período histórico.

Coube ainda pontuar no desenvolvimento do presente trabalho, questões sobre o delicado período pós-parto, também denominado de “período puerperal”.

Nesse âmbito, procurou-se trazer à discussão que o nascimento de um filho, em determinadas situações, é marcado por um processo de sofrimento/questionamentos que podem desencadear profunda ansiedade, ou até, evoluir para um quadro depressivo ou, nos casos mais graves e raros, desencadear uma psicose puerperal.

Em determinadas situações, o fator desencadeador dessa ansiedade pode estar relacionado às mudanças que o nascimento de uma criança impõe às famílias e, conseqüentemente, a necessidade de adaptação.

Outros fatores podem estar associados às inúmeras responsabilidades impostas às mães com

a chegada de um bebê e a possibilidade de não atender as expectativas que a sociedade impõe às mulheres, diante de uma condição de maternar que julga-se instintiva e, portanto, presente em todos os indivíduos humanos do sexo feminino.

Diante disso, buscou-se esclarecer que tal condição, demanda especial atenção dos serviços de saúde, priorizando-se os investimentos em medidas preventivas que possam minimizar as consequências negativas do estado puerperal.

Isto por que, apesar de os dados indicarem que a maioria das mulheres não precisarão de um tratamento especializado, segundo estudiosos da temática, cerca de 100% das puérperas apresentarão alguma dificuldade emocional nesse período, demonstrando a atenção que deve ser conferida à todas as mulheres nesse período.

Nesse sentido, buscou-se justificar a necessidade dessas mulheres receberem o devido atendimento psicológico previsto na legislação pertinente à proteção dos direitos da criança e do adolescente, devido ao crítico momento que vivenciam, especialmente, em decorrência das cobranças impostas pela sociedade no que se refere a um “obrigatório” exercício da maternagem.

Considerando a relevância da temática e a necessidade de trazer à luz reflexões sobre aspectos tão delicados afetos à adoção, dedicou-se grande parte desse trabalho à discussão dos procedimentos que poderiam ser utilizados no atendimento a essas gestantes/mães que tenham interesse em entregar seu filho à adoção.

Tal discussão resultou na elaboração de um fluxo de atendimento (anexo), construído a partir da conjugação da análise da legislação atual (incluindo as recentes alterações promovidas pelas Leis 13.257/2016 e 13.509/2017) e da experiência profissional das autoras e traz imbuída em sua proposta o respeito aos princípios da intervenção mínima e da privacidade.

Ainda que as recentes alterações do Estatuto da Criança e do Adolescente, promovidas pela Lei 13.509/2017, constituíram-se em avanços significativos, a implementação desse fluxo de atendimento exige vigilância constante e, em especial, a capacitação permanente dos profissionais que atuam nas políticas públicas da área da Saúde, Assistência Social e da Justiça da Infância.

Para alcance de resultados positivos, é necessário que esse processo contemple o acolhimento dessas mulheres, sem preconceitos ou julgamentos, e esforços de todos os atores do Sistema de Garantia de Direitos, a partir de uma atuação em rede, que somente se efetiva quando mantém permanente comunicação.

Dessa forma, importante que se criem comissões estaduais e grupos de trabalho em âmbito municipal para que as ações sejam constantemente discutidas e aprimoradas, bem como que se invista em pesquisas e levantamento de dados sobre o atendimento às mulheres que manifestam interesse em entregar seus filhos à adoção, no âmbito de todas as políticas públicas.

Além disso, há necessidade de se manter a discussão sobre o sucateamento público e de se trabalhar com recursos humanos suficientes à demanda de trabalho.

Por fim, registra-se que não se pretende esgotar a discussão sobre tema tão complexo e relevante com esse estudo e seus resultados, mas sim fomentar o espírito investigativo dos profissionais que atuam direta ou indiretamente no atendimento desta demanda, de forma que se possa, continuamente, qualificar as ações e alcançar, em um futuro bem próximo, de preferência, uma realidade societária em que não haverá mais bebês abandonados em vielas, lixeiras ou, ainda, em tantos outros lugares insalubres.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Domingos. **No bico da cegonha**: Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil. Rio de Janeiro: Dumará, 2002.

AGUIAR, Denise Tomaz. **QUANDO SER MÃE DÓI: HISTÓRIA DE VIDA E SOFRIMENTO PSÍQUICO NO PUER-PÉRIO**. 2011. 94 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Curso de Mestrado Acadêmico em Cuidados Clínicos em Saúde, Enfermagem, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2011. Disponível em: <[http://www.uece.br/cmaccclis/dmdocuments/Denise Tomaz.pdf](http://www.uece.br/cmaccclis/dmdocuments/Denise%20Tomaz.pdf)>. Acesso em: 14 jun. 2016.

ARRAIS, Alessandra da Rocha. **As configurações subjetivas da depressão pós-parto**: para além da padronização patologizante. 2005. 158 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia, Psicologia Clínica, Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2005. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14011/1/2005\\_AlessandradaRochaArrais.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14011/1/2005_AlessandradaRochaArrais.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2016.

Associação dos Magistrados Brasileiros. **Uma Atenção às Mães que Desejam Entregar seus Bebês para Adoção: Além do seu Apoio, Elas Precisam da sua Orientação**. Associação dos Magistrados Brasileiros, Distrito Federal/DF, 2008. Disponível em: <<http://www.portaldaadoacao.com.br/livros/cartilhas>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BARROCO, Maria Lucia Silva; TERRA, Sylvia Helena. **Código de Ética do/a Assistente Social comentado**. São Paulo: Cortez, 2012. 262 p.

BRASIL. Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Revogado pela Lei nº 6.697, de 1979. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm). Acesso em: 22 ago.2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Revogada pela Lei nº 8.069, de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/l6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm). Acesso em: 22 ago.2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, atualizado com a Lei nº 12.010 de 2009 e com a Lei nº 13.257 de 2016. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 22 ago.2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm). Acesso em: 22 ago.2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13509.htm). Acesso em: 22 ago.2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde de Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Nota Técnica Conjunta n. 001/2016**. Diretrizes, Fluxo e Fluxograma para a atenção integral às mulheres e adolescentes em situação de rua e/ou usuárias de álcool e/ou crack/outras drogas e seus filhos recém-nascidos. Brasília, DF, 10 maio 2016. Disponível em: <[http://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/bolsa\\_familia/nota\\_tecnica/nt\\_conjunta\\_01\\_MDS\\_msaude.pdf](http://www.mds.gov.br/webarquivos/legislacao/bolsa_familia/nota_tecnica/nt_conjunta_01_MDS_msaude.pdf)>. Acesso em: 22 ago.2017.

CHICARELLI, Ricardo. Entrega segura e legal. **Folha de Londrina**. Londrina, p. 1-6. 23 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.folhadelondrina.com.br/cidades/entrega-segura-e-legal-973546.html>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

COUTINHO, Maria da Penha de Lima; SARAIVA, Evelyn Rubia de Albuquerque. Depressão pós-parto: considerações teóricas. **Revista Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 759-773, 2008. Semestral. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v8n3/artigos/pdf/v8n3a14.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2016.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. **ECA** : Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado.2. ed. São Paulo: FTD, 2011. Disponível em: <<http://cmdca.go.gov.br/arquivos/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-anotado-e-interpretado/>>. Acesso em: 14 abr.2014

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Doutrina e Jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LIMA, Auricéa Xavier de Souza. **“Mães Más”**: Um olhar sobre o abandono. *Gênero*, Niterói, v. 2, n. 11, p. 29-44, 2011. Semestral. Disponível em: <<http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/viewFile/329/241>>. Acesso em: 03 maio 2014.

MELLO, Luciana Maria Barbosa de; ARRAZOLA, Laura Duque. Assistência Humanizada à Mulheres em Estado Gravídico e Puerperal. **Anais do XX Congresso Brasileiro de Economia Doméstica, VIII Encontro Latino-Americano de Economia Doméstica e I Encontro Intercontinental de Economia Doméstica**. Fortaleza/CE. Set. 2009. Disponível em: <[http://www.xxcbcd.ufc.br/arqs/gt3/gt3\\_04.pdf](http://www.xxcbcd.ufc.br/arqs/gt3/gt3_04.pdf)>. Acesso em: 16 maio 2016.

MENDES, Maria Goretti Soares. **O direito de não ser mãe**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 138.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Os mitos da maternidade e as políticas brasileiras de adoção. In: MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Mães Abandonadas**: a entrega de um filho em adoção. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008. cap. 2, p. 62-82.

Ministério Público do Estado do Ceará. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. **Quadro Comparativo** (ECA – CLT – Cód Civil x LEI 13.509/2017). Ceará, 2017. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2015/12/20170298-Quadro-comparativo-ECAx-Lei13.509.pdf>. Acesso em: 22 ago.2017.

SANTOS, Eva Teresinha dos. **O acolhimento como um processo de intervenção do Serviço Social junto a mulheres em situação de violência**. 2005. 114 f. TCC (Graduação) - Curso de Serviço Social, Centro Sócio-econômico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/118478/286865.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

SOEJIMA, Carolina Santos; WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. O QUE LEVA UMA MÃE A ABANDONAR UM FILHO? In: **Aletheia**, Canoas/RS: Universidade Luterana do Brasil, 2008. Semestral. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-03942008000200014](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942008000200014)>. Acesso em: 06 out. 2015.

TENÓRIO, Andréia Siqueira et al. **Alterações Psíquicas Influenciadas pelo Estado Gravídico/Puerperal**. Disponível em: <<http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Alteracoespsiquicasinfluenciadaspe-loestadogravidicopuerperal.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

TJDF – Tribunal de Justiça do Distrito Federal - 1ª Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal. **Adoção, Orientações às Gestantes, Guarda e Tutela**. Distrito Federal/DF, TJDF – Subsecretaria de Serviços Gráficos, 2000. Disponível em: <<http://www.portaldaadoacao.com.br/livros/cartilhas>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo. **Ato Normativo Conjunto n. 10/2016**. Dispõe sobre os procedimentos de atendimento nos serviços da rede de atenção e cuidado materno-infantil, encaminhamentos ao Poder Judiciário e sua intervenção quando gestantes ou genitoras manifestarem interesse em entregar espontaneamente seu filho recém-nascido ou aderir expressamente ao pedido de colocação em família substituta na modalidade de adoção. Disponível em: <<https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/422478?view=content>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

TORRES, Luiz Henrique. A casa da roda dos expostos na cidade do Rio Grande. **Biblos**, Rio Grande, v. 20, p.103-116, 2007. Disponível em: <<https://www.seer.furg.br/biblos/article/view/724/218>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

VENÂNCIO, Renato Pinto. Resenha do Livro História Social da Criança Abandonada. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 19, n. 37, p.01-02, set. 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-01881999000100014](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881999000100014)>. Acesso em: 26 fev. 2018.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj. Os filhos de ninguém: abandono e institucionalização de crianças no Brasil. **Conjuntura Social**, Rio de Janeiro, v. 04, n. 01, p. 30-36, jul. 2000. Semestral. Disponível em: <<http://lidiaweber.com.br/artigos/2000/2000Osfilhosdeninguem.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

ZANELLA, Maria N.; LARA, Angela M. de. O Código de Menores de 1927, o direito penal do menor e os congressos internacionais: o nascimento da justiça juvenil. **Revista Angelus Novus**, São Paulo, Ano VI, n. 10, p. 105-128, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ran/article/view/123947/120180>>. Acesso em: 22 ago. 2017.





# RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

### **Fórum da Comarca de Abelardo Luz**

Av. Padre João Smedt, 1667 – Centro

CEP 89830-000 – Abelardo Luz

Telefone: (49) 3445-8100

### **Fórum da Comarca de Anchieta**

Av. Anchieta, 722 – Centro

CEP 89970-000 – Anchieta

Telefone: (49) 3653-3000

### **Fórum da Comarca de Anita Garibaldi**

Rua Vidal Ramos Júnior, s/n – Centro

CEP 88590-000 – Anita Garibaldi

Telefone: (49) 3543-5300

### **Fórum da Comarca de Araquari**

Rua Antonio Ramos Alvim, 500 – Centro

CEP 89245-000 – Araquari

Telefone: (47) 3447-7500

### **Fórum da Comarca de Araranguá**

Rua Cel. João Fernandes, 195 – Centro

CEP 88900-000 – Araranguá

Telefone: (48) 3521-6000

### **Fórum da Comarca de Armazém**

Rua Luiz Gonzaga Westrupp, 85 – Centro

CEP 88740-000 – Armazém

Telefone: (48) 3645-4200

**Fórum da Comarca de Ascurra**

Rua Benjamin Constant, 1097 – Centro

CEP 89138-000 – Ascurra

Telefone: (47) 3383-3300

**Fórum da Comarca de Balneário Camboriú**

Av. das Flores, s/n – Bairro dos Estados

CEP 88339-900 – Balneário Camboriú

Telefone: (47) 3261-1700

**Fórum da Comarca de Balneário Piçarras**

Rua Eulálio da Trindade, 26 – Centro

CEP 88380-000 – Balneário Piçarras

Telefone: (47) 3347-4000

**Fórum da Comarca de Barra Velha**

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1003 – Centro

CEP 88390-000 – Barra Velha

Telefone: (47) 3446-7501

**Fórum da Comarca de Biguaçu**

Rua Rio Branco, 29 – Centro

CEP 88160-000 – Biguaçu

Telefone: (48) 3279-9200

**Fórum da Comarca de Blumenau**

Rua Zenaide Santos de Souza, 363 – Bairro da Velha

CEP 89036-260 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-9200

### **Fórum Universitário da Comarca de Blumenau**

Praça Victor Konder, 01 – Centro

CEP 89010-150 – Blumenau

Telefone: (47) 3321-7217

### **Fórum da Comarca de Bom Retiro**

Rua 14 de Janeiro, 165 – Centro

CEP 88680-000 – Bom Retiro

Telefone: (49) 3277-3000

### **Fórum da Comarca de Braço do Norte**

Praça Padre Roer, 118 – Centro

CEP 88750-000 – Braço do Norte

Telefone: (48) 3658-9200

### **Fórum da Comarca de Brusque**

Praça das Bandeiras, 55 – Centro

CEP 88350-051 – Brusque

Telefone: (47) 3251-1500

### **Fórum da Comarca de Caçador**

Rua Conselheiro Mafra, 790 – Centro

CEP 89500-000 – Caçador

Telefone: (49) 3561-2540

### **Fórum da Comarca de Camboriú**

Rua São Paulo, 1271 – Areias

CEP 88345-662 – Camboriú

Telefone: (47) 3365-9300

### **Fórum da Comarca de Campo Belo do Sul**

Rua Major Teodósio Furtado, 30 – Centro

CEP 88580-000 – Campo Belo do Sul

Telefone: (49) 3249-3300

### **Fórum da Comarca de Campo Erê**

Rua Maranhão, 865 – Centro

CEP 89980-000 – Campo Erê

Telefone: (49) 3655-3500

### **Fórum da Comarca de Campos Novos**

Praça Lauro Müller, 121 – Centro

CEP 89620-000 – Campos Novos

Telefone: (49) 3541-6400

### **Fórum da Comarca de Canoinhas**

Rua Vidal Ramos, 650 – Centro

CEP 89460-000 – Canoinhas

Telefone: (47) 3621-5600

### **Fórum da Comarca de Capinzal**

Rua Carmelo Zoccoli, 133 – Centro

CEP 89665-000 – Capinzal

Telefone: (49) 3555-8000

### **Fórum da Comarca da Capital (Foro Central)**

Av. Governador Gustavo Richard, 434 – Centro

CEP 88010-290 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6500

### **Fórum Bancário da Comarca da Capital**

Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira – Centro

CEP 88020-120 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5700

### **Fórum Desembargador Eduardo Luz**

Rua José da Costa Moellmann, 197 – Centro

CEP 88020-170 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-6900

### **Fórum Distrital do Continente**

Rua São José, 300 – Balneário/Estreito

CEP 88075-310 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5100

### **Fórum Distrital do Norte da Ilha**

Rua Desembargador Vitor Lima, 183 – UFSC

CEP 88040-400 – Florianópolis

Telefone: (48) 3287-5000

### **Fórum da Comarca de Capivari de Baixo**

Rua Engenheiro Márcio Portela, 36 – Centro

CEP 88745-000 – Capivari de Baixo

Telefone: (48) 3621-4800

### **Fórum da Comarca de Catanduvas**

Rua Almirante Tamandaré, 2776 – Centro

CEP 89670-000 – Catanduvas

Telefone: (49) 3525-6400



### **Fórum da Comarca de Chapecó**

Rua Augusta Müller Bohner, 300-D – Passo dos Fortes

CEP 89805-900 – Chapecó

Telefone: (49) 3321-4000

### **Fórum da Comarca de Concórdia**

Rua Travessa Silvio Roman, 45 – Nossa Senhora da Salette

CEP 89700-316 – Concórdia

Telefone: (49) 3441-1500

### **Fórum da Comarca de Coronel Freitas**

Rua Minas Gerais, 586 – Centro

CEP 89840-000 – Coronel Freitas

Telefone: (49) 3347-3300

### **Fórum da Comarca de Correia Pinto**

Av. Vitória Régia, 254 – Pro-Flor

CEP 88535-000 – Correia Pinto

Telefone: (49) 3243-6300

### **Fórum da Comarca de Criciúma**

Av. Santos Dumont, s/n – Milanesi

CEP 88804-578 – Criciúma

Telefone: (48) 3431-5200

### **Fórum da Comarca de Cunha Porã**

Rua Benjamin Constant, 832 – Centro

CEP 89890-000 – Cunha Porã

Telefone: (49) 3646-3000

### **Fórum da Comarca de Curitiba**

Rua Antônio Rossa, 241 – Centro

CEP 89520-000 – Curitiba

Telefone: (49) 3245-4500

### **Fórum da Comarca de Descanso**

Rua Thomaz Koproski, 615 – Centro

CEP 89910-000 – Descanso

Telefone: (49) 3623-6400

### **Fórum da Comarca de Dionísio Cerqueira**

Av. Washington Luís, 670 – Centro

CEP 89950-000 – Dionísio Cerqueira

Telefone: (49) 3644-6200

### **Fórum da Comarca de Forquilha**

Rua Ivo Manoel Menezzi, 44 – Centro

CEP 88850-000 – Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

### **Fórum da Comarca de Fraiburgo**

Av. Curitiba, 375 – Centro

CEP 89580-000 – Fraiburgo

Telefone: (49) 3256-2100

### **Fórum da Comarca de Garopaba**

Rua Santa Rita, 100 – Centro

CEP 88495-000 – Garopaba

Telefone: (48) 3254-8300

### **Fórum da Comarca de Garuva**

Av. Celso Ramos, 1226 – Rio da Onça

CEP 89248-000 – Garuva

Telefone: (47) 3445-8000

### **Fórum da Comarca de Gaspar**

Av. Deputado Francisco Mastella, s/n – Sete de Setembro

CEP 89110-000 – Gaspar

Telefone: (47) 3331-6100

### **Fórum da Comarca de Guaramirim**

Rua João Sotter Correa, 300 – Amizade

CEP 89270-000 – Guaramirim

Telefone: (47) 3373-9500

### **Fórum da Comarca de Herval d'Oeste**

Rua Nereu Ramos, 388 – Centro

CEP 89610-000 – Herval d'Oeste

Telefone: (49) 3551-4400

### **Fórum da Comarca de Ibirama**

Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 – Centro

CEP 89140-000 – Ibirama

Telefone: (47) 3357-8000

### **Fórum da Comarca de Içara**

Rua Salete Scotti dos Santos, 150 – Jardim Elizabete

CEP 88820-000 – Içara

Telefone: (48) 3467-1100

### **Fórum da Comarca de Imaruí**

Av. Governador Celso Ramos, 388 – Centro

CEP 88770-000 – Imaruí

Telefone: (48) 3643-8000

### **Fórum da Comarca de Imbituba**

Rua Ernani Contrin, 643 – Centro

CEP 88780-000 – Imbituba

Telefone: (48) 3355-8000

### **Fórum da Comarca de Indaial**

Rua Tiradentes, 111 – Centro

CEP 89130-000 – Indaial

Telefone: (47) 3281-5400

### **Fórum da Comarca de Ipumirim**

Rua Bento Gonçalves, 143 – Centro

CEP 89790-000 – Ipumirim

Telefone: (49) 3438-3300

### **Fórum da Comarca de Itá**

Rua 11, Q. 13-A, Praça dos Expedicionários, 500 – Pioneiros

CEP 89760-000 – Itá

Telefone: (49) 3458-9600

### **Fórum da Comarca de Itaiópolis**

Rua Alfredo Fernandes Luiz, 130 – Centro

CEP 89340-000 – Itaiópolis

Telefone: (47) 3652-6000

### **Fórum da Comarca de Itajaí**

Rua Uruguai, 222 – Centro

CEP 88302-200 – Itajaí

Telefone: (47) 3341-9300

### **Fórum da Comarca de Itapema**

Rua 700, 270 – Casa Branca

CEP 88220-000 – Itapema

Telefone: (47) 3268-8800

### **Fórum da Comarca de Itapiranga**

Rua São José, 10 – Centro

CEP 89896-000 – Itapiranga

Telefone: (49) 3678-8400

### **Fórum da Comarca de Itapoá**

Rua Mariana Michels Borges, 776 – Paese

CEP 89249-000 – Itapoá

Telefone: (47) 3443-8000

### **Fórum da Comarca de Ituporanga**

Rua Vereador Joaquim Boing, s/n – Centro

CEP 88400-000 – Ituporanga

Telefone: (47) 3533-8100

### **Fórum da Comarca de Jaguaruna**

Rua Nestor Horácio Luiz, s/n – Cristo Rei

CEP 88715-000 – Jaguaruna

Telefone: (48) 3624-8000

### **Fórum da Comarca de Jaraguá do Sul**

Rua Guilherme Cristiano Wackerhagen, 87 – Vila Nova

CEP 89259-300 – Jaraguá do Sul

Telefone: (47) 3275-7200

### **Fórum da Comarca de Joaçaba**

Rua Salgado Filho, 160 – Centro

CEP 89600-000 – Joaçaba

Telefone: (49) 3551-4100

### **Fórum da Comarca de Joinville**

Rua Hermann August Lepper, 980 – Saguáçu

CEP 89221-902 – Joinville

Telefone: (47) 3461-8500

### **Fórum da Comarca de Lages**

Rua Belisário Ramos, 3650 – Sagrado Coração de Jesus

CEP 88502-905 – Lages

Telefone: (49) 3221-3500

### **Fórum da Comarca de Laguna**

Rua Arcângelo Bianchini, 69 – Progresso

CEP 88790-000 – Laguna

Telefone: (48) 3644-8300

### **Fórum da Comarca de Lauro Müller**

Rua Pedro Raimundo, 15 – Centro

CEP 88880-000 – Lauro Müller

Telefone: (48) 3464-8600



### **Fórum da Comarca de Lebon Régis**

Rua Valdir Ortiga, 45 – Centro

CEP 89515-000 – Lebon Régis

Telefone: (49) 3247-6000

### **Fórum da Comarca de Mafra**

Av. Cel. José Severiano Maia, 863 – Buenos Aires

CEP 89300-000 – Mafra

Telefone: (47) 3641-4200

### **Fórum da Comarca de Maravilha**

Av. Anita Garibaldi, 1181 – Centro

CEP 89874-000 – Maravilha

Telefone: (49) 3664-8800

### **Fórum da Comarca de Meleiro**

Rua José Mezari, 281 – Jardim Itália

CEP 88920-000 – Meleiro

Telefone: (48) 3537-8300

### **Fórum da Comarca de Modelo**

Rua Presidente Vargas, 20 – Centro

CEP 89872-000 – Modelo

Telefone: (49) 3365-2500

### **Fórum da Comarca de Mondai**

Rua Waldemar Ernesto Glufke, 71 – Centro

CEP 89893-000 – Mondai

Telefone: (49) 3674-3000

### **Fórum da Comarca de Navegantes**

Av. Prefeito José Juvenal Mafra, 498 – Centro

CEP 88370-112 – Navegantes

Telefone: (47) 3342-9100

### **Fórum da Comarca de Orleans**

Rua Rui Barbosa, 320 – Centro

CEP 88870-000 – Orleans

Telefone: (48) 3466-6100

### **Fórum da Comarca de Otacílio Costa**

Rua Balduíno Westphal, 444 – Poco Rico

CEP 88540-000 – Otacílio Costa

Telefone: (49) 3275-8000

### **Fórum da Comarca de Palhoça**

Rua Hilza Terezinha Pagani, 409 – Pagani

CEP 88132-256 – Palhoça

Telefone: (48) 3287-5500

### **Fórum da Comarca de Palmitos**

Rua Padre Manoel da Nóbrega, 67 – Centro

CEP 89887-000 – Palmitos

Telefone: (49) 3647-9400

### **Fórum da Comarca de Papanduva**

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 – Centro

CEP 89370-000 – Papanduva

Telefone: (47) 3653-6000

### **Fórum da Comarca de Pinhalzinho**

Av. Recife, 1700 – Santo Antônio

CEP 89870-000 – Pinhalzinho

Telefone: (49) 3366-6100

### **Fórum da Comarca de Pomerode**

Rua XV de Novembro, 700 – Centro

CEP 89107-000 – Pomerode

Telefone: (47) 3387-7400

### **Fórum da Comarca de Ponte Serrada**

Rua 3 de Maio, 460 – Centro

CEP 89683-000 – Ponte Serrada

Telefone: (49) 3435-6500

### **Fórum da Comarca de Porto Belo**

Rua Maurílio Manoel da Silva, 252 – Perequê

CEP 88210-000 – Porto Belo

Telefone: (47) 3369-7100

### **Fórum da Comarca de Porto União**

Rua Voluntários da Pátria, 365 – Centro

CEP 89400-000 – Porto União

Telefone: (42) 3521-3700

### **Fórum da Comarca de Presidente Getúlio**

Rua Curt Hering, 19 – Centro

CEP 89150-000 – Presidente Getúlio

Telefone: (47) 3352-5000

### **Fórum da Comarca de Quilombo**

Rua Presidente Juscelino, 703 – Centro

CEP 89850-000 – Quilombo

Telefone: (49) 3346-2000

### **Fórum da Comarca de Rio do Campo**

Rua 29 de Dezembro, 70 – Centro

CEP 89198-000 – Rio do Campo

Telefone: (47) 3564-8900

### **Fórum da Comarca de Rio do Oeste**

Rua XV de Novembro, 1570 – Centro

CEP 89180-000 – Rio do Oeste

Telefone: (47) 3543-9300

### **Fórum da Comarca de Rio do Sul**

Rua Dom Bosco, 820 – Jardim América

CEP 89160-000 – Rio do Sul

Telefone: (47) 3531-4700

### **Fórum da Comarca de Rio Negrinho**

Rua Carlos Hantschel, 425 – Bela Vista

CEP 89295-000 – Rio Negrinho

Telefone: (47) 3646-1700

### **Fórum da Comarca de Santa Cecília**

Avenida XV de Novembro, s/n – Centro

CEP 89540-000 – Santa Cecília

Telefone: (49) 3244-6505

### **Fórum da Comarca de Santa Rosa do Sul**

Rua Raul José dos Santos, 120 – Centro

CEP 88965-000 – Santa Rosa do Sul

Telefone: (48) 3534-8200

### **Fórum da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz**

Rua Frei Fidêncio Feldmann, 425 – Centro

CEP 88140-000 – Santo Amaro da Imperatriz

Telefone: (48) 3245-4000

### **Fórum da Comarca de São Bento do Sul**

Av. São Bento, 401 – Rio Negro

CEP 89290-000 – São Bento do Sul

Telefone: (47) 3631-1900

### **Fórum da Comarca de São Carlos**

Rua La Salle, 243 – Centro

CEP 89885-000 – São Carlos

Telefone: (49) 3325-1000

### **Fórum da Comarca de São Domingos**

Rua Brasil, 285 – Centro

CEP 89835-000 – São Domingos

Telefone: (49) 3443-6800

### **Fórum da Comarca de São Francisco do Sul**

Rua Coronel Oliveira, 289 – Centro

CEP 89240-000 – São Francisco do Sul

Telefone: (47) 3471-1500

### **Fórum da Comarca de São João Batista**

Rua Otaviano Dadam, 201 – Centro

CEP 88240-000 – São João Batista

Telefone: (48) 3265-6300

### **Fórum da Comarca de São Joaquim**

Rua Domingos Martorano, 302 – Centro

CEP 88600-000 – São Joaquim

Telefone: (49) 3233-6000

### **Fórum da Comarca de São José**

Rua Domingos André Zanini, 380 – Barreiros

CEP 88117-905 – São José

Telefone: (48) 3287-5200

### **Fórum da Comarca de São José do Cedro**

Rua Padre Aurélio, 235 – Centro

CEP 89930-000 – São José do Cedro

Telefone: (49) 3643-6600

### **Fórum da Comarca de São Lourenço do Oeste**

Rua Rui Barbosa, 446 – Perpétuo Socorro

CEP 89990-000 – São Lourenço do Oeste

Telefone: (49) 3344-8200

### **Fórum da Comarca de São Miguel do Oeste**

Rua Marcílio Dias, 2070 – Centro

CEP 89900-000 – São Miguel do Oeste

Telefone: (49) 3631-1500



### **Fórum da Comarca de Seara**

Rua do Comércio, 171 – Centro

CEP 89770-000 – Seara

Telefone: (49) 3452-8700

### **Fórum da Comarca de Sombrio**

Rua Edílio Antônio da Rosa, 974 – Centro

CEP 88960-000 – Sombrio

Telefone: (48) 3533-6700

### **Fórum da Comarca de Taió**

Rua Expedicionário Rafael Busarello, 484 – Centro

CEP 89190-000 – Taió

Telefone: (47) 3562-8000

### **Fórum da Comarca de Tangará**

Rua Luís Menoncin, 10 – Centro

CEP 89642-000 – Tangará

Telefone: (49) 3532-7500

### **Fórum da Comarca de Tijucas**

Rua Florianópolis, 130 – Centro

CEP 88200-000 – Tijucas

Telefone: (48) 3263-8000

### **Fórum da Comarca de Timbó**

Av. Getúlio Vargas, 736 – Centro

CEP 89120-000 – Timbó

Telefone: (47) 3281-1700

### **Fórum da Comarca de Trombudo Central**

Rua Emílio Graubner, 300 – Vila Nova

CEP 89176-000 – Trombudo Central

Telefone: (47) 3544-8100

### **Fórum da Comarca de Tubarão**

Rua Wenceslau Braz, 560 – Vila Moema

CEP 88705-069 – Tubarão

Telefone: (48) 3621-1500

### **Fórum da Comarca de Turvo**

Rua Nereu Ramos, 609 – Centro

CEP 88930-000 – Turvo

Telefone: (48) 3525-8000

### **Fórum da Comarca de Urubici**

Rua Nereu Ramos, 200 – Centro

CEP 88650-000 – Urubici

Telefone: (49) 3278-6900

### **Fórum da Comarca de Urussanga**

Rua Barão do Rio Branco, 115 – Centro

CEP 88840-000 – Urussanga

Telefone: (48) 3441-1300

### **Fórum da Comarca de Videira**

Av. Manoel Roque, 268 – Alvorada

CEP 89560-000 – Videira

Telefone: (49) 3533-4700

**Fórum da Comarca de Xanxerê**

Rua Victor Konder, 898 – Centro

CEP 89820-000 – Xanxerê

Telefone: (49) 3441-7100

**Fórum da Comarca de Xaxim**

Rua Rui Barbosa, 385 – Centro

CEP 89825-000 – Xaxim

Telefone: (49) 3353-9600



# ÍNDICE NUMÉRICO

**AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE**

|   |     |
|---|-----|
| 5042103-93.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 274 |
| 5021369-24.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 285 |
| 3.594, Santa Catarina.....                          | 40  |

**AÇÕES RESCISÓRIAS**

|   |     |
|---|-----|
| 0190648-40.2013.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 294 |
| 4028896-31.2018.8.24.0900, Tribunal de Justiça..... | 327 |
| 0075651-83.2009.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 493 |
| 5002855-57.2019.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 796 |
| 5008236-12.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 655 |

**AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL**

|   |     |
|---|-----|
| 5009692-06.2021.8.24.0018, Tribunal de Justiça..... | 978 |
| 5001156-97.2021.8.24.0020, Tribunal de Justiça..... | 893 |
| 5045106-39.2020.8.24.0038, Tribunal de Justiça..... | 915 |
| 5003924-84.2021.8.24.0023, Tribunal de Justiça..... | 922 |
| 5014693-63.2021.8.24.0020, Tribunal de Justiça..... | 941 |

**AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

|   |     |
|---|-----|
| 5037988-29.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 337 |
| 5001541-76.2019.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 347 |
| 5013888-10.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 365 |
| 5013709-76.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 371 |
| 5034478-08.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 392 |
| 5032464-51.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 397 |
| 5013952-20.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 426 |
| 5001740-30.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 442 |
| 5038120-86.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 540 |

|   |     |
|---|-----|
| 5028596-65.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 467 |
| 5015831-62.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 578 |
| 5032872-42.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 593 |
| 5009932-83.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 610 |
| 5046552-94.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 614 |
| 5008773-42.2019.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 701 |
| 5019869-20.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 717 |
| 5015454-91.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 725 |
| 5036353-13.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 487 |

**AGRAVOS INTERNOS**

|   |     |
|---|-----|
| 0001257-79.2019.8.24.0057, Tribunal de Justiça..... | 948 |
| 5044339-18.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 765 |
| 0002222-16.2019.8.24.0006, Tribunal de Justiça..... | 225 |
| 0310098-44.2018.8.24.0018, Tribunal de Justiça..... | 215 |
| 5007471-75.2019.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 658 |

**APELAÇÕES CÍVEIS**

|   |     |
|---|-----|
| 0308273-10.2015.8.24.0038, Tribunal de Justiça..... | 327 |
| 0300415-19.2017.8.24.0082, Tribunal de Justiça..... | 379 |
| 5001330-37.2019.8.24.0001, Tribunal de Justiça..... | 388 |
| 0300511-10.2014.8.24.0027, Tribunal de Justiça..... | 402 |
| 0301812-54.2016.8.24.0016, Tribunal de Justiça..... | 412 |
| 0308301-34.2016.8.24.0008, Tribunal de Justiça..... | 417 |
| 0300946-12.2019.8.24.0058, Tribunal de Justiça..... | 429 |
| 0300445-88.2016.8.24.0082, Tribunal de Justiça..... | 435 |
| 0306093-81.2015.8.24.0018, Tribunal de Justiça..... | 447 |
| 5007070-45.2019.8.24.0075, Tribunal de Justiça..... | 455 |
| 0306280-92.2016.8.24.0038, Tribunal de Justiça..... | 552 |



|   |     |
|---|-----|
| 0305225-85.2019.8.24.0011, Tribunal de Justiça..... | 568 |
| 5000764-70.2019.8.24.0007, Tribunal de Justiça..... | 574 |
| 0005654-26.2002.8.24.0075, Tribunal de Justiça..... | 584 |
| 0308161-62.2019.8.24.0018, Tribunal de Justiça..... | 597 |
| 5003176-52.2019.8.24.0175, Tribunal de Justiça..... | 603 |
| 5000648-84.2017.8.24.0023, Tribunal de Justiça..... | 620 |
| 0311198-96.2016.8.24.0020, Tribunal de Justiça..... | 631 |
| 0300327-76.2015.8.24.0073, Tribunal de Justiça..... | 638 |
| 0379952-33.2006.8.24.0023, Tribunal de Justiça..... | 646 |
| 5000303-62.2020.8.24.0040, Tribunal de Justiça..... | 688 |
| 1002619-17.2013.8.24.0023, Tribunal de Justiça..... | 711 |
| 5064632-37.2020.8.24.0023, Tribunal de Justiça..... | 733 |
| 0323815-05.2014.8.24.0038, Tribunal de Justiça..... | 739 |
| 0041015-51.2011.8.24.0023, Tribunal de Justiça..... | 210 |
| 0303075-81.2018.8.24.0039, Tribunal de Justiça..... | 213 |
| 0300946-12.2019.8.24.0058, Tribunal de Justiça..... | 429 |
| 0005028-53.2005.8.24.0058, Tribunal de Justiça..... | 475 |
| 0303385-90.2018.8.24.0038, Tribunal de Justiça..... | 781 |
| 0034261-82.2010.8.24.0038, Tribunal de Justiça..... | 787 |
| 0309013-66.2018.8.24.0036, Tribunal de Justiça..... | 800 |
| 0015539-05.2007.8.24.0038, Tribunal de Justiça..... | 820 |
| 0001069-15.2014.8.24.0008, Tribunal de Justiça..... | 809 |

## **APELAÇÕES CRIMINAIS**

|   |     |
|---|-----|
| 0009953-46.2018.8.24.0023, Tribunal de Justiça..... | 928 |
| 0001674-61.2012.8.24.0062, Tribunal de Justiça..... | 933 |
| 0000212-22.2018.8.24.0042, Tribunal de Justiça..... | 992 |
| 0900079-33.2019.8.24.0037, Tribunal de Justiça..... | 957 |

**CONFLITOS DE COMPETÊNCIA**

|   |     |
|---|-----|
| 5006815-50.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 537 |
| 0002279-52.2019.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 229 |

**CONSULTA**

|   |     |
|---|-----|
| 0002024-30.2021.8.24.0710, Tribunal de Justiça..... | 239 |
|---|-----|

**EMBARGOS INFRINGENTES**

|   |     |
|---|-----|
| 0006388-94.2015.8.24.0018, Tribunal de Justiça..... | 833 |
| 5079321-86.2020.8.24.0023, Tribunal de Justiça..... | 839 |
| 5023965-76.2020.8.24.0033, Tribunal de Justiça..... | 877 |
| 0900524-73.2017.8.24.0020, Tribunal de Justiça..... | 859 |
| 0000986-77.2017.8.24.0045, Tribunal de Justiça..... | 865 |

***HABEAS CORPUS***

|   |      |
|---|------|
| 5013508-50.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 880  |
| 5045804-62.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 910  |
| 5045365-51.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 987  |
| 5046605-75.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 1037 |
| 5008233-23.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 1049 |

**MANDADO DE SEGURANÇA**

|   |     |
|---|-----|
| 5003595-44.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 682 |
|---|-----|

**PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS**

|   |     |
|---|-----|
| 0004617-32.2021.8.24.0710, Tribunal de Justiça..... | 235 |
|---|-----|

**PETIÇÃO**

|   |     |
|---|-----|
| 0119053-10.2015.8.24.0000, Tribunal de Justiça..... | 312 |
|---|-----|

**RECLAMAÇÃO**

5029649-81.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....268

**RECURSO ADMINISTRATIVO**

0032384-79.2020.8.24.0710, Tribunal de Justiça.....251

**REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR**

770, Distrito Federal.....28

**RECURSOS ESPECIAIS**

1.750.660 - SC (2018/0162190-9), Santa Catarina.....87

1.770.760 - SC (2018/0263124-2), Santa Catarina.....140

1.910.240 - MG (2020/0326002-4), Minas Gerais.....165

5007243-66.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....200

5006655-61.2020.8.24.0064, Tribunal de Justiça.....204

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

1.003.758, Rondônia.....60

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**

0002879-66.2019.8.24.0067, Tribunal de Justiça.....998

**REVISÕES CRIMINAIS**

5038029-93.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....827

5046339-88.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....846

5043715-66.2020.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....849

**SENTENÇAS**

5023149-90.2021.8.24.0023, Capital.....1064

0006985-54.2019.8.24.0008, Blumenau.....1095

5012547-13.2020.8.24.0011, Brusque.....1141

**SUSPENSÃO DE SEGURANÇA CÍVEL**

5006778-23.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....188

**SUSPENSÕES DE LIMINAR**

5044026-57.2020.8.24.0000, Barra Velha.....181

5009715-06.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....192

**TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE**

5013109-21.2021.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....769



# ÍNDICE POR ASSUNTO

**AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE**

CONSTITUCIONAL. REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES.....287

NORMA DA CONSTITUIÇÃO DE SANTA CATARINA SOBRE UTILIZAÇÃO GRATUITA DE IMÓVEIS DO ESTADO: PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. AUTONOMIA ESTADUAL PARA DISCIPLINAR UTILIZAÇÃO GRATUITA DE BENS ESTADUAIS.....40

LEI ESTADUAL N. 18.014/2020, DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO COORDENADOR-GERAL DO CENTRO DE APOIO OPERACIONAL DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE (CECCON).....274

**AÇÕES RESCISÓRIAS**

AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE. TEMA 810/STF. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL.....655

DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO DE COBRANÇA.....796

PEDIDO ALTERNATIVO DE PERDAS E DANOS EM AÇÃO ANULATÓRIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA.....294

PEDIDO DE DILAÇÃO DE PRAZO. PLEITO DA PARTE AUTORA. JUNTADA DE DOCUMENTOS RELATIVOS A NOVO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.....327

DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃOS. ÓRGÃO FRACIONÁRIO QUE, POR OCASIÃO DA APRECIÇÃO DE RECURSOS DE APELAÇÃO E DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, CONSERVOU INCÓLUME SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO DE JUGASA COMERCIAL DE VEÍCULOS S/A EM AÇÃO DE COBRANÇA.....493

**AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL**

DECISÃO QUE DEFINE O PERCENTUAL DE 40% PREVISTO NO PACOTE ANTICRIME PARA A PROGRESSÃO DE REGIME.....978

EXTINÇÃO DA PENA CORPORAL. PENA DE MULTA QUE DEVE SER EXECUTADA EM PROCEDIMENTO AUTÔNOMO A SER AJUIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....922



FALTA GRAVE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). DROGA PARA CONSUMO PESSOAL (LEI 11.343/06, ART. 28). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....915

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRÁTICA DE FALTA GRAVE, OITIVA REALIZADA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD).....893

PROGRESSÃO DE REGIME. BOM COMPORTAMENTO. EXAME CRIMINOLÓGICO.....941

## **AGRAVOS INTERNOS**

DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NÃO ADMITIU RECURSO EXTRAORDINÁRIO.....225

EXCLUSÃO DOS ADVOGADOS DO POLO PASSIVO DA RESCISÓRIA COM BASE NO ENTENDIMENTO DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ (AR N. 5.160/RJ).....658

EXECUÇÃO FISCAL. VALOR INFERIOR A 50 ORTNS. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. ALEGADA IRRECORRIBILIDADE E TERATOLOGIA DO JULGADO.....765

REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO. DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL.....215

TEMA 182 DO STF. MATÉRIA RELACIONADA A QUESTÃO DE VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL.....949

## **AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA.....347

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO.....614

AÇÃO DE COBRANÇA. DIREITO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA.....371

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DECISÃO QUE NEGA PEDIDO DA AUTORA DE EXCLUSÃO DE MATÉRIAS JORNALÍSTICAS DE SÍTIOS ELETRÔNICOS E REDES SOCIAIS.....4987

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INTERLOCUTÓRIO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE IMEDIATA EXCLUSÃO DE PUBLICAÇÃO EM REDE SOCIAL.....442

|  |     |
|--|-----|
| AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. INTERLOCUTÓRIO QUE INDEFERE PEDIDO DE ENCAMINHAR OFÍCIO À REDE BANCÁRIA..... | 426 |
| AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO. PLANO DE SAÚDE.....  | 337 |
| AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE CONVERTIDA EM EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.....                        | 593 |
| CARTA PRECATÓRIA. LEILÃO DE IMÓVEL.....  | 578 |
| CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO MINERAL.....  | 717 |
| CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA DE USO DE ÁREA LOCALIZADA EM AEROPORTO INTERNACIONAL.....                  | 467 |
| CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL EM SHOPPING CENTER.....  | 392 |
| EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PELA PENHORA ONLINE DE ATIVOS FINANCEIROS.....                         | 397 |
| EXECUÇÃO DE TÍTULOS EXTRAJUDICIAIS. CHEQUES.....   | 540 |
| INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA REFERENCIAL PELO STF.....  | 725 |
| INVENTÁRIO. PEDIDO DE ALVARÁ PARA TRANSMISSÃO DE BEM IMÓVEL...365  |     |
| POSSESSÓRIA. IMÓVEL EDIFICADO EM ÁREA DE PROPRIEDADE DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS.....                  | 701 |
| RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECOMENDAÇÃO DO CNJ A RESPEITO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA.....                | 610 |

## **APELAÇÕES CÍVEIS**

|  |     |
|--|-----|
| AÇÃO ACIDENTÁRIA. PREVIDENCIÁRIO. DISCOPIATIA DEGENERATIVA DIFUSA NA COLUNA LOMBOSSACRA.....                       | 809 |
| AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA.....  | 620 |
| AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO OBJETO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA..... | 552 |
| AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO NO SUS.....  | 688 |
| AÇÃO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE.....   | 781 |

|   |     |
|---|-----|
| AÇÃO DE COBRANÇA. TERMO DE AJUSTE DE PAGAMENTO DE COMISSÃO E OUTRAS AVENÇAS.....  | 379 |
| AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE PENSÃO MENSAL PELO PERÍODO DE 15 (QUINZE) ANOS E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....  | 402 |
| AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. COBERTURA CONTRATADA PARA “DIÁRIAS POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA” (DIT).....  | 447 |
| AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E OBRIGAÇÃO DE FAZER...  | 417 |
| AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS. PROTESTO INDEVIDO.....   | 638 |
| AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE/INEXIGIBILIDADE DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO/AUSÊNCIA DO EFETIVO PROVEITO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS..... | 388 |
| AÇÃO DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO EM ÁREA URBANA SEM AUTORIZAÇÃO DO ENTE PÚBLICO.....  | 787 |
| AÇÃO DE EXECUÇÃO. “INSTRUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA”.....  | 584 |
| AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.....  | 455 |
| AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCONFORMISMO DO BANCO REQUERIDO.....   | 574 |
| AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL.....  | 327 |
| AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS EM REDE SOCIAL.....   | 429 |
| AÇÃO DE REGRESSO. TERCEIRIZAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA. PRODUTOS DEVOLVIDOS PELOS DESTINATÁRIOS APÓS A CONSTATAÇÃO DE AVARIAS.....                  | 412 |
| AÇÃO DE USUCAPIÃO.....  | 475 |
| ACIDENTE DE TRABALHO. INSS. DOENÇA OCUPACIONAL.....   | 739 |
| ADMINISTRATIVO. CORPO DE BOMBEIROS MILITAR. MUNICÍPIO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. MULTA.....  | 800 |

|   |     |
|---|-----|
| COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. MULTA CONTRATUAL. COBRANÇA. DIVERGÊNCIA ENTRE REGISTRO E REAL.....  | 435 |
| CUMPRIMENTO DE SENTENÇA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO.....  | 646 |
| EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRETENSÃO DE DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA...  | 568 |
| EMBARGOS À EXECUÇÃO. INSURGÊNCIA DA EMBARGANTE/EXECUTADA, CITAÇÃO POR EDITAL.....   | 597 |
| IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUSTEIO COM DINHEIRO PÚBLICO DE VIAGEM DE JORNALISTA.....   | 820 |
| NOTA PROMISSÓRIA. DEMORA NO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXERCÍCIO DO DIREITO DE COBRANÇA.....  | 631 |
| PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS.....  | 603 |
| RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 186, <i>CAPUT</i> , § 1º, DO CPC.....  | 213 |
| RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....   | 210 |
| TARIFA DE ÁGUA DE CONDOMÍNIO RESIDENCIAL.....   | 733 |
| UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. OBJETIVADA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE, A SER FIXADO DESDE O ÓBITO, EM 1999, DA SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL EX-COMPANHEIRA DA AUTORA..... | 711 |

## **APELAÇÕES CRIMINAIS**

|  |     |
|--|-----|
| COLABORAÇÃO COMO INFORMANTE PARA O TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/06, ART. 37, <i>CAPUT</i> ).....  | 928 |
| CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL (ARTS. 312 E 313-A C/C ART. 327, § 2º, NA FORMA DOS ARTS. 29 E 30, TODOS DO CP)..... | 957 |
| DESACATO (ART. 331 DO CÓDIGO PENAL).....   | 992 |
| LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE (CP, ART. 129, § 3º).....  | 933 |

## **CONFLITOS DE COMPETÊNCIA**

|   |     |
|---|-----|
| AÇÃO REVISIONAL PROPOSTA CONTRA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ENVOLVENDO CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO. QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL. COMPETÊNCIA DA CÂMARA SUSCITADA..... | 537 |
|---|-----|

INCIDENTE INSTAURADO ENTRE OS JUÍZOS DA VARA REGIONAL DE DIREITO BANCÁRIO E DA 4ª VARA CÍVEL, AMBAS DA COMARCA DE ITAJAÍ. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....229

**CONSULTA**

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONVERTIDO EM CONSULTA. ASSOCIAÇÃO DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES DE SANTA CATARINA (ANOREG-SC) E OUTRAS ENTIDADES.....239

**EMBARGOS INFRINGENTES**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS INFRINGENTES. ALEGADA OMISSÃO.....833

PROGRESSÃO DE REGIME DE 3/5 (TRÊS QUINTOS) EM RELAÇÃO À CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE DELITO EQUIPARADO A HEDIONDO. APLICAÇÃO INTEGRAL DA NOVA LEI, QUE SE MOSTRA MAIS BENÉFICA AO REEDUCANDO.....839

PROGRESSÃO DE REGIME. TEMPO DE CUMPRIMENTO (ASPECTO OBJETIVO). APLICABILIDADE DA NOVA REGRA TRAZIDA PELA LEI N. 13.964/2019...877

CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990)...859

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, INCISO III, DO CÓDIGO PENAL). PRESCINDIBILIDADE DE PERÍCIA NO CASO CONCRETO.....865

**HABEAS CORPUS**

CRIMES DE TORTURA E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUADRUPLAMENTE QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL.....1037

CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.....1049

PARTICIPAR DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E COM ENVOLVIMENTO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ART. 2º, §§ 2º E 4º, INCISO I, DA LEI N. 12.850/2013).....987

PRESO PREVENTIVAMENTE PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA MAJORADA E COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 2º, §§ 2º E 4º, INCISOS I E IV, DA LEI N. 12.850/2013, E ART. 17, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 10.826/2003).....910

PRISÃO PREVENTIVA. POSSÍVEL PRÁTICA DE CRIMES DE FURTO QUALIFICADO PELO COMETIMENTO MEDIANTE FRAUDE E COM CONCURSO DE AGENTES (ART. 155, § 4º, II E IV, DO CÓDIGO PENAL).....880

## **MANDADO DE SEGURANÇA**

CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA PARA O CARGO DE PROFESSORA DE EDUCAÇÃO FÍSICA.....682

## **PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS**

FORO EXTRAJUDICIAL. FERIADO DE CARNAVAL. EXPEDIENTE EM TESE VEDADO PELA RESOLUÇÃO GP N. 1/1985 DO TJSC.....235

## **PETIÇÃO**

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AFERIÇÃO EQUIVOCADA DO FATOR RH DO TIPO SANGUÍNEO MATERNO POR LABORATÓRIO FARMACÊUTICO E BIOQUÍMICO.....312

## **PUBLICAÇÕES**

ATENDIMENTO HUMANIZADO ÀS GESTANTES OU MÃES QUE ENTREGAM SEUS FILHOS À ADOÇÃO.....1180

DIÁLOGO INTERDISCIPLINAR PARA A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA E AMBIENTAL.....1160

## **RECLAMAÇÃO**

CONTRARIEDADE COM JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ART. 988 DO CPC/15.....268

## **REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR**

TUTELA DE URGÊNCIA EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONCESSÃO MONOCRÁTICA. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS PARA CUIDAR DA SAÚDE.....28

## **RECURSOS ESPECIAIS**

ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO.....87



|   |     |
|---|-----|
| AMBIENTAL. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA INCIDÊNCIA DO ART. 4º, I, DA LEI N. 12.651/2012.....                        | 140 |
| APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO § 1º DO ART. 240 DO CÓDIGO PENAL MILITAR.....                                  | 200 |
| EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME).....       | 165 |
| PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA NA FORMA DO ART. 92, I, b, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO..... | 204 |

## **RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

|  |    |
|--|----|
| SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. INADIMPLÊNCIA DO USUÁRIO. COMPENSAÇÃO DO TRIBUTO PELA EMPRESA PRESTADORA DO SERVIÇO..... | 60 |
|--|----|

## **RECURSO ADMINISTRATIVO**

|  |     |
|--|-----|
| USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL. NEGATIVA DE REGISTRO PELA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA SOB O ARGUMENTO DE AQUISIÇÃO DERIVADA DA PROPRIEDADE..... | 251 |
|--|-----|

## **RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO**

|   |      |
|---|------|
| CRIMES AMBIENTAIS (ARTS. 60 E 64 DA LEI N. 9.605/1998).....                                       | 1054 |
| HOMICÍDIO QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, I, II E IV) E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (CP, ART. 288)..... | 998  |

## **REVISÕES CRIMINAIS**

|   |     |
|---|-----|
| APROPRIAÇÃO INDÉBITA PRATICADA EM RAZÃO DE OFÍCIO, EMPREGO OU PROFISSÃO (ART. 168, § 1º, III, CP).....  | 827 |
| CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR INFRAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE. AVENTADA NULIDADE PROCESSUAL DIANTE DA REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO..... | 849 |
| TRÁFICO DE DROGAS. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONCURSO DE CRIMES.....  | 846 |

**SENTENÇAS**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA. POLÍTICA PÚBLICA. SAÚDE. PANDEMIA. COVID-19.....1064

PROCEDIMENTO DA LEI ANTITÓXICOS. CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA.....1095

AÇÃO PENAL. ESTELIONATO. GOLPE DO CARTÃO.....1141

**SUSPENSÕES DE LIMINAR**

INTERDIÇÃO DE PONTE SOBRE O RIO ITAJUBA.....181

SINDICATO DOS TRABALHADORES. NOMEAÇÃO DE DOCENTES APROVADOS.....192

**SUSPENSÕES DE SEGURANÇA CÍVEL**

SEQUESTRO DO NUMERÁRIO DO ENTE PÚBLICO. AQUISIÇÃO DE FÁRMACO DE ALTO CUSTO.....188

**TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE**

GREVE DOS SERVIDORES DA EDUCAÇÃO DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS.....769



# ÍNDICE ONOMÁSTICO

|   |          |
|---|----------|
| André Carvalho.....                                 | 447      |
| André Luiz Dacol.....                               | 442      |
| Antônio Zoldan da Veiga.....                        | 1049     |
| Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.....             | 880      |
| Artur Jenichen Filho.....                           | 820      |
| Benedito Gonçalves.....                             | 140      |
| Bettina Maria Maresch de Moura.....                 | 787      |
| Carlos Adilson Silva.....                           | 717      |
| Carlos Alberto Civinski.....                        | 893      |
| Carlos Roberto da Silva.....                        | 475      |
| Cármen Lúcia.....                                   | 40       |
| Cid José Goulart Junior.....                        | 655      |
| Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaeffer..... | 1054     |
| Denise de Souza Luiz Francoski.....                 | 809      |
| Denise Volpato.....                                 | 455      |
| Dinart Francisco Machado.....                       | 239      |
| Edemar Leopoldo Schlosser.....                      | 1141     |
| Eduardo Passold Reis.....                           | 1095     |
| Elaine Cristina Mendonça.....                       | 1180     |
| Fernando Carioni.....                               | 388      |
| Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto.....      | 268, 725 |
| Gerson Cherem II.....                               | 337      |
| Getulio Correa.....                                 | 849, 978 |
| Gilberto Gomes de Oliveira.....                     | 603      |
| Gurgel de Faria.....                                | 87       |
| Haidée Denise Grin.....                             | 467      |

|   |                    |
|---|--------------------|
| Hélio David Vieira Figueira dos Santos..... | 412                |
| Hélio do Valle Pereira.....                 | 235, 800           |
| Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....         | 865, 922           |
| Isabel Weingartner.....                     | 1180               |
| Jaime Ramos.....                            | 658, 739           |
| Jairo Fernandes Gonçalves.....              | 426                |
| Janio de Souza Machado.....                 | 631                |
| Jefferson Zanini.....                       | 1064               |
| João Henrique Blasi.....                    | 181, 188, 192, 229 |
| Jorge Luiz de Borba.....                    | 688                |
| José Agenor de Aragão.....                  | 402                |
| José Carlos Carstens Kohler.....            | 614                |
| José Everaldo Silva.....                    | 827, 987           |
| José Maurício Lisboa.....                   | 568                |
| Júlio César Machado Ferreira de Mello.....  | 251, 957           |
| Luiz Antônio Zaninni Forneroli.....         | 998                |
| Luiz César Medeiros.....                    | 287, 435           |
| Luiz Felipe S. Schuch.....                  | 417                |
| Luiz Fernando Boller.....                   | 711                |
| Luiz Neri Oliveira de Souza.....            | 1037               |
| Luiz Zanelato.....                          | 552                |
| Marco Aurélio.....                          | 60                 |
| Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....         | 392                |
| Monteiro Rocha.....                         | 371                |
| Newton Varella Júnior.....                  | 578                |
| Norival Acacio Engel.....                   | 839, 910           |

|   |                         |
|---|-------------------------|
| Odson Cardoso Filho.....                    | 796                     |
| Osmar Nunes Junior.....                     | 487                     |
| Paulo Henrique Moritz Martins da Silva..... | 682, 701                |
| Raulino Jacó Bruning.....                   | 294, 347                |
| Rejane Andersen.....                        | 574                     |
| Ricardo Lewandowski.....                    | 87                      |
| Ricardo Orofino da Luz Fontes.....          | 429                     |
| Roberto Lucas Pacheco.....                  | 638                     |
| Roberto Sartorato.....                      | 833                     |
| Robson Luz Varella.....                     | 584                     |
| Rodolfo Tridapalli.....                     | 646                     |
| Rogério Mariano do Nascimento.....          | 537, 540                |
| Rogério Schietti Cruz.....                  | 165                     |
| Ronei Danielli.....                         | 765                     |
| Rosane Portella Wolff.....                  | 379                     |
| Rubens Schulz.....                          | 327, 365                |
| Salete Silva Sommariva.....                 | 877                     |
| Salim Schead dos Santos.....                | 213, 215                |
| Saul Steil.....                             | 397                     |
| Sebastião Cesar Evangelista.....            | 597                     |
| Selso de Oliveira.....                      | 312                     |
| Sergio Izidoro Heil.....                    | 620                     |
| Sérgio Rizelo.....                          | 846, 915, 928, 933, 941 |
| Sérgio Roberto Baasch Luz.....              | 274, 733                |
| Sidney Eloy Dalabrida.....                  | 859, 992                |
| Stanley da Silva Braga.....                 | 327                     |



|                                  |                         |
|----------------------------------|-------------------------|
| Torres Marques.....              | 610                     |
| Túlio José Moura Pinheiro.....   | 493, 593                |
| Vera Lucia Ferreira Copetti..... | 781                     |
| Vilson Fontana.....              | 769                     |
| Volnei Celso Tomazini.....       | 200, 204, 210, 225, 949 |
| Welton Rubenich.....             | 1160                    |
| Yhon Tostes.....                 | 1160                    |

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA**

**Comissão Permanente de Jurisprudência**

Seleção e definição de conteúdo

**1ª Vice-Presidência**

Formatação de conteúdo e formulação de índices

**Diretoria de Documentação e Informações**

Revisão gramatical e gerenciamento

**Diretoria de Infraestrutura – Divisão de Artes Gráficas**

Projeto gráfico, editoração eletrônica, impressão e acabamento